

MASSIMO PAVARINI E LA SCIENZA PENALE*

Ovvero, sul valore conoscitivo dell'antimoderno sentimento della compassione applicato allo studio della questione criminale

di Massimo Donini

Abstract. *L'articolo esamina, anche attraverso varie discussioni scientifiche avute con l'A., il rapporto dialettico presente in tutta l'opera di M.P. tra scienze criminali e dogmatica. Secondo P. il punto di vista scientifico rispecchia una conoscenza empirica e critica che muove da una riflessione diretta, non normativa, non deduttiva, rispetto alla questione criminale. Un metodo dunque sociologico, statistico, criminologico, di analisi. Viceversa, il metodo della dogmatica, ispirato al criterio della deduzione da norme o principi, anche se arricchito di saperi empirici secondo le istanze della scienza penale integrata, rimane condizionato da premesse che ideologicamente nascondono o travisano la realtà. Tuttavia, per il penalista orientato a una dogmatica costituzionale, il rapporto con i saperi empirici sulla questione criminale ha natura fondante, non correttiva: il dialogo tra fatti e norme, tra essere e dover essere è costitutivo per la stessa scienza giuridica, che può legittimare o delegittimare il sistema punitivo a seconda dei riscontri in output sulle sue prestazioni e in rapporto ai principi che lo fondano. La realtà della pena, e di quella carceraria, rappresenta così un banco di prova centrale per la tdr, non solo, come pensava Pavarini, per mettere in crisi la dogmatica, ma anche per gli scopi di possibile giustificazione (e non di mera spiegazione) dell'intervento penale, perché giustificazione e spiegazione contrassegnano entrambe l'epistemologia del diritto penale. Il sentimento per la realtà umana carceraria, che rivedeva con costanti studi empirici originarie letture neomarxiste, ha svolto un ruolo decisivo nella posizione di Pavarini rispetto alla conoscenza critica della questione criminale e al suo dialogo o conflitto con la c.d. scienza dogmatica, ben più di approcci analitici tradizionali sullo studio delle proposizioni prescrittive.*

SOMMARIO: 0. Una premessa quasi personale. – 1. La scienza penale come mera tecnica o come disciplina teorico-critica orientata alla riduzione del male? – 2. Tesi (Pulitanò, Ferrajoli) che si oppongono alla scientificità del garantismo o al riconoscimento della dogmatica come sapere fattualmente verificabile o che persegue finalità (non solo scientifico-ricostruttive). – 3. Contro il normativismo integrale e la separatezza

* Il contributo costituisce il testo, riveduto e corredato da note, dell'intervento tenuto dall'Autore alla sessione su Massimo Pavarini e la scienza penale, in occasione del Convegno dell'Associazione Franco Bricola, svoltosi a Bologna nei giorni 13-14 marzo 2016, su "Il sistema penale messo in discussione. L'opera di Massimo Pavarini fra teoria, ricerca empirica e impegno sociale".

incomunicabile dei paradigmi scientifici. – 4. Perché la realtà dialoga con le norme e le può delegittimare. – 5. La realtà della pena come messa in crisi della scienza. – 6. La fragilità della costruzione garantista di fronte alla democrazia penale del populismo. – 7. Un arte abyecto. Un'arte schifosa? – 8. Il modello post-riparatorio della pena e il sentimento critico (la "compassione") come strumento conoscitivo della penalità.

0. Una premessa quasi personale.

Ho avuto il privilegio di un dialogo ripetuto con Massimo Pavarini, non tanto per la vicinanza "di scuola", quanto come rappresentante di quella scienza penale da lui definita dogmatica che inevitabilmente tracciava la linea di un confine e di una distanza. Eppure di dogmatiche ce ne sono tante ed è evidente che Massimo ha potuto vedere in questi scambi un'occasione utile e comunque possibile di confronto direi quasi interculturale, dato che la c.d. scienza penale integrata non è mai stata davvero realizzata: ci si parlava da "non integrati", da mondi da sempre poco coesi e anzi spesso ostili. Ma un dialogo egli l'ha cercato veramente. Mentre alcuni, tra i quali chi scrive, hanno via via tentato di rinnovare il modello almeno teorico, anche se spesso poco praticato, di una scienza penale integrale (anche se non proprio "integrata")¹, penso che Pavarini non abbia ritenuto mai veramente attuale quel progetto, almeno dopo la chiusura dell'esperienza della "Questione criminale" (1981), e tuttavia, ostinatamente, abbia voluto resistere alla separazione delle discipline.

Mi spiego: egli chiedeva prima di tutto al c.d. dogmatico o scienziato giurista di mettere prima in crisi radicalmente il proprio punto di vista interno, contaminato da una carente riflessione sulla realtà penale, cioè, innanzitutto, sulla pena e poi da radicale mancanza di collaudo empirico delle proprie basi normative. Infatti, nella sua presentazione didattica del tema, legata almeno agli sviluppi più maturi della sua riflessione, la dogmatica era essenzialmente sinonimo del "ragionare per principi"², e non per esperienza o conoscenze di fatto. Mancando una tale base, anche la scienza penale integrale o integrata risultava un modello insostenibile o apparente e illusorio:

¹ Per uno schizzo delle tappe teoriche di possibili modelli di integrazione fra scienze penali normative ed empiriche cfr., restando alla letteratura più recente, M. DONINI, *La scienza penale integrale fra utopia e limiti garantistici*, in S. MOCCIA, A. CAVALIERE, a cura di, *Il modello integrato di scienza penale di fronte alle nuove questioni sociali*, Esi, Napoli, 2016, 7 ss., oltre agli altri contributi di questo volume collettaneo; ID., *Europeismo giudiziario e scienza penale*, Giuffrè, Milano, 2011, cap. 3 ("Scienza penale integrale: il rapporto con le altre scienze") e 4 ("Oggetto, metodo, compiti della scienza penale"); W. HASSEMER, *Konturen einer gesamten Strafrechtswissenschaft heute*, in *Fest. Eser*, Beck, München, 2005, 115 ss.; E.R. ZAFFARONI, *Derecho penal*, parte gen.², Ediar, Buenos Aires, 2005, spec. 153 ss.; A. BARATTA, M. PAVARINI, *La frontiera mobile della penalità nei sistemi di controllo sociale della seconda metà del ventesimo secolo*, in *Dei delitti e delle pene*, n. 1/1998, 7 ss., spec. 10-22; A. BARATTA, *La politica criminale e il diritto penale della Costituzione. Nuove riflessioni sul modello integrato delle scienze penali*, in *Dei delitti e delle pene*, n. 3/1998, 5 ss., 12 ss.; J. DE FIGUEIREDO DIAS, *A "Ciência conjunta do direito penal"* (1997), in ID., *Temas básicos da doutrina penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, 3 ss., via via con altri richiami.

² M. PAVARINI, *Corso di istituzioni di diritto penale*, BUP, Bologna, 2013, 130.

l'unica strada per una possibile integrazione era quella di "assumere a modello prescrittivo quanto descrittivamente è nei fatti"³.

A partire dalla fine degli anni '90 Pavarini aveva dato impulso, insieme ad Alessandro Baratta, a un nuovo corso nella prospettazione della scienza penale integrata, proponendo un "nuovo modello integrato" con una interdisciplinarietà "interna" e una "esterna"⁴. Era un percorso nuovo, legato per Pavarini anche all'esperienza di analisi delle politiche locali di sicurezza (il progetto "Città sicure" con la Regione Emilia-Romagna), che prevedeva le possibilità di un controllo critico chiamato "interdisciplinare" all'interno del sistema penale dei principi "liberali", e che doveva tener conto delle definizioni normative della criminalità, ma inseriva all'interno di esso anche le definizioni dei fenomeni negativi alla luce di parametri diversi da quelli legali (secondo le istanze del *labelling approach*), come quelli della criminologia "critica". Accanto a questo nuovo tipo di controllo interno restava poi sempre un controllo critico esterno, dove la criminologia non solo continuava a non assumere le definizioni della criminalità adottate dal sistema normativo, ma si allargava a valutazioni di tipo materiale e politico, connesse ad analisi dell'*output* del sistema, dei rapporti costi/benefici etc.⁵

Se è vero ciò, non mi pare troppo sorprendente che abbiamo avuto tante occasioni di confronto, più che di vero scontro, ma piuttosto mi colpisce che non vi siano stati analoghi scambi con altri giuristi, salvo isolate eccezioni. Ricordo, nel contesto di quelle premesse "dialogiche", le comuni ricerche sulla legislazione penale complementare⁶, le discussioni sul diritto penale del nemico e sul diritto penale di lotta⁷, il convegno su sicurezza e diritto penale⁸ e infine un dibattito sulla pena in senso stretto⁹ dopo una

³ M. DONINI, M. PAVARINI, *Silète poenologi in munere alieno!*, parte prima (di M. Pavarini), in *Silète poenologi in munere alieno! Teoria della pena e scienza penalistica, oggi*, a cura di M. PAVARINI, Monduzzi, Bologna, 2006, 22, rileggendo il lascito di Alessandro Baratta sul punto. Si sarebbe voluto fare un documento unitario, ma le due anime, giuridica e criminologica, hanno imposto una distinta attribuzione dell'unico documento introduttivo agli atti del Convegno di Macerata, dell'Associazione Franco Bricola, 17-18 gennaio 2005.

⁴ A. BARATTA, M. PAVARINI, *La frontiera mobile della penalità nei sistemi di controllo sociale della seconda metà del ventesimo secolo*, cit., spec. 17-22.

⁵ *Op.ult.cit.*, 17 s.

⁶ G. INSOLERA, M. PAVARINI, *Quale ordine al disordine penale? Riflettendo sul saggio di Massimo Donini*, in *La riforma della legislazione penale complementare. Studi di diritto comparato*, a cura di M. DONINI, Cedam, Padova, 2000, 61 ss.; M. PAVARINI, *Sistema di informatizzazione del diritto penale complementare. Prime elaborazioni e riflessioni*, in *Modelli ed esperienze di riforma del diritto penale complementare*, a cura di M. Donini, Padova, Giuffrè, 2003, 25 ss.

⁷ M. PAVARINI, *Governare la penalità. Struttura sociale, processi decisionali e discorsi pubblici sulla pena* (2014), n. 3/2013 di *Ius17@unibo.it*, 137 ss., 145 ss.; ID., *Corso di istituzioni di diritto penale*, cit., 67 ss.; ID., *Castigar al enemigo. Criminalidad, exclusión e inseguridad*, Flacso, Quito, 2009, 173 ss.; ID., *La giustizia penale ostile: un'introduzione*, in *Studi sulla questione criminale. Nuova serie di 'Dei delitti e delle pene'*, 2007, 2, 2, 7 ss.

⁸ *Sicurezza e diritto penale*, a cura di M. DONINI e M. PAVARINI, BUP, Bologna, 2011.

⁹ M. PAVARINI, *Leggendoti...note a margine di un saggio di Massimo Donini*, in *Ius17@unibo.it*, 2014, pubblicato nel 2015, 119 ss.

divergenza più risalente su teoria della pena e scienza penale¹⁰. Almeno cinque occasioni pubbliche o scritte di riflessioni incrociate, muovendo da punti di vista sicuramente diversi: esterno il suo, prevalentemente interno il mio. Non mi consta che ciò sia accaduto a qualche altro penalista “dogmatico”. Sono stati interventi che hanno cercato un dialogo a venire, che chiedevano una risposta. Per parte mia credo di averla data (tardivamente?) soprattutto con lo scritto del 2013 sulla concezione post-riparatoria della pena¹¹, con uno su scienza penale e potere politico del 2015¹², e con un altro del 2015 sul delitto riparato che forse Massimo non ha mai letto¹³.

Penso che soprattutto ciò giustifichi la mia presenza per introdurre il tema del rapporto tra l’opera e la figura di Massimo Pavarini e la scienza penale. Perché è inutile negare che la sua opera è rimasta per il resto scarsamente frequentata dagli studiosi del SSD Ius17 non bolognesi, non penologi e non seguaci delle teorie del diritto penale minimo, anche nelle analisi più empiriche e criminologiche in senso stretto, quelle più “obiettive” che Massimo ha compiuto¹⁴. Il convegno che lo celebra, dunque, ha voluto essere, nelle intenzioni di chi lo ha concepito, un’occasione per riannodare i fili di una conoscenza capace di diffondere il suo pensiero. Ciò esige che il punto di vista di Massimo sia veramente chiarito senza veli. Vediamo quindi di collocare, ma non di addomesticare, il suo discorso dentro al linguaggio del penalista tecnico.

1. La scienza penale come mera tecnica o come disciplina teorico-critica orientata alla riduzione del male?

Massimo Pavarini condivideva con Alessandro Baratta un giudizio sulla scienza penale che vede quest’ultima come una *mera tecnica*, qualora non sia informata, educata, e diretta dal sapere empirico-criminologico¹⁵. Ma anche in questo caso, a mio avviso, per lui la disciplina *giuridico-penale*, vista dall’esterno, rimaneva nel complesso, nelle sue principali manifestazioni, una tecnica del potere e del controllo sociale: *non una vera*

¹⁰ M. DONINI, M. PAVARINI, *Silète poenologi in munere alieno!*, parte prima (di M. Pavarini), 11 ss., e parte seconda (di M. Donini), 25 ss., in *Silète poenologi in munere alieno! Teoria della pena e scienza penalistica*, oggi, cit.

¹¹ M. DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1162 ss.

¹² M. DONINI, *Scienza penale e potere politico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 1/2015, 95 ss., e in M. DONINI, L. STORTONI, a cura di, *Il diritto penale tra scienza e politica. In ricordo di Franco Bricola vent’anni dopo*, BUP Bologna, 2015, 75-124.

¹³ ID., [Il delitto riparato. Una disegualità che può trasformare il sistema sanzionatorio](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3/2015, 236 ss.

¹⁴ V. in particolare M. PAVARINI, *La criminalità punita. Processi di carcerizzazione nell’Italia del XX secolo*, in *La criminalità*, a cura di L. Violante, *Storia d’Italia*, Annale 14, Einaudi, Torino, 1977, 981 ss.; i vari *Quaderni di Città sicure* della Regione Emilia-Romagna pubblicati dalla seconda metà degli anni ’90; M. PAVARINI, D. BERTACCINI, *L’altro diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2004; e infine la bellissima ultima sintesi in M. PAVARINI, *Governare la penalità*, cit., 39-97.

¹⁵ A. BARATTA, *Criminologia liberale e ideologia della difesa sociale*, in *Quest. crim.*, 1975, spec. 55 s., poi in ID., *Criminologia critica e critica del diritto penale*, Il Mulino, Bologna, 1982, spec. 156 s.

scienza. Troppo condizionata dal potere, da logiche legislative impermeabili o disinteressate al sapere empirico o in ogni caso coinvolta in un'opzione punitiva di fondo irrazionale e dannosa, tale da compromettere *ab origine* il valore scientifico di ogni costruzione teorica, interpretativa, dogmatica, legata a una definizione non scientifica, ma solo legale (*labelling*) della criminalità, tanto più se la "scienza di tale definizione" non si limiti a descrivere obiettivamente e disinteressatamente i prodotti legislativi o i loro meccanismi applicativi, come faceva il vecchio tecnicismo – che però restava comunque contaminato dalle politiche che semplicemente contribuiva a realizzare –, ma invece si senta persino compromessa nel progetto legislativo, per attuarlo al meglio, anche con le migliori intenzioni di realizzare il patto costituzionale o principi sovraordinati¹⁶.

Pesò su questa valutazione un giudizio che in origine fu di matrice marxista. Anche Baratta, nella seconda metà degli anni Settanta, aveva rievocato il materialismo storico a proposito delle basi stesse della precomprensione della criminologia critica. Il suo programma di disvelamento della disuguaglianza in ambito penale, punitivo e penitenziario, e del diritto penale come ideologia negativa, corrispondeva alla *Critica del programma di Gotha* di Marx che aveva disvelato la disuguaglianza del diritto (civile)

¹⁶ Ricostruendo dopo la morte di Baratta il suo pensiero, Pavarini (M. PAVARINI, *Per una critica dell'ideologia penale. Un primo approccio all'opera di Alessandro Baratta*, in *Dei delitti e delle pene*, 2001, nn. 1,2, 3, 7 ss., poi in *Sociologia dir.*, 2/2003, 61 ss.) ricorda in modo in realtà adesivo il giudizio dello stesso Baratta sulla scienza penale, anche la migliore di quegli anni, quella di Bricola e del suo orientamento costituzionalistico: "Il ritardo della scienza giuridica nei confronti del pensiero criminologico contemporaneo è tale da fare intendere che esso non possa più essere recuperato attraverso una critica immanente o autocritica situata all'interno della scienza giuridica" [A. BARATTA, *Criminologia liberale e ideologia della difesa sociale*, in *La questione criminale*, I, 2, 1975, 9]. Solo il punto di vista esterno poteva salvare la scienza penale da una deriva ideologica di mascheramento della realtà. Iniziò così l'avventura de *La Questione criminale* (1975-1981). Dopo sette anni di ricerca di una "integrazione", proprio su quel punto la rivista si divise e cessò di esistere. Quel giudizio di Baratta, e anche di Pavarini, da allora non cambiò più e resta presente anche nella ridefinizione del "nuovo modello integrato" compiuta nel 1998 (*retro*, § 0). In particolare merita di essere riletta, sotto questo profilo, in funzione davvero esplicativa del punto di vista di Baratta, ma anche di Pavarini, sul punto, la replica a Marinucci, dopo una nota polemica (G. MARINUCCI, *L'abbandono del codice Rocco: tra rassegnazione e utopia*, in *La questione criminale*, n. 2/1981, 297 ss.), da parte di A. BARATTA, *Criminologia critica e riforma penale. Osservazioni conclusive sul dibattito "Il codice Rocco cinquant'anni dopo" e risposta a Marinucci*, in *La questione criminale*, n. 3/1981, 349 ss., spec. 380 ss.

borghese¹⁷. E anche Pavarini discuteva analogamente, allora, della «necessità del materialismo per una “criminologia critica”»¹⁸.

Certo, con gli anni, queste matrici marxiane scompariranno dalle note e dalle citazioni, che risentivano in origine di un clima culturale contingente, non più fermentato in seguito su quelle basi teoriche. Tuttavia, non cambiò il giudizio sulla “prassi” penale come messa in crisi della “teoria”, che costituisce un *Leitmotiv* costante della riflessione di Massimo Pavarini, come del suo Maestro Baratta, ben al di là del riconoscimento di una aporia filosofica (dalle premesse analitiche che talora sembra ammettere come violate con Baratta) in questo *modus procedendi* che metteva in dialogo essere e dover essere, infrangendo la “grande divisione” e criticando la teoria attraverso la prassi. Ma se questo risultava molto più marxiano che liberal-borghese alla Weber o alla Kelsen...era in realtà più vero e comunicativo per tutti coloro che non restassero accecati dai dogmi della filosofia neokantiana o da quella analitica, giustamente abbandonati *di fatto* da Baratta e comunque con miglior serenità interiore da Pavarini.

Certo, Pavarini attribuiva alla scienza penale – *in senso complessivo*, quale complesso delle discipline sulla criminalità: altra possibile traduzione della “gesamte” Strafrechtswissenschaft – come modello idealtipico di scienza penale multidisciplinare¹⁹, un obiettivo che inevitabilmente è anche un compito di garanzia: *la riduzione del male che il diritto penale reca con sé*²⁰. Io condivido pienamente questo obiettivo, che passa

¹⁷ Per questa lettura congiunta della “Critica del Programma di Gotha” di Marx per il diritto civile e della criminologia critica per il diritto penale cfr. A. BARATTA, *Dal “Labelling approach” a una criminologia critica*, in ID., *Criminologia critica e critica del diritto penale*, cit., 159 ss. In realtà, il richiamo di Marx è più riferito al diritto borghese (bürgerlich è qui diritto civile, ma anche e soprattutto borghese) come diritto solo formalmente uguale (gleiches Recht), contenuto in quel documento contingente del 1875 sul programma del partito operaio tedesco: infatti, Marx generalizza e afferma che “questo diritto uguale è diritto disuguale per lavoro disuguale”, non riconoscendo nessuna distinzione di classe, e così conclude: “esso è perciò, per il suo contenuto, un diritto della disuguaglianza, come ogni diritto” (“Es ist daher ein Recht der Ungleichheit, seinem Inhalt nach, wie alles Recht”): K. MARX, *Kritik des Gothaer Programms* (1875), Stuttgart, 1890-91, tr. it., *Critica del Programma di Gotha*, Massari ed., Bolsena, 2008, 49-51.

¹⁸ M. PAVARINI, *La criminologia*, Le Monnier, Firenze, 1980, 128 ss., 141 ss., dopo lo storico scritto con Dario Melossi, di dichiarata matrice marxista, oltre che “francofortese”, sulle origini del sistema penitenziario: D. MELOSSI, M. PAVARINI, *Carcere e fabbrica. Alle origini del sistema penitenziario*, Il Mulino, Bologna, 1977, spec. 239 ss., 242 ss., e già M. PAVARINI, “Concentrazione” e “diffusione” del penitenziario. *Le tesi di Rusche e Kirchheimer e la nuova strategia del controllo sociale in Italia*, in *La questione crim.*, 1978, 39 ss., oltre che in *Appendice a G. RUSCHE-O. KIRCHHEIMER, Pena e struttura sociale*, Il Mulino, Bologna, 1978 (orig. *Punishment and social Structure*, 1968, e in tedesco già nel 1939), 341 ss.; ID., *In tema di economia politica della pena: i rapporti tra struttura economica e lavoro penitenziario alle origini del sistema capitalistico di produzione*, *ibidem*, 1976, 263 ss.

¹⁹ Multidisciplinare, ma non veramente “interdisciplinare”, nel senso che il punto di vista giuridico non può annullarsi o confondersi in o con quello empirico-descrittivo-criminologico e viceversa. Cfr. al riguardo J. DE FIGUEIREDO DIAS, *A “Ciência conjunta do direito penal”*, cit., 3 ss., e similmente W. HASSEMER, *Konturen einer gesamten Strafrechtswissenschaft heute*, cit., 115 ss.

²⁰ Questo compito è nell'essenza del modello epistemologico ricostruito in forma storica da F. CARRARA, *Varietà della idea fondamentale del giure punitivo* (1864-63), in ID., *Opuscoli di diritto criminale*, vol. I^o, Casa ed. libraria Fratelli Cammelli, Firenze, 1898, 169 ss., la dove si considera un’“arte schifosa” il giure penale, prima che diventasse “scienza”: ciò che ha cominciato a essere solo riportando a ragione e umanità il suo orientamento (*infra*, § 7.1). Un passo che ha dato il titolo a un libro di Pavarini pubblicato in America latina (*infra*, nota 46).

attraverso la realizzazione di una serie di principi e valori sovraordinati che devono assicurare diritti fondamentali di autori, vittime, cittadini. *In questa subordinazione del diritto a vincoli di garanzia e a scopi di riduzione teleologica della sofferenza per quella triade di soggetti, risiede una componente essenziale di ciò che intendiamo con garantismo in materia penale*²¹. Un garantismo triadico e non binario rispetto allo Stato (Stato *vs.* cittadino e autore, ma anche *vs.* vittima).

Secondo Pavarini, che così si compiaceva di reinterpretare l'evoluzione intellettuale e politica di Raúl Zaffaroni, *la stessa dogmatica penale*, quale componente giuridica della scienza penale, avrebbe potuto/dovuto essere riconvertita in strumento non di legittimazione del sistema punitivo reale, vigente, ma al contrario di delegittimazione, o comunque usato anche in modo forse innaturale per la progressiva riduzione della sofferenza da esso prodotta, in chiave dunque di delimitazione o riduzione del male²². Sembrava così che per ammettere un vero statuto scientifico alla scienza c.d. dogmatica si dovesse chiederle il *sacrificio di Origene* di tramutarsi in una disciplina per lo smantellamento del diritto penale vigente. Tuttavia, se la scienza dogmatico-penale è comunque qualificata dal garantismo (cioè dall'obiettivo complessivo di riduzione del male insito nel potere punitivo), l'idea di quel sacrificio di Origene, e del suicidio programmato del giure punitivo²³, ne risulta allontanata o meglio ricondotta su sentieri più congrui di riduzione progressiva e fondamentale della sofferenza, e dunque della pena, più che del "diritto" punitivo.

2. Tesi (Pulitanò, Ferrajoli) che si oppongono alla scientificità del garantismo o al riconoscimento della dogmatica come sapere fattualmente verificabile o che persegua finalità (non solo scientifico-ricostruttive).

Di recente è stato osservato che non sarebbe corretto vedere nel diritto penale una *scienza delle garanzie*. Le garanzie, infatti, seguirebbero parametri di valore e di scelte di campo estranei a un approccio strettamente scientifico, che dovrebbe rimanere "ricognitivo", mentre quell'obiettivo apparterrebbe alla politicità dell'impegno del giurista²⁴.

Devo contestare che questa obiezione risente di *un residuo di tecnicismo giuridico*.

L'approccio costituzionalistico in quanto tale *esige* una diversa connotazione della scienza penale come scienza delle garanzie: non è la sua definizione sostanziale, ma un suo attributo qualificante. *Come scienza* essa rimane conoscenza metodologicamente sistematica di dati e saperi normativi a collaudo empirico, ma *come garanzia* è finalizzata alla riduzione del male, all'attuazione complessiva di diritti fondamentali anche dell'imputato o del colpevole. Ciò è costituzionalmente imposto.

²¹ Su questa specifica declinazione "triadica" del garantismo, ripresa anche qui di seguito nel testo, cfr. M. DONINI, *Scienza penale e potere politico*, cit., § 14.

²² M. PAVARINI, in M. DONINI, M. PAVARINI, *Silète poenologi in munere alieno!*, cit., 24 s.

²³ Nel significato carrariano che vedremo *infra*, § 7.

²⁴ Così PULITANÒ, *'Dogmatica' e giurisprudenza*, in *Cass. Pen.*, 2015, 4282, nota 37.

Anche se non è il garantismo come “sinonimo” di diritto penale minimo nella declinazione ferrajoliana²⁵, esso esprime comunque la prospettiva della dimensione critica e dei principi sovralegislativi che delimitano e fondano il diritto penale. L’interprete è “coinvolto” in questo programma normativo, ne è corresponsabile. E poiché l’interpretazione è base costitutiva del sapere scientifico del giurista, anche se non isolata da altri saperi, se non si converte tutta l’interpretazione in un’attività meramente politica (poiché solo in parte lo è), il sapere ermeneutico, sistematico, conoscitivo che su di essa si fonda recherà l’imprinting di quel programma preconstituito di principi e valori. E dunque come può essere non garantista e solo ricognitivo? Per restare *apparentemente* immune dal coinvolgimento il penalista dovrebbe ritornare un tecnico-giuridico “pre-costituzionale”. E se, viceversa, escluso quel tecnicismo avalutativo²⁶, fosse possibile fare “scienza” solo restando fuori dall’impegno ermeneutico-ricostruttivo, fuori dal mondo normativo e dunque solo come criminologi, sociologi etc., una scienza *giuridico-penale* sarebbe interdotta per definizione, rimanendo scientifico solo il *diverso* punto di vista ‘esterno’.

L’antagonismo che portò alla rottura tra Baratta (la scienza è punto di vista esterno, l’orientamento costituzionale è soprattutto politica del diritto) *e Bricola* (impegno costituzionale come *progetto tecnico-scientifico*, non solo politico) rimane a mio avviso *permanente e irrisolto* in questa *posizione di Pulitanò* (che contesta deontologicamente una teoria del reato come scienza delle garanzie).

Ma *parimenti irrisolta* rispetto alla posizione di Baratta e dello stesso Pavarini, mi pare la tesi per esempio di *Ferrajoli*, che dissolve in pura politicità il garantismo *penale* là dove lo declina concretamente, per il giurista, con il progetto politico del diritto penale minimo²⁷, ma nello stesso tempo differenzia fra teoria del diritto e dogmatica: la *teoria*

²⁵ L. FERRAJOLI, *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, Editoriale scientifica, 2014, 12, 14, 19 ss., 207 ss., 215 ss.

²⁶ Che peraltro mai è stato veramente avalutativo nei suoi migliori esponenti.

²⁷ In vari scritti Luigi Ferrajoli identifica garantismo *penale* e diritto penale minimo (v. da ultimo il lavoro di sintesi cit. *retro* a nota 25). Vero che il garantismo non è solo penale, nella sua lettura, e diventa anche sinonimo di una teoria dei diritti fondamentali, di una particolare teoria del diritto, ma anche di una filosofia politica o sinonimo di Stato costituzionale di diritto e dunque di giurisdizionalizzazione di tutti i diritti – tante cose, forse troppe, ci sembrano per quest’unico termine polisenso –. Ma è vero anche che nella sua dimensione *penalistica* questa teoria politica, o filosofia politica, o teoria del diritto (che di avalutativo però non ha davvero niente), si concretizza nella versione più compiuta in un programma tutto *de lege ferenda*, cioè il diritto penale minimo, essendo ormai lontani i tempi nei quali si ancorava a interpretazioni puntuali del testo costituzionale (più diffuse e ricorrenti in L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Bari, 1989). Orbene i *contenuti* di questo programma legislativo – che fra l’altro si prefigge l’abolizione della legislazione penale complementare, dei reati di pericolo astratto, l’abolizione delle contravvenzioni e la reintroduzione del principio *ignorantia legis neminem excusat* – sono ormai chiaramente politici, non sono più “norme” o elaborazioni basate su norme. Come si possa fondare una scienza *giuridica* del diritto vigente, anche costituzionale, su tale modello pare difficile comprendere. È un vero progetto politico nella sua essenza. In parte quel progetto ha basi normative sì, ma solo nella misura in cui alcune norme a cui ricondurre certi principi possono vincolare organi dello Stato alla loro applicazione nel sistema (garantismo giurisdizionale), mentre in larga parte no, essendo il futuro di quei principi destinato al solo Parlamento (garantismo politico) e non anche alla Corte costituzionale (garantismo giuridico-costituzionale). Infatti, come lo stesso Ferrajoli da tempo precisa, “se è vero che il garantismo è un modello

del diritto sarebbe descrittiva, formale e tendenzialmente avalutativa²⁸, mentre invece “le tesi giuridiche della dogmatica non sono [sarebbero] confutabili fattualmente”²⁹.

Queste posizioni esprimono una cultura ben diversa da quella di Massimo Pavarini.

Mentre Pavarini voleva confutare la scientificità della dogmatica o della scienza dogmatica proprio sulla base della sociologia e della criminologia, cioè dei fatti, le altre posizioni ricordate perpetuano della scienza giuridica una funzione solo ricostruttiva, oppure “astratta”, ovvero la ritengono prigioniera in una sorta di normativismo integrale, *impermeabile ai fatti*.

Radicalizzate così le differenze, può anche essere che i loro esponenti non si riconoscano più in questi esiti concettuali. Meglio così, se dovesse accadere. Nostro compito era di rilevarle.

teorico e normativo del diritto, ossia un insieme di tecniche normative volte ad assicurare effettività a diritti e principi fondamentali, la sua effettività non può dipendere a sua volta da norme di diritto positivo. Sarebbe illusorio, in altre parole, pensare che le garanzie di effettività delle garanzie giuridiche siano a loro volta garanzie giuridiche. Queste garanzie sono bensì garanzie politiche e sociali” (L. FERRAJOLI, *Garantismo e diritto penale*, in *Dei delitti e delle pene*, n. 3/1998, 121). Se è vero che il mondo si appoggia su una tartaruga, la tartaruga su che cosa si appoggia? Ecco dunque che questo garantismo, che in diritto penale coinciderebbe col diritto penale minimo, si basa in definitiva sulle forze politiche e sociali che possono sostenerne il programma. Considerazione realistica in termini di filosofia politica, e di politica del diritto, ma è chiaro che non è questo il garantismo quale contrassegno epistemologico della scienza penale, nel significato di cui discutiamo nel testo. Della scienza penale come garantismo fa parte il progetto giuridico-costituzionale, non quello politico ancorato a qualche principio sovralegislativo, ma in definitiva (giustamente) libero da esso nel suo svolgimento e programma.

²⁸ Sul carattere astratto, formale e tendenzialmente avalutativo della teoria del diritto, ben distinta sia dalla dogmatica, sia dalla sociologia del diritto, sia dalla filosofia della giustizia (parrebbero quasi distinzioni da tecnico giuridico... se l’A. non usasse il termine tecnicismo in senso solo, e penso troppo, negativo) v. ora la ponderosa ricerca di L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, *Teoria del diritto*, Laterza, Roma, Bari, 2007, 9 ss., 21 ss., 33 ss., 39 ss. Ferrajoli, del resto, non sposa certo una concezione “avalutativa” dell’interpretazione — che non è “teoria del diritto”, infatti — e ammette che la dogmatica (di cui segue una nozione restrittiva: *ivi*, vol. I, cit., 69, nota 9) dipende geneticamente da un determinato ordinamento, a differenza della teoria del diritto che ne astrae, e riconosce che queste divisioni concettuali di discipline, sono peraltro ampiamente superate nei fatti della vita concreta del diritto: dove dogmatica, sociologia e filosofia della giustizia si mescolano anche nel lavoro quotidiano dell’interprete (*ivi*, 21 s., 70 nota 10). E tuttavia Ferrajoli, dopo aver in parte criticato la tradizione (da Kelsen a Bobbio) e la tesi “prevalente” che assegna alla teoria del diritto un carattere avalutativo rigoroso (*Principia iuris*, vol. I, cit., 21 s.), continua a riproporre la “grande divisione” tra proposizioni descrittive e prescrittive nel prospettare una teoria del diritto “rigorosamente avalutativa”: così L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie. Conversazione con Mauro Barberis*, Il Mulino, Bologna, 2013, 58: “La teoria del diritto, come io la concepisco, non comporta alcuna valutazione”. Nondimeno, sono sempre sue parole, essa conserverebbe una dimensione “prescrittiva” (*Id.*, *Principia iuris*, vol. I, cit., 21 s.), legata al carattere stipulativo delle sue definizioni.

²⁹ L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, cit., 11 (corsivo aggiunto).

3. Contro il normativismo integrale e la separatezza incomunicabile dei paradigmi scientifici.

Chi scrive ha sempre combattuto il normativismo integrale, che produce la sterilizzazione della scienza giuridica in formalismo e tecnicismo in senso deteriore³⁰.

Dal mio punto di vista, invece, è evidente che una scienza penale a base costituzionale ha sì un'insopprimibile componente conoscitiva, con un *background* di saperi empirici, ma al suo interno, nel ricostruire il sistema vigente (valido), essa attinge da principi superiori alla legge parametri che sono di garanzia e che pertanto rappresentano *un suo connotato epistemologico*. La scientificità del suo procedere ha quindi una natura complessa, composita, irriducibile ai più celebrati ma parziali modelli di scienza naturale o matematica, per la presenza di saperi empirici e normativi insieme, comunicanti, non separati da una insopportabile *legge di Hume* che ci impedisce di far dialogare norme e realtà, fatti e valori.

Come la bioetica e il biodiritto sono un "ponte" fra natura e morale³¹, tra fatti e valori, così lo è la scienza giuridica.

Se sono vere queste premesse, va da sé che dobbiamo finalmente *affrancarci dai vincoli definitivi dei paradigmi epistemologici del primo Novecento*: nella prima metà del XXI secolo noi sappiamo perfettamente che se *ex cathedra* insegniamo un diritto improntato a principi sovraordinati e dunque a criteri valoriali, a scelte di campo, *non diventiamo* dei tribuni, dei demagoghi o dei profeti (anziché dei maestri o degli scienziati), come invece obiettava Max Weber cent'anni fa³².

Un progetto teorico di diritto penale costituzionale e di principi, ma anche di verifiche empiriche e di regole legislative non è dunque un coacervo di antinomie epistemologiche (natura e fini, descrizioni e prescrizioni, Sein e Sollen, fatti e valori), quanto piuttosto *l'unica base epistemologica pensabile oggi per il giurista*.

Perché? Perché il momento conoscitivo-descrittivo, separato da quello limitativo e dunque garantista, è costituzionalmente ed epistemologicamente inservibile per scopi di legittimazione e giustizia. È infatti compito della scienza giuridica, e di quella penale in particolare, quello di *porre il tema della propria legittimazione al suo interno*³³, perché la

³⁰ Cfr. il nostro studio *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Giuffrè, Milano, 2004, cap. 9.

³¹ Sulle origini (e in realtà le insuperabili connotazioni) *neo-cognitivist* della bioetica, disciplina-ponte tra essere e dovere essere, e dunque orientata a individuare il *miglior punto di raccordo tra conoscenze empirico-scientifiche e scelte di valore*, al di là di premesse ideologiche connesse a forme tradizionali di cognitivismo (per es. cattolico-tomista, per intenderci), o di separatismo non cognitivista (incomunicabilità assoluta tra fatti e valori), v. il classico VAN R. POTTER, *Bioethics. Science of Survival*, in *Biology and Medicine*, 14, 1970, 127-153; anche in ID., *Bioethics. Bridge to the Future*, Prentice-Hall, Engelwood Cliffs (NJ), 1971, chapter I, 1 ss.

³² M. WEBER, *Wissenschaft als Beruf* (1918), tr. it. *Il lavoro intellettuale come professione*, Einaudi, Torino, 1971, 28 s.

³³ In questi termini, esattamente, anche se da ben diverse premesse culturali e metodologiche, G. JAKOBS, *El derecho penal como disciplina científica*, Thomson Civitas, Aranzadi, Cisar Menor, 2008, 21 ss., ma anche M. PAVARINI, *Leggendoti...*, cit., 122: "una scienza può definirsi tale solo se è in grado di auto-riflettere sul proprio oggetto", restando "critica rispetto all'oggetto".

pena (la sanzione) ha così tante spiegazioni perché non si giustifica, ma semplicemente si realizza, da sé³⁴, e perché è impossibile “spiegare” un sistema normativo orientato giuridicamente a valori superiori ma anche a risultati che lo fondano o invalidano, senza porsi il tema della “giustificazione” di quel sistema in ordine ai criteri di costruzione e anche di realizzazione del suo programma.

Non mera *spiega-zione* scientifica (*explanation*), dunque, ma anche *giustifica-zione* (*justification*), dovendosi render giusto il sistema spiegato: impresa titanica di legittimazione e delegittimazione insieme, per la quale non basta una vita.

4. Perché la realtà dialoga con le norme e le può delegittimare.

Pavarini, in realtà, non si è cimentato veramente nella scienza giuridico-penale *dal punto di vista interno*, salvo che per qualche studio critico-interpretativo, o penologico-penitenziario, osservando piuttosto il sistema penale *dal punto di vista esterno*, quello del criminologo critico, del sociologo, del politico o del filosofo del diritto.

Perché?

Perché – come detto – il *punto di vista interno*, per quanto rifondato su basi critico-costituzionali, rimane nel suo pensiero vincolato a operazioni di esecuzione doverosa di prescrizioni incontrollate nella loro genesi e inserite in un sistema complessivamente carente di legittimazione scientifica.

Infatti, *il solo punto di vista esterno*, non normativo o prescrittivo, ma veramente conoscitivo, descrittivo, anche se “critico”, *presentava nella sua visione una valenza scientifica perché basato su conoscenze empirico-criminologiche* non contaminate da regole normative rispondenti a interessi, valutazioni, politiche incontrollabili, o immotivate e comunque di fatto incontrollate.

Ma ancora di più, l'intero sistema penale, e dunque la sua pretesa “scienza” interna e positiva, quella giuridico-penale, presentava una carenza di legittimazione politica, e prima ancora scientifica, a causa della *radicale delegittimazione della pena e di quella carceraria in particolare*.

Il problema più acuto, rimasto privo di vera risposta nella riflessione di *Pavarini*, è come sia mai possibile che i fatti siano capaci di delegittimare il sistema, e non siano positivamente in grado di dare risposte positive per ricostruirlo. Come possa esistere un cognitivismo solo decostruttivo e non costruttivo. La risposta a tale quesito non ha, a mio avviso, una chiara enunciazione, ma ritengo che nella sostanza non sia negato né l'impegno né l'esito costruttivista-cognitivista.

³⁴ Cfr. l'elenco, riconosciuto incompleto, ma pur sempre della maggior parte delle possibili finalità/funzioni della pena, in F. NIETZSCHE, *Zur Genealogie der Moral. Eine Streitschrift* (1887), tr. it. *Genealogia della morale. Uno scritto polemico*, Adelphi, Milano, 1989, Seconda dissertazione, § 13, p. 69 s. e qui, in precedenza, la anticipata conclusione: “si punisce viceversa, allo stesso modo con cui ancor oggi i genitori castigano i loro figli, per ira di un danno sofferto, alla quale si dà sfogo sul danneggiante – una collera, tuttavia, mantenuta nei limiti e modificata dall'idea che ogni danno abbia in qualche modo il suo *equivalente* e realmente possa essere soddisfatto, sia pure mediante una sofferenza di chi lo ha provocato” (*ivi*, p. 51, § 4).

5. La realtà della pena come messa in crisi della scienza.

Il diritto penale si qualifica per *essere innanzitutto pena*, non innanzitutto diritto: la sua parte precettistica più seria e conservabile, infatti, quella del nucleo più punitivo e grave dei delitti, non è certo solo penalistica, ma anche extrapenale. Ciò premesso, secondo Pavarini, non esiste una legittimazione scientifica, ma anzi una *confutazione scientifica* dei fini della pena oggi conosciuta e praticata, in quanto quelli preventivi speciali e generali hanno fallito da sempre il loro obiettivo, moltiplicando il male senza produrre provatamente un maggiore vantaggio sociale.

Infatti, il 35% della popolazione carceraria italiana, più o meno corrispondente nel 2013 (59.000 ingressi) a quella del 1960 (61.000 ingressi), anche se detenuta ora per più lunga durata³⁵, è composta da immigrati extracomunitari; il 30% da giovani tossicodipendenti; un altro 20% da giovani marginali, professionalizzati in piccoli e medi reati predatori. Solo il 5% di quella popolazione è invece composta da esponenti di una criminalità più pericolosa, che impone esigenze di neutralizzazione in senso stretto, sul paradigma delle misure di sicurezza per imputabili, più che di una pena “retributiva” o “risocializzante”³⁶. Premesso che la prevenzione generale rispetto a tutte queste tipologie è di scarso o nullo impatto; che la risocializzazione è del tutto indimostrata e anzi sconfessata dagli effetti recidivanti della carcerizzazione, che la “colpevolezza” di queste categorie appare semmai ridotta dalle condizioni di marginalità di partenza, Pavarini si chiede “che cosa c’entra questa razionalità di *mass imprisonment* nell’amministrazione della neutralizzazione selettiva con quanto la scienza del diritto penale e la filosofia chiamano “pena”. Gli autori più duramente puniti o hanno meno meritevolezza di castigo, o sono irrecuperabili, o non sono suscettibili di deterrenza. C’è poi il sistema penale dell’ontologica ineffettività sanzionatoria, degli illeciti artificiali, che non esigono difesa sociale o neutralizzazione mediante perdita della libertà. Qui si rinnova la categoria della meritevolezza del castigo, ma per finalità di mera censura. A questo punto la conclusione finale è la seguente: “*la sola pena che possiamo giustificare non è socialmente praticabile; la sola sofferenza che di fatto irroghiamo, non è giustificabile*”³⁷.

Consegue a ciò che *l’intero sistema punitivo ne risulta compromesso*.

Il che rende quel sistema un impossibile oggetto di una conoscenza “normativa” scientifica che non sia quella che ne descriva limiti e funzionamento dall’esterno. L’unica scienza possibile su di esso, seguendo tali premesse, porta al suo smantellamento, alla sua decostruzione, anche se non necessariamente all’abolizione del diritto penale.

Discende da quanto detto una radicale messa in crisi della penalità proprio a partire dal suo carattere più identificativo, la pena, appunto.

³⁵ M. PAVARINI, *Governare la penalità*, cit., 55.

³⁶ *Op. ult. cit.*, 155.

³⁷ Cfr. la sintesi finale in M. PAVARINI, *Governare la penalità*, cit., 157.

Nella sua voce “Pena” nell’Enciclopedia delle scienze sociali Treccani, del 1996, Pavarini così concludeva lo scritto: “*Di una cosa siamo ormai certi: la pena legale non è stata, non è, né potrà mai essere utile. Di essa, possiamo dire a posteriori che, pur consapevoli che si tratta di un veleno, ci siamo illusi che fosse anche un farmacum (v. Resta, 1992), un rimedio estremo in grado di guarire. Oggi sappiamo che è solo un male, che oltre a uccidere il corpo sofferente del condannato, non è in grado di arrestare l’epidemia criminale*”. Nel 2006, redigendo la prima parte del documento introduttivo ai lavori su “Teoria della pena e scienza penalistica, oggi”, egli afferma che la scienza come dogmatica ha potuto svilupparsi tra Otto e Novecento proprio perché non ha fatto i conti con la realtà: fingendo che la base retributiva, priva di scopi, potesse garantire la razionalità del sistema³⁸. Nel 2015 non aveva mutato opinione. Nel suo ultimo volume, intitolato “Governare la penalità”, uscito nel 2015 anche se datato come numero 3/2013 di Ius17@unibo.it, riprendendo quasi testualmente, in una pagina, quei concetti, scrive ancora: “*Per quel poco che riesco ad intendere, lo sviluppo della scienza penale nel suo esito di scienza dogmatica non solo ha potuto compiersi, tra Otto e Novecento, mettendo tra parentesi la questione dello scopo, ma affermerei che ha potuto svilupparsi all’origine proprio perché mise tra parentesi questo*”³⁹. Si riferiva sempre alle concezioni retributive, cioè assolute, della pena.

Ma anche nel prosieguo, recuperata una dimensione teleologica e utilitarista, e non più retributiva, la scienza dogmatica avrebbe continuato a operare deduttivamente dal mero dover essere: “dall’art. 3 cpv. Cost. all’art. 27, co. 3, Cost.”, la *scienza deduttiva* del dogmatico non può infatti che scontrarsi con la realtà della pena come fatto sociale. Invalide tutte le finalità che via via si sono dimostrate inconsistenti, “*alla fine, si punisce...a prescindere. Questo è il solo fatto che – nella storia – non è mai (ancora) venuto meno*”⁴⁰.

Ancora nel suo ultimo scritto, uscito postumo, la sentenza sulla pena *in action* come riproduzione di una disuguaglianza, è radicale: “strumento di governo della povertà attraverso l’esclusione istituzionale di quella (povertà) “colpevole”, cioè di quella marginalità che scompostamente reagisce allo *status* di esclusione”⁴¹.

6. La fragilità della costruzione garantista di fronte alla democrazia penale del populismo.

Pavarini prende atto che ci sono posizioni che cercano di fondare la legittimazione della scienza normativa anche su premesse di *contropotere critico* rispetto all’esistente, pur restando interne al punto di vista dell’ordinamento punitivo⁴². Conosce perfettamente le tesi influenti e a lui vicine che hanno propagandato il messaggio di un

³⁸ M. PAVARINI, in M. DONINI, M. PAVARINI, *Silète poenologi in munere alieno!*, cit., 11 s.

³⁹ M. PAVARINI, *Governare la penalità*, cit., 105.

⁴⁰ *Op. ult. cit.*, 111.

⁴¹ M. PAVARINI, *Leggendoti...*, cit., 119.

⁴² *Id.*, *Governare la penalità*, cit., 115.

*diritto penale minimo*⁴³. Tuttavia, le considera sterili o isolate o inefficaci. Egli già da tempo ritiene di poter sottolineare quella che chiama “*l'estrema fragilità della costruzione garantista*”⁴⁴: di fronte alla democrazia penale dei media, dello scambio elettorale tra politica e opinione pubblica avente oggetto le scelte politico-criminali, il ruolo della scienza penale, delle sue *élites* risulta azzerato, anche solo come movimento di possibile “resistenza”, di contenimento del punire⁴⁵.

Ovviamente la scienza può influire su legislatore, Corte di Cassazione, Corte costituzionale, e solo nel prosieguo del formarsi di una cultura della motivazione delle leggi e della democratizzazione del loro processo formativo, anche sulla discussione pubblica. Ma a Pavarini questo non pareva sufficiente, non voleva vederlo come significativo.

Difficile, dunque, un dialogo “scientifico” con lui, *muovendo da premesse normative*, fossero anche quelle più garantiste del diritto penale a base costituzionale.

7. Un arte abyecto. Un'arte schifosa?

“Un arte abyecto” è il titolo di un suo libro pubblicato in Sudamerica⁴⁶: un'arte schifosa. Erano *le parole di Francesco Carrara*, riferite però dal grande penalista lucchese al giure penale *prima che diventasse una scienza*. “Scienza sublime: che sente la sua nobile missione di perfezionatrice della umanità, e che sdegnava di neppure riconoscere come sorella l'arte schifosa che nei tempi passati chiamossi gius criminale: la quale consisteva nello insegnare i dettati positivi di legislatori autonomi e crudeli; nel disegnare i modi di circonvolvere un accusato; e le misure per regolare i tratti di corda, e le strette delle tenaglie”⁴⁷. Però dentro al libro di Pavarini, a parte il titolo, non c'è una discussione sulla scienza penale, ma solo sulla politica criminale e il diritto penale applicato. Quest'arte schifosa restava per lui non tanto una qualificazione della scienza, quanto dell'oggetto della scienza penale, anche di quella criminologica critica però, non solo di quella dogmatica.

⁴³ Dal suo Maestro filosofo-criminologo Alessandro Baratta all'amico filosofo Luigi Ferrajoli. Cfr. al riguardo M. PAVARINI, *Per un diritto penale minimo: “in the books” o “in the facts”?*, in *Dei delitti e delle pene*, n. 3/1998, 125; ID., *La penalistica civile e la criminologia, ovvero discutendo di diritto penale minimo*, in *Studi Pisapia*, vol. III, *Criminologia*, Milano, 2000, 563 ss.; ID., *Dell'insostenibile prevenzione – Alcuni spunti di Alessandro Baratta su scienza penale e teoria della pena*, in R. MARRA, a cura di, *Filosofia e sociologia del diritto penale*, Atti del Convegno in ricordo di Alessandro Baratta, Genova, 6 maggio 2005, Giappichelli, Torino, 2006, 44 ss. Noto *en passant* che, secondo Pavarini, Baratta non sarebbe mai stato veramente criminologo, ma sempre e soltanto filosofo. Ricorda infatti che Baratta, fra l'altro, non condusse mai una ricerca empirica in campo criminologico: così M. PAVARINI, *Per una critica dell'ideologia penale. Un primo approccio all'opera di Alessandro Baratta*, cit., § 3. Su Baratta filosofo si v. comunque vari tra i numerosi contributi nel citato volume curato da R. MARRA, *Filosofia e sociologia del diritto penale*, nonché quelli raccolti in F. PÉREZ ÁLVAREZ, coord., *Serta. In memoriam Alexandri Baratta*, Ed. Universidad de Salamanca, 1994.

⁴⁴ M. PAVARINI, *Silète poenologi in munere alieno!*, cit., 19.

⁴⁵ *Op. ult. cit.*, 20.

⁴⁶ M. PAVARINI, *Un arte abyecto. Ensayo sobre el gobierno de la penalidad*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2006.

⁴⁷ F. CARRARA, *Varietà della idea fondamentale del giure punitivo (1864-63)*, cit., 194.

Eppure, pur con tutti questi continui messaggi delegittimanti, egli non ha cessato di dialogare con alcuni studiosi, di sfidarli a una *exceptio veritatis*, muovendo da una *posizione dialettica con quella che chiamava “la scienza penale dogmatica”*. Continuava a definirla così, prendeva atto della sua pretesa di esistere e ne criticava le soluzioni adottate in passato sulla base penologica della prevenzione generale positiva, e più di recente sul *just desert* o nelle versioni contemporanee, sia pur ben diversamente costruite, del diritto penale del nemico o di quello lotta.

Anche nella sua ultimissima produzione, il dialogo non si è interrotto, come se Massimo cercasse comunque attorno a sé la possibilità di trovare una via di salvezza, e non una perenne abiura, della costruzione se non scientifica, comunque politica, del diritto penale. Certo *che la scienza vera restava per lui quella empiricamente fondata: non direi però che dovesse essere anche avalutativa*, perché il sapere critico delle *humanities* espresso anche attraverso scelte di valore non era meritevole, nella sua cultura, di essere etichettato come metafisico o irrazionale o comunque privo di significato conoscitivo, al contrario di quanto pensavano i teorici del circolo di Vienna o i maestri borghesi del Novecento, da Weber a Kelsen di fronte alle scelte valutative, e che tanto hanno condizionato altra parte della nostra cultura giuridica del Novecento. Nella sua diversa cultura Massimo Pavarini era *erede della riflessione sulla scienza postmarxiana della Scuola di Francoforte e della teoria critica della società*⁴⁸, più che della filosofia analitica. La prassi falsifica la teoria e svela l'ideologia.

Il suo discorso sul rapporto tra scienza normativa e realtà, fatti e valori, essere e dover essere, è quindi semmai di scontro, ma non di separatezza.

8. Il modello post-riparatorio della pena e il sentimento critico (la “compassione”) come strumento conoscitivo della penalità.

Devo ora dare atto di un momento autobiografico di tipo strettamente intellettuale nei miei rapporti con Massimo Pavarini. Circa quattro anni fa, nel valorizzare e riconoscere come premessa che la scienza giuridico penale è messa in crisi dal momento meno scientifico del diritto penale, cioè la realtà e la teoria della pena, prospettavo una riconversione epistemologica del diritto penale in un apparato completamente rimodellato sulla *pena post-riparatoria*, che riconosca il nulla scientifico dell'idea retributiva, e su una revisione profonda delle scale sanzionatorie a partire *non*

⁴⁸ L'idea di una scienza divenuta meramente tecnica in quanto non riflette sui propri fini è alla base della critica all'illuminismo tecnocratico nella visione di M. HORKHEIMER e T.W. ADORNO, *Dialektik der Aufklärung* (1947), tr. it. *Dialettica dell'illuminismo*, Einaudi, 1974, 94 ss., e sul carcere *ivi*, 241 ss., e ritorna poi in H. MARCUSE, *One-dimensional Man. Studies in the Ideology of the Advanced Industrial Society* (1964), tr. it., *L'uomo a una dimensione. L'ideologia della società industriale avanzata*, Einaudi, Torino, 1967, 32 ss., 160 ss., 169 ss.; ID., *Note su una ridefinizione della cultura* (1965), in ID., *Cultura e società. Saggi di teoria critica (1933-1965)*, Einaudi, Torino, 279 ss. In questa visione, comunque, *i fatti inverano o falsificano le idee*, anche quelle sul dover essere: la *critica dell'ideologia* implica che non ci sia separazione epistemologica tra i due mondi dell'essere e del dover essere.

dai beni giuridici per duplicarne il valore punitivo (il “raddoppio del male”), ma dai massimi edittali dei crimini più gravi, spesso irreparabili, in una scala via decrescente per tutti gli altri, ma tali comunque da svelare che la vita stessa del colpevole resta incommensurabile rispetto ai misfatti più enormi della storia⁴⁹. È dunque accaduto che Pavarini non si sia sentito di contestare, o di negare che queste prospettive siano una speranza anche per il discorso giuridico-scientifico sul sistema penale.

È così che in uno scritto uscito postumo⁵⁰, messo di fronte a quella prospettiva di *rifondazione radicale di un sistema punitivo non più duplicante il male ma riparatorio*, è diventato sempre più chiaro che Pavarini, *non essendo mai stato abolizionista, ma abolizionista del carcere*, non poteva non fare i conti, sia pur dialetticamente, con le indicazioni di *una visione che intenda rovesciare la dialettica del male*, anche se finalizzata a rilegittimare, come tale, tutta l’impalcatura conoscitiva e critica di una scienza penale a base costituzionale. *Ha così ammesso di condividere, almeno sul piano politico, queste indicazioni*⁵¹.

Restava per lui comunque insuperabile l’obiezione della disuguaglianza. In un contesto disuguale, la riparazione soprattutto economica non è alla portata dei poveri che sono per lo più le categorie ospitate nel carcere. Per loro resta solo il prezzo della libertà senza *restorative justice*⁵². Osservato in senso contrario che la riparazione non ha solo contenuti economici (riguardando l’offesa e non solo il danno), allargandosi a condotte attive (pena “agita”) più ampie e diverse, occorre comunque chiedersi come può una semplice disciplina scientifica cambiare i dati strutturali di un sistema economico-sociale. Ed è poi giusto o corretto imputare a essa questi limiti politico-economici? Del resto quelle indicazioni, nelle premesse di chi scrive, erano e sono basi epistemologiche – cioè: una diversa pena quale postulato epistemico per una nuova scienza penale – per una rifondazione della stessa conoscenza della realtà penalistica,

⁴⁹ M. DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, cit., 1162 ss.; v. poi ID., *Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, cit.

⁵⁰ M. PAVARINI, *Leggendoti...note a margine di un saggio di Massimo Donini*, in Ius17@unibo.it, 2014, pubblicato nel 2015, 119 ss.

⁵¹ Veramente, Pavarini ha voluto intravedere addirittura in questa proposta *una prospettiva abolizionista vera*, e forse per questo a suo avviso *non originale*, salvo che in Italia. Ma il primo giudizio (di abolizionismo) è del tutto estraneo al testo e al suo autore. Il secondo non merita di essere discusso qui. Certo le tesi che ho sostenuto non mi sembrano presenti negli studiosi americani (Hulsman, Christie, Mathiesen) citati da Massimo Pavarini al riguardo (*ivi*, 124). Abolizionista, semmai, può sembrare la visione della riparazione come *sostitutiva* della pena, per esempio, in Francesco Cavalla (non considerato da Pavarini): cfr. F. CAVALLA, *La pena come riparazione. Oltre la concezione liberale dello Stato: per una teoria radicale della pena*, in F. ZANUSO, S. FUSELLI, a cura di, *Ripensare la pena. Teorie e problemi nella riflessione moderna*, Cedam, Padova, 2004, 1 ss., 88 ss. Senonché tale posizione segue percorsi (non tecnico-giuridici) diversi da quelli della nostra proposta (la pena *come riparazione* è alla base del discorso di Cavalla, non la pena subita come sanzione che, comunque mai duplicante il male, si giustifica solo in quanto la riparazione sia *impossibile o rifiutata*, e dunque solo in quanto la pena subita sia concepita e declinata anche quantitativamente come *post-riparatoria*: pena agita e pena subita sono dunque compresenti, potendo la vera sostituzione funzionare solo in alcuni casi, e restando su tali basi assicurata la distinzione fra pena e risarcimento del danno civile), anche se ne condividiamo l’afflato umanistico di fondo e le premesse antropologiche di critica al retribuzionismo e all’idea che la vita umana sia commensurabile a un parametro punitivo qualsiasi.

⁵² M. PAVARINI, *Leggendoti*, cit., 120.

che tuttavia ha anche oggetti e compiti distinti dalla mera ricostruzione della base punitiva del sistema, e che non mira necessariamente alla sola riduzione (di estensione e gravità) del penale, conservando compiti conoscitivi più vasti rispetto allo stesso reato come fenomeno giuridico (teoria del reato), e non solo punitivo (teoria della pena)⁵³.

Le basi epistemologiche del calcolo, in ogni caso, sono l'essenza di un istituto come la pena: premesso che è fundamentalmente solo politica la scelta di ridurre, cambiare o sostituire il carcere, rimane il fatto che, con o senza di esso, la *disequazione* che portasse a riconoscere *la formula* che il delitto riparato è al massimo egualmente grave, o più facilmente meno grave del delitto tentato (*delitto riparato* \leq *delitto tentato*)⁵⁴, aprirebbe un meccanismo sanzionatorio che non parte più dal bene giuridico e dalle modalità di offesa, e neppure dalla sola colpevolezza "per il fatto", con commisurazione "proporzionata in aumento" (il raddoppio). Esso inquadrebbe infatti quei parametri *dentro a una nuova cornice* ripensata dall'origine come diversa e largamente inferiore, se ci sono stati riparazione e/o risarcimento, e tale da condizionare comunque la cornice anche in caso di delitto non ancora riparato. Così riordinando tutto l'universo commisurativo – riscrivendo la commisurazione della pena – non solo *ex ante*, ma anche *ex post*, anche in corso di eventuale irrogazione ed esecuzione in una dialettica del coinvolgimento attivo in un progetto che aumenta il bene nel sistema (il segno +), anziché accrescere il male inflitto dopo quello del reato (due segni -). Infatti, anche se si abolisse il carcere, il problema della pena duplicante (misurata sull'offesa e il danno, o sul "blame") ovvero invece post-riparatoria (depotenziata nell'essenza in caso di costruzione delle cornici di pena proporzionalmente "a scendere" dai delitti più gravi e meno riparabili, ma necessariamente sproporzionati per difetto, e comunque svuotata di contenuto afflittivo in caso di pena agita riparatoria) resta un problema di fondo più radicale della stessa (almeno larga) decarcerizzazione e più universale della stessa disuguaglianza sociale.

Questa radicale trasformazione delle basi epistemiche della pena condurrebbe anche a una risposta all'ultima domanda che Massimo Pavarini ci ha lasciato. Sono le ultime due pagine del suo ultimo scritto⁵⁵. L'ipotesi è che nonostante la laicizzazione e razionalizzazione della pena che la modernità ha strenuamente tentato e in realtà fallito di realizzare, questo istituto rimanga una categoria antropologica di natura diciamo (con parole nostre) tribale. La pena rimarrebbe occultamente equivalente all'antica risposta al sacro violato, al *sacrilegium*, come sanzione contro i capri espiatori, come reazione violenta e collettiva contro il diverso che vuole sembrare uguale e deve invece restare differenziato, la violenza cominciata *in primis* dagli dèi assassini e ripetuta dagli uomini per placarli, in una logica scarificale pubblica e collettiva, secondo la ricostruzione di René Girard. "Ove questa ipotesi esplicativa fosse scientificamente verificata, allora...", conclude così Pavarini il suo messaggio finale, che ricorda implicitamente le note riflessioni schmittiane sui concetti teologici secolarizzati del diritto pubblico, quale

⁵³ *Amplius*, M. DONINI, *Scienza penale e potere politico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 95 ss.

⁵⁴ È la formula proposta in *Il delitto riparato*, cit., 247 (§ 8).

⁵⁵ M. PAVARINI, *Leggendoti...*, cit., 125-127.

apparente e in realtà malriuscita demistificazione operata dalla modernità. Ebbene la logica riparativa come obiettivo dello Stato *prima* della sanzione afflittiva-coercitiva spezza radicalmente la reazione irrazionale, la spinta della vendetta, dell'azione-reazione, e del *sacrificium*, declinando la pena a razionale imposizione di un percorso e non di una sofferenza senza scopo. Ciò che è "sostanzialmente penale", a questo punto, anche nella sua differenza dalla sanzione civile, non conterrebbe l'imprescindibile duplicazione di una sofferenza "a prescindere", perché dal momento riparativo quella sanzione non potrebbe prescindere mai, potendo il suo raggiungimento placare o assorbire in potenza ogni esigenza punitiva.

Certo Massimo rimane pieno di scetticismo sino alla fine, e anche quando a denti stretti ammette che attraverso istituti di non punibilità ci possa essere un'opzione riduzionista *ragionevole*, aggiunge l'inciso: "per quanto ci si possa esprimere in questi termini parlando di categorie dogmatiche"⁵⁶; egli è dunque sempre piegato dai dubbi, paragona ancora con compiacimento il sapere penalistico, almeno quello più diffuso, alla *strategia militare* che, non interrogandosi sui fini della guerra, gli appare appunto *una tecnica e non una scienza*⁵⁷. E soprattutto gli appare come una tecnica per combattere nemici quali sono coloro che il sistema destina al carcere: vero luogo dell'esclusione⁵⁸.

Dubbi o certezze negative che adombrano la solarità del suo carattere e della sua persona, che ha sempre fatto da contraltare e quasi da contraddizione a quella costante visione cupa della questione punitiva e criminale, originata dal suo "sentimento critico" che coinvolge lo studio della questione criminale. È così che vorrei definirlo, un coinvolgente sentimento critico, fatto di passione e ragione, e persino di quella *antimoderna virtù della compassione*⁵⁹, a testimonianza dell'inseparabile componente emotiva e morale del suo voler conoscere i fenomeni penali.

La *compassione* resta dunque, per Massimo Pavarini, uno *strumento conoscitivo della realtà*⁶⁰. Per questo i fatti, fuori dei sentieri della logica formale e del "ragionare per

⁵⁶ M. PAVARINI, *Leggendoti...*, cit., 119. Sulle affinità di questo approccio con la critica alla scienza nella riflessione della teoria critica della società della Scuola di Francoforte v. *retro*, nota 48.

⁵⁷ *Op. ult. cit.*, 122, e qui l'illuminante scena di vita vissuta, narrazione dell'incontro con un rappresentante dello studio di scienze strategiche militari e del viaggio in treno con lui, discutendo sui rapporti fra scienza penale e strategia militare, pretese scienze che non si interrogano sui loro presupposti di legittimazione "finale".

⁵⁸ Sul diritto che conduce al carcere come vero diritto penale del nemico cfr. gli scritti di Pavarini cit. *retro*, nota 7, e altresì, in modo lapidario, ID., *Governare la penalità*, cit., 148.

⁵⁹ Sul carattere antimoderno (non illuministico, né virtù "borghese") della compassione, v. le pagine memorabili dell'*Excursus* su "Juliette, o illuminismo e morale" di M. HORKHEIMER e T.W. ADORNO, *Dialektik der Aufklärung*, tr. it. cit., 110 ss. *Juliette, ovvero le prosperità del vizio*, resta un libro proibito, che è generalmente insopportabile nelle parti violente e criminali, ma ne basta solo un saggio per risvegliare il sonno della ragione distogliendolo dall'idea che i buoni sentimenti non abbiano a che vedere con la conoscenza umana, ma solo con le passioni, e che non possano veicolare sul ponte tra essere e dover essere. Lo stesso accade con l'esperienza del carcere.

⁶⁰ Certo questa è una mia chiave di lettura. Alla base di tutta la sua critica c'è il valore conoscitivo che si basa su un'esperienza emotiva: quella del male della pena, del carcere e delle disuguaglianze riprodotte dal sistema carcerario. La compassione non è una semplice empatia, e non è neppure la romanistica *pietas* degli affetti e doveri familiari. Non è solo cristiana ma anche greca, trovando nella sofistica e nella tragedia greca

principi”, possono sconfessare le teorie: perché i fatti ci perseguitano, dovendo essere percepiti e compresi direttamente. E non c’è dubbio alcuno che per tutta la sua vita egli abbia perseguitato intellettualmente il penalista “interno” al sistema.

Certo il suo discorso *soffre metodologicamente di un limite*: l’eccesso di esaltazione della pena carceraria come paradigma scientifico. Il sistema punitivo, lo sappiamo, conosce orizzonti ben più vasti della sanzione detentiva eseguita, ma preso atto del carattere emotivo di questa generalizzazione, possiamo davvero dargli torto? Chi non ha sentimento per l’esito finale – tipico, reale e simbolico: il carcere – di ogni discorso sull’attività punitiva dello Stato, non può pensare di conoscere veramente tale potere normante e di insegnare *ciò che conta davvero* su di esso.

Se c’è critica, cultura, esperienza processuale, se ci sono logica, e razionalità, ma non sentimento, si sarà capito qualcosa del diritto, ma non della pena, e dunque non del “dirittopenale”. Almeno di quello vigente.

Per quello futuro, ciò che anche Massimo Pavarini sapeva benissimo, la riduzione della pena o l’abolizione o marginalizzazione del carcere (più che dei suoi tradizionali ospiti) non significano affatto abolizione del diritto penale, e perfino forse neppure una radicale riduzione dei suoi precetti: ciò che proprio lo studio dell’«altro diritto penale», come lo chiamava Pavarini, di larga parte di quello complementare, contravvenzionale o comunque non carcerario, dimostra⁶¹.

Alla fine di tutto, se mi è consentito redigere un bilancio, direi che il suo impegno intellettuale, politico, esistenziale e morale, orientato alla decarcerizzazione del sistema punitivo, ma anche positivamente alla costruzione di sistemi di sicurezza alternativi, è stato in pari tempo un servizio alla scienza penale, al fine di rendere accettabili le *basi*

importanti espressioni umanistiche. Infatti, va oltre la *polis*, e si universalizza come fondamento della morale. Per questa lettura del valore fondante per la morale della “conoscenza intuitiva”, conoscenza non astratta, ma empatica, assicurata dal sentimento della compassione, rinvio agli “antikantiani” §§ 66 e 67 di A. SCHOPENHAUER, *Die Welt als Wille und Vorstellung*, 3. Aufl. Frankfurt a.M., 1859, tr. it. *Il mondo come volontà e rappresentazione*, Laterza, Bari, 2008, 405 ss. Per una enciclopedica trattazione contemporanea da Platone e Aristotele, e dagli stoici a noi dell’importanza cognitiva della compassione per la scelta morale dei valori, v. soprattutto M. NUSSBAUM, *Upheavals of Thought. The Intelligence of Emotions*, Cambridge University Press, New York, 2001, in particolare tutta la II parte dedicata alla “Compassion”. Tradizione diversa è quella inglese, dalla versione utilitaristica-sensistica di D. HUME, *Treatise on Human Nature* (1740), II, parte II, sez. VII sulla compassione e III, parte I, sez. II, sull’origine delle distinzioni morali da un “moral sense” e non da un “judgment”, e quindi ID., *An Enquiry concerning the Principles of Morals* (1751), tr. it. *Ricerche sui principi della morale*, Laterza, Bari (1997), 2009, 187 ss., o di J. BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (1823²), a quella antiutilitaristica di A. SMITH, *Theory of moral Sentiments* (1759), o di J. BUTLER, *Sermon VIII. Upon Resentment and Forgiveness of Injuries* (1726), dove si fonda lo stesso blame/rimprovero penale sul sentimento e sul risentimento: in ogni caso si genera qui l’idea che il giudizio morale non sia razionale e che la ragione ne rimanga separata, come *res cogitans* e *res extensa*. V. la ricostruzione storica di L. BAGOLINI, *La simpatia nella morale e nel diritto*, Giappichelli, Torino, 1975. Sull’ «errore di Cartesio» storicamente all’origine della separazione mente/corpo, sensazioni-sentimenti/ragione, v. nella letteratura neuroscientifica contemporanea l’istruttivo saggio di A. R. DAMASIO, *L’errore di Cartesio. Emozione, ragione e cervello umano*, Adelphi, Milano, 1995.

⁶¹ V. i risultati empirici, ma anche “teorici”, della ricerca sulla riforma del diritto penale complementare che avevamo condotto insieme, e con Gaetano Insolera. Cfr. M. PAVARINI, D. BERTACCINI, *L’altro diritto penale*, cit., e i lavori individuali e collettanei cit. *retro* a nota 6.

cognitive dello stesso punto di vista interno, su quelle mutate premesse. Credo pertanto che oggi il suo messaggio – diversamente forse da quello che è sembrato a lui e a noi per lungo tempo – risulti più chiaro, condivisibile e fruttuoso, proprio per il giurista che opera in un contesto di possibile ri-legittimazione del sistema penale.