

Criminalia

Annuario di scienze penalistiche

2010

ESTRATTO



Edizioni ETS

DOMENICO PULITANÒ

LA SCIENZA PENALE TRA FATTI E VALORI

1. La prolusione sassarese di Arturo Rocco, del 1910, nella quale è stato ravvisato il manifesto programmatico del c.d indirizzo tecnico-giuridico, è una presa di posizione in una situazione di crisi, che interessa le scienze umane in genere e in esse il diritto penale. Questa la sintetica presentazione che ne ho fatto nel mio manuale pubblicato in questi anni, sintesi di ciò che mi è parso non inopportuno trasmettere agli studenti.

Arturo Rocco rimprovera alla scuola classica di avere “*preteso di studiare un diritto penale all'infuori del diritto positivo*”, con l'illusione di poter forgiare “*un diritto penale assoluto, immutabile, universale*”¹; alla scuola positiva, di essere pervenuta, partendo dall'intenzione di “*purgare il vecchio organismo scientifico del diritto penale dalle incrostazioni metafisiche di cui era ricoperto*”, a un “*diritto penale senza diritto*”. La diagnosi di Rocco è che non sarebbe rimasto “*alcun fermo principio giuridico di diritto penale*”, e il rimedio che propone è che la scienza del diritto penale, in quanto scienza giuridica, debba limitare il suo oggetto allo “*studio esclusivo*” dell’“*unico diritto penale che esista come dato dell'esperienza, cioè il diritto penale positivo*”, con l'obiettivo di una “*conoscenza scientifica, e non semplicemente empirica, del sistema del diritto penale quale è, in forza delle leggi che ci governano*”. Appunto in questo consisterebbe l'indirizzo che si autodefinisce tecnico-giuridico, coerente con il positivismo giuridico allora dominante.

Ad altre scienze il compito di studiare il reato, il reo e la pena nella loro dimensione fattuale e sociale; anche il giurista può assumere talora la veste dell'antropologo o psicologo o sociologo. Fra le diverse scienze v'è distinzione, non incomunicabilità. Ciascuna ha un suo proprio oggetto, e deve seguire il suo metodo; da ciò il vincolo della scienza giuridica, in quanto scienza dell'or-

¹ “*La scienza del giure criminale viene a riconoscersi come un ordine di ragione che emana dalla legge morale giuridica, ed è preesistente a tutte le leggi umane, e che impera agli stessi legislatori*”. Il programma carrariano è la ricerca della “*verità regolatrice di tutta la scienza*” e aspira a “*contenere in sé il germe di tutti i problemi che il criminalista è chiamato a studiare*” F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, prefazione alla 5° edizione (ristampa Bologna, 1993).

dinamento positivo, al metodo tecnico-giuridico. Rocco ripropone l'idea tradizionale del lavoro del giurista, che partendo dal livello esegetico sviluppa una ulteriore ricerca dogmatica e sistematica, ed anche una critica del diritto in una prospettiva di ricerca del diritto costituendo.

Il forte richiamo al compito proprio d'una scienza *giuridica*, al suo oggetto e al suo metodo ha additato la strada che la scienza penalistica italiana ha seguito, al di là dei mutati orizzonti politici, dal periodo fascista agli anni della Repubblica². Ancora oggi leggiamo in manuali moderni un consenso di principio su tale approccio.

2. Facciamo un salto di un secolo. Alla *Strafrechtslehrertagung* del 2009 è stato presentato³ un quadro dei campi d'attività della scienza penalistica. Vengono individuati quattro livelli:

- *Rechtstatsachenforschung*: lo studio dei dati di fatto naturali e storici che costituiscono il campo di riferimento del diritto quale *Sollensordnung*;
- *Grundlagenforschung* formale o analitica: l'elaborazione di una *Strukturtheorie* dei tipi di regole che costituiscono il diritto penale;
- *Dogmatica*: formulazione e giustificazione dei paradigmi della applicazione del diritto penale vigente (*jeweils geltend*);
- *Grundlagenforschung* materiale, che si confronta con i paradigmi delle teorie della applicazione del diritto; in questo campo si inserisce in particolare la fondazione dei concetti di colpevolezza e pena.

Tutti e quattro i livelli sono necessari (o semplicemente utili) per la comprensione scientifica del diritto *hic et nunc* vigente. Ma non sono soltanto aspetti dello studio del diritto vigente. Il primo, il secondo e il quarto livello definiscono oggetti di studio – o di riflessione ed elaborazione teorica – che non dipendono da alcuno specifico ordinamento positivo, e che presentano un autonomo interesse, quali oggetti o strumenti concettuali della scienza o della teoria del diritto.

In uno scritto di 60 anni fa, un penalista italiano particolarmente attento ai problemi di metodo ha osservato che “*se noi apriamo un trattato di diritto penale, di quelli che comunemente corrono sui banchi delle scuole o nelle aule giudiziarie, ci troviamo di fronte ad opere complesse, in cui il diritto positivo*

² Per una attenta rivisitazione storica M. SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano*, in *Storia d'Italia*, Annali 14, 1998, p. 521 s.

³ U. KINDHAUSER, *Die deutsche Strafrechtsdogmatik zwischen Anpassung und Selbstbehauptung – Grenzkontrolle der Kriminalpolitik durch die Dogmatik?*, in *ZStW* 2009, p. 955 s.

non appare come l'unico oggetto dell'indagine"⁴. Il campo di problemi, del quale la migliore scienza giuridica penale si occupa, non è delimitato dall'orizzonte di questo o quell'ordinamento positivo, ma è l'intero campo dei problemi connessi alla formazione, alla comprensione, all'applicazione di ordinamenti penali. Le categorie della 'dogmatica' (almeno quelle formali, o di carattere più generale) non sono il frutto di una mera 'astrazione generalizzante' da singoli ordinamenti positivi⁵; anzi, "*nella parte generale dei trattati di diritto penale ci si incontra molto frequentemente in teorie e in principi che, pur essendo elaborati in occasione di norme positive, cercano la loro validità al di fuori del diritto positivo*"⁶.

Come leggiamo in un manuale di ultima generazione⁷, la stessa esistenza di una parte generale, nei codici moderni, "*presuppone l'individuazione legislativa di alcuni profili costanti, in linea di principio 'non smentibili' dalle norme speciali, costituiti o da dati recepiti dalla realtà 'ontologica' dell'essere (come ad esempio una data concezione naturalistica del nesso causale) ovvero da prese di posizione che l'ordinamento assume una volta per tutte in ordine ai presupposti e ai limiti della responsabilità penale*".

Oggetto centrale della scienza giuridica, l'ordinamento positivo vigente *hic et nunc* non può esserne l'oggetto *esclusivo*. È questa la prospettiva che presento agli studenti in apertura del mio manuale. Uno studio serio di uno specifico ordinamento penale ha bisogno di aprirsi a temi e problemi che trascendono l'ordinamento dato. Questo non nasce nel vuoto, ma da e dentro una realtà – di natura e di cultura – che lo condiziona in vario modo: con i problemi che pone, con gli strumenti che offre. Di questo contesto non può non tenere conto uno studio del diritto che aspiri ad essere 'scientifico', capace di cogliere i problemi, e di comprendere le soluzioni che sono state o potrebbe-

⁴ P. NUVOLONE, *Introduzione a un indirizzo critico nella scienza del diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1949, 383 s. L'osservazione appare valida anche con riguardo alla letteratura giuridica più recente.

⁵ Secondo l'immagine (forse) prevalente che i giuristi hanno del proprio lavoro, dentro l'orizzonte del positivismo giuridico, la costruzione della teoria generale del reato risponde all'idea che il giurista 'scienziato' non si limita alla interpretazione di testi di legge, ma procede alla "*formazione, per via induttiva, di concetti superiori unitari, di contenuto sempre più vasto, i quali esprimano sinteticamente un contenuto normativo che si può riscontrare identico in gruppi più o meno estesi di norme*" (A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, parte generale*, Milano, 2003, p. 100).

⁶ P. NUVOLONE, *I fini e i mezzi nella scienza del diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1949, p. 43.

⁷ F. PALAZZO, *Corso di diritto penale, parte generale*, Torino, 2005, p. 164.

ro essere date. Lo studio di un ordinamento penale positivo è lo studio di una ‘risposta locale’⁸, storicamente determinata, al campo problematico dei delitti e delle pene. Dobbiamo cercare di essere studiosi di problemi⁹, prima che di risposte normative.

3. La teoria del reato, cuore della scienza del diritto penale, “*sintesi paradigmatica dei caratteri dell’illecito e dei presupposti della responsabilità penale*”¹⁰, si sviluppa come un’impresa complessa, in parte radicata nei concreti ordinamenti positivi, in parte al di fuori, e diciamo pure *sopra* di essi. L’apparato concettuale della teoria del reato viene *prima*¹¹, cioè è indipendente da singoli ordinamenti positivi; la teoria generale è *uno schema o modello nel quale possano essere calati, e mediante il quale possano essere compresi i variabili contenuti delle diverse figure di reato*, che siano o possano essere introdotte in ordinamenti giuridici positivi¹². Una tale impresa conoscitiva, radicata nel giusrazionalismo carrariano e nello stile della *allgemeine Rechtslehre*, tende peraltro a divenire “*pienamente giuspositivistica ... tanto più aderente al diritto positivo quanto più questo abbia saputo tradurre in norme scritte i risultati delle vecchie dottrine generali*”¹³.

Può essere interessante verificare se e come la teoria generale del reato, così come viene abitualmente praticata e presentata dai penalisti, abbia a che fare con l’impresa che va sotto il nome di teoria generale del diritto. Assumo come riferimento le riflessioni di un maestro della filosofia del diritto italiana, Uberto ScarPELLI¹⁴: vi ritrovo una definizione di teoria come “*costruzione concettuale caratterizzata da un insieme di definizioni coordinate*”, da principi atti a generare proposizioni e a governare attribuzioni di valori di vero o falso, o altri criteri di accettazione o rifiuto di ciascuna proposizione. La teoria deve essere idonea ad assolvere funzioni pragmaticamente rilevanti. Il piano della teoria generale del diritto è quello delle qualificazioni normative fundamenta-

⁸ FLETCHER, *Grammatica del diritto penale*, Bologna, 2004, p. 16.

⁹ F. STELLA, *Giustizia e modernità*, 2001, p. 45.

¹⁰ M. DONINI, *Teoria del reato*, Padova, 1996, p. 15.

¹¹ *Insofern liegt die Straftatlehre vor dem Gesetz*: W. HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 1° ed., 1981, p. 190.

¹² B. PETROCELLI, *Riesame degli elementi del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1963, p. 339.

¹³ M. DONINI, voce *Teoria del reato*, in *Dig. pen.*, XIV, 1998, p. 5 dell’estratto.

¹⁴ U. SCARPELLI, *La teoria generale del diritto: prospettive per un trattato*, in AA.VV., *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali*, a cura di U. ScarPELLI, Torino, 1983, p. 281 s. Le citazioni fra virgolette sono da p. 287, 301, 332, 337, 339.

li, costitutive dell'esperienza giuridica: il dovere, l'illecito, il permesso, figure necessarie della qualificazione giuridica. A questo livello, *“la teoria del diritto non fa un discorso a posteriori e generalizzante su molteplici esperienze giuridiche, ma fa un discorso a priori ed universale su ogni esperienza giuridica possibile”*: un discorso riguardante la dimensione normativa che è propria del diritto, ma non esclusiva del diritto, sì invece comune ad altre esperienze normative, come la morale.

Ad un livello meno generale, quello dei concetti attinenti alla produzione e riproduzione di norme giuridiche, si colloca l'impresa cui *“viene dato tradizionalmente il nome (per vero alquanto improprio, quando si sia abbandonata l'idea che le norme giuridiche siano immutabili dogmi) di dommatica giuridica”*. Qui si apre la possibilità, anzi necessità, di inserire accanto a concetti puramente normativi (formali) anche concetti idonei ad esprimere la dimensione funzionale o teleologica del diritto. *“Il giurista ha bisogno di un linguaggio che gli permetta di parlare degli scopi o funzioni delle norme quanto agli interessi, di evidenziare scopi o funzioni di istituti, di organizzare sistematicamente materiali normativi accanto a nuclei teleologici o funzionali”*. Ciò non porta fuori dell'orizzonte giuridico, verso quello della politica, se e fino a che le valutazioni teleologiche riconducano *“alla norma ed alla sua universalità, alla qualificazione di comportamenti in base al criterio costituito dalla norma”*. Si tratta, in definitiva, di *“trasfigurare il processo politico nell'universalità normativa che accomuna il diritto alla morale”*. Necessità, dunque, di una dommatica mista: *consapevolmente mista*, viene sottolineato da Scarpelli in polemica su un doppio fronte: verso la dommatica purista (puramente formale) e verso quella inconsapevolmente mista, ovvero confusionaria.

Come impresa 'dommatica', la teoria generale del reato presenta i caratteri di quella che Scarpelli definirebbe *dommatica mista*. Presenta i caratteri di una teoria generale, sulle condizioni di ogni possibile esperienza giuridica penale, in quanto viene costruita sulle figure necessarie della qualificazione giuridica (dovere, illecito, permesso) e le assume come concetti chiave. Sono concetti meramente formali quelli che calano nel contesto penalistico le figure costitutive della qualificazione giuridica: il concetto di antiggiuridicità, e quello di giustificazione che ne è, per così dire, il risvolto negativo. Tutti gli altri concetti incorporano un qualche elemento contenutistico; anche il concetto generalissimo di 'fatto', che già presuppone la dimensione teleologica del diritto penale come sistema di precetti di comportamento; a maggior ragione, la categoria della colpevolezza, da tempo classificata come 'figura di qualificazione spuria', in quanto determinata non in via puramente formale, ma in ragione di

particolari caratteristiche dell'oggetto di tale qualificazione¹⁵.

Insomma: anche nei suoi concetti più generali, la teoria generale del reato è una teoria non meramente formale, ma pregna di contenuti empirici e di presupposti valutativi. Presenta i caratteri della c.d. dogmatica, e si sviluppa ulteriormente in modi differenziati come dogmatica degli ordinamenti penali positivi¹⁶, là dove riempie le categorie concettuali di contenuti normativi propri del singolo ordinamento oggetto di studio.

4. La scienza ha inizio – ha scritto Bobbio in uno storico saggio¹⁷ – “*con la formazione del linguaggio scientifico, cioè con quel linguaggio che fa di una conoscenza puramente soggettiva (la mia percezione) una conoscenza al massimo grado intersoggettiva*”. L'esigenza di un linguaggio scientifico rigoroso riguarda anche la scienza giuridica in quanto impresa *scientifica*, che non si identifica con i contenuti specifici della scienza *giuridica* quale conoscenza di un oggetto (l'ordinamento giuridico) normalmente espresso in proposizioni linguistiche. La riflessione sulle teorie generali segnala, come abbiamo visto, il bisogno di un linguaggio che permetta di parlare di scopi, funzioni, interessi sottesi alle norme, e di organizzare sistematicamente materiali normativi attorno a nuclei teleologici o funzionali. È, questo, un aspetto che ho sempre ritenuto cruciale. Una teoria che aspiri ad essere generale ha bisogno di strumenti concettuali che abbiano un fondamento e un significato *non* dipendenti da contingenti dati normativi, e che proprio perciò consentano di parlare, nel linguaggio della scienza, dei problemi che il mondo della vita pone ai legislatori, delle riposte normative (delle quali è parte essenziale ma non unica il linguaggio del legislatore), e di ogni altra questione che possa essere rilevante per il diritto.

La teoria generale del reato fa anche questo. In quanto teoria *generale* è *autonoma nella costruzione del proprio linguaggio teorico*, e di questa autonomia si è sempre avvalsa. Nei prodotti dottrinali più elaborati non è soltan-

¹⁵ M. GALLO, *Il concetto unitario di colpevolezza*, Milano, 1951, p. 120 s., 140 s.

¹⁶ Per chi si prefigga, come obiettivo di conoscenza, la comprensione di un determinato ordinamento giuridico positivo, appare “*necessario che i concetti della dogmatica rispondano all'effettivo contenuto dell'ordinamento*”. È questo l'obiettivo di una ‘dogmatica’ costruita per via di astrazione generalizzante dalle norme di un dato ordinamento: una tale dogmatica sarebbe ancora, in fondo, ‘*interpretazione dell'ordinamento*’ considerato nel suo insieme, anziché di disposizioni singole. Le frasi fra virgoletta sono tratte da A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, parte generale*, Milano 2003, p. 105.

¹⁷ N. BOBBIO, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*; uno scritto degli anni '50, ripubblicato in AA.VV., *Diritto e analisi del linguaggio*, a cura di U. Scarpelli, Milano 1976.

to ‘dogmatica del diritto positivo’; il suo linguaggio non è mero rispecchiamento di terminologie e modelli legati a contingenti discipline legislative, i suoi schemi non necessariamente sono pedissequi ad eventuali concezioni ‘dogmatiche’ dei legislatori. La teoria generale è *Grundlagenforschung*, formale e materiale.

Nella misura in cui i concetti teorici hanno carattere convenzionale, nella ‘dogmatica’ giuridica possono essere giocati ‘giochi linguistici’ diversi, cioè possono essere costruiti linguaggi e modelli teorici diversi; nessuna partizione analitica ‘non arbitraria’ e logicamente coerente può essere logicamente scartata¹⁸. D’altro canto, come ‘strumenti’ del lavoro scientifico, i concetti ‘convenzionali’ della teoria¹⁹ pongono problemi di *orthotes ton onomaton*²⁰, di correttezza o adeguatezza rispetto alle esigenze legate al loro uso. Come il linguaggio della scienza giuridica in genere, il linguaggio della teoria del reato è esso stesso un prodotto, oltre che strumento, di un patrimonio culturale storicamente formato, fatto di esperienze, di saperi sul mondo, di riflessioni e tentativi di soluzione di problemi normativi, in un orizzonte più ampio di quello di singoli ordinamenti positivi.

5. Fa parte della scienza che interessa il giurista anche la *Rechtstatsachenforschung*, Se il diritto parla della vita degli uomini, ha bisogno di una adeguata *humanarum rerum notitia*. Tutto ciò che può interessare le cose umane può essere oggetto d’interesse del diritto e della scienza del diritto. Il mondo intero vi può rientrare.

Un grande penalista tedesco, che era anche filosofo del diritto, ha dedicato qualche decennio fa un aureo libretto alla descrizione fenomenologica dell’immagine del mondo del giurista. Il punto di partenza è l’immagine del mondo propria dell’esperienza quotidiana del vivere e dell’agire degli uomini:

¹⁸ Cfr. K. POPPER, *Congetture e confutazioni*, Milano, 1972, p. 55: per la conoscenza scientifica “i problemi legati al significato o alla definizione delle parole sono privi di importanza”; problemi di verità si pongono per le teorie scientifiche, non per le parole. “Le parole sono importanti soltanto come strumenti per la formulazione delle teorie”.

¹⁹ Il carattere (relativamente) convenzionale dei modelli ‘dogmatici’ è stato da tempo evidenziato anche nella dottrina penalistica (B. PETROCELLI, *op. cit.*, p. 338, a proposito della tripartizione degli elementi del reato: “La tripartizione (come del resto ogni partizione analitica) ha un valore del tutto convenzionale, e la sua funzione ha carattere meramente strumentale ... ausilio, non fonte della interpretazione”) ed è ormai riconosciuto anche dalla manualistica penale. Così si esprimono per es., a proposito dei modelli di analisi del reato, G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, 4ª ed. 2001, p. 150.

²⁰ Traggo la terminologia, e anche la sostanza del concetto, dal Cratilo di Platone.

il mondo della storia²¹. Il *Weltbild* del giurista non ha la pretesa di un immediato ed autonomo significato teoretico, e non entra in concorrenza con alcuna scienza relativa al mondo della natura e/o degli uomini. Nel mondo del diritto, il mondo della natura può assumere, di volta in volta, profili di rilevanza diversi, che richiedono spiegazione a diversi livelli di approfondimento, talora legati a concetti e valori della vita quotidiana, talora bisognosi di una più compiuta elaborazione scientifica.

In un importante studio intitolato a *Truth and Truthfulness*, un acuto filosofo del nostro tempo ha osservato che la cultura del nostro tempo è attraversata dalla tensione fra un impegno profondo nei confronti della veridicità, e il sospetto scettico (talora cinico) nei confronti della verità²². *Non ci sono fatti, ma solo interpretazioni*: la frase di Nietzsche è diventata parola chiave del trend postmoderno²³.

Nel mondo dei giuristi italiani, il recupero epistemologico dell'idea di verità come corrispondenza trova ampia e ferma esposizione dalla penna autorevole di Michele Taruffo²⁴. Senza andare a fondo nella discussione epistemologica²⁵, mi limito a osservare che l'idea della verità come corrispondenza dà conto dell'uso normale del concetto di verità: definisce il concetto di verità, "ciò che intendiamo quando diciamo che una proposizione o una teoria è vera"²⁶. Non è un criterio per l'accertamento di verità fattuali. Addita un obiettivo problematico, e lascia aperti tutti gli interrogativi, se e come la verità di asserzioni su fatti possa essere verificata.

Nel mondo dei giuristi, questioni di verità e di accertamento sono trattate soprattutto con riguardo al processo; ma la rilevanza dell'accertamento di fatti, accertabili attraverso appositi istituti e strumenti (processuali), ha radice nel diritto sostanziale, quale mondo di norme volte a disciplinare fatti della vita. Questioni di verità emergono sul terreno processuale, se e in quanto il di-

²¹ K. ENGISCH, *Vom Weltbild des Juristen*, Heidelberg, 1965, p. 15 s. La ricostruzione di questa immagine è svolta conducendo una critica su due fronti, da un lato verso la riduzione normativistica, alla Kelsen, e dall'altro lato verso la riduzione naturalistica o scientifica.

²² B. WILLIAMS, *Genealogia della verità*, Roma, 2005.

²³ G. VATTIMO, *Addio alla verità*, Roma, 2009.

²⁴ M. TARUFFO, *La semplice verità*, Roma-Bari, 2009. Ma già ID., *Sui confini*, Bologna, 2002.

²⁵ Cfr. per tutti, fra i tanti, K. POPPER, *Congetture e confutazioni*, Bologna 1972, p. 382 s.; J. SEARLE, *Mente, linguaggio e società*, Milano, 2000; D. MARCONI, *Per la verità*, Torino, 2007; B. WILLIAMS, *op. cit.*; F.D'AGOSTINI, *Disavventure della verità*, Torino, 2002.

²⁶ Ch. LARMORE, *Dare ragioni*, Torino, 2008, p. 48.

ritto sostanziale ne fondi la rilevanza.

Per quanto specificamente concerne il diritto penale, i principi fondamentali si riferiscono a *vincoli di realtà richiesti da esigenze normative* (di valore). Già il principio formale di legalità implica un *vincolo di realtà*, a tutto campo, nella individuazione della materia da regolare. È il profilo che la Corte Costituzionale italiana ha avuto occasione di additare nella famosa sentenza sul delitto di plagio: la norma penale non può prendere in considerazione nessuna ipotesi che non sia *verificabile nella sua effettuazione e nel suo risultato*²⁷. La stessa legittimità formale del precetto legale dipende (anche) dalla sua capacità di cogliere fatti del mondo reale, accessibili alla conoscenza razionale.

Vincoli *contenutistici* ulteriori possono derivare, non da una ‘natura delle cose’ astrattamente considerata, ma da principi sovraordinati allo stesso legislatore, che impongano vincoli normativi *in funzione di determinati profili di realtà* ritenuti rilevanti nel mondo dei valori. Il principio di offensività o danosità sociale delimita il campo d’intervento a fatti caratterizzati da un particolare contenuto. Il principio di personalità della responsabilità introduce ulteriori delimitazioni, sia sul piano obiettivo (problema causale) che su quello della colpevolezza dell’agente (stati psicologici rilevanti ai fini del dolo, della colpa, dell’imputabilità).

La scienza giuridica, anche quando esprime scetticismo su se stessa – sulla possibilità di definirsi propriamente ‘scienza’ – non mette in discussione la possibilità e l’esistenza di un sapere affidabile sul mondo dei fatti; di una scienza che assume, talora ingenuamente, a pietra di paragone. Presuppone un sapere sul mondo che non è propriamente scienza *giuridica*, ma del quale il diritto e la scienza giuridica hanno bisogno.

6. Dell’orizzonte di cultura nel quale si è formata la mia generazione fa parte l’idea (o ideale) di una scienza *wertfrei*²⁸. Per il diritto e la scienza del diritto, che hanno a che fare con il mondo dei valori, la distinzione fra fatti e valori è di importanza cruciale. Nella filosofia del diritto e della morale, indirizzi di stampo ‘analitico’ hanno evidenziato l’importanza fondamentale alla c.d. legge di Hume (impossibilità di dedurre conclusioni di valore da premesse di puro fatto: c.d. fallacia naturalistica). E viceversa: la legge di Hume, considerata premessa di un’etica della libertà, è anche “*sorella siamese inseparabile dalla*

²⁷ Sentenza. n. 96 del 1981, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1981, p. 1147 s.

²⁸ Il riferimento d’obbligo è a MAX WEBER, *Il metodo delle scienze storico-sociali*, Torino, 1974.

*legge di Hume inversa (dal direttivo al descrittivo non c'è passaggio logico necessario, ovvero da norme e valori non si possono dedurre fatti) a tutela della conoscenza empirica*²⁹.

Quando si torna a discutere, fra filosofi o fra giuristi, del rapporto fra fatti e valori, e a sottolineare gli intrecci fra giudizi di valore e giudizi di fatto, ciò avviene nella prospettiva di emancipare il discorso sui valori dal soggettivismo, e di recuperare anche in esso il massimo di oggettività e controllabilità³⁰. Chi parla di 'fine di una dicotomia' porta l'attenzione su concetti etici 'spessi', che uniscono un significato valutativo a riferimenti fattuali, e sottolinea la rilevanza dei fatti per i giudizi di valore. Ma prendere atto degli intrecci fra fatti e valori non significa negare la distinzione fra valutazioni o giudizi normativi ed altri tipi di giudizi. I 'valori' della scienza sono e restano, per definizione, valori epistemici.

Anche le buone ragioni delle etiche normative e del diritto – che pure non si esauriscono in verità fattuali – non sono indipendenti da presupposti di fatto, cioè da questioni di verità³¹. La stessa idea di giustizia ha a che fare con questioni di conformità a stati di cose, che devono o non devono essere³². Il diritto ha senso – il senso 'normativo' che pretende di avere, come sistema di regole – se (solo se) è possibile porre e risolvere razionalmente problemi di accertamento relativi al mondo dei fatti.

Per la scienza delle norme, un impegno per criteri di razionalità intersoggettivamente validi riguarda anche il procedimento ermeneutico. I problemi che ciò comporta sono ben noti alle teorie dell'interpretazione giuridica, ed attraversano il lavoro quotidiano dei giuristi teorici e pratici, quel lavoro ermeneutico che l'indirizzo tecnico giuridico addita come compito esclusivo

²⁹ U. SCARPELLI, *L'etica senza verità*, Bologna, 1982, p. 111.

³⁰ Per tutti, H. PUTNAM, *Fatto/valore. Fine di una dicotomia*, Roma 2004. Nel contesto penalistico, questo tema emerge non in relazione ai problemi della prova dei fatti, ma ai problemi d'interpretazione e sulla natura della scienza giuridica, e si lega alla tesi della "fluidificazione dei confini fra scienza de lege lata e scienza de jure condendo" (G. FIANDACA, *Spunti problematici di riflessione sull'attuale ruolo della scienza penalistica*, in AA.VV., *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, a cura di G. Insolera, Bologna, 2005, p. 43).

³¹ R.M. HARE, *Saggi di teoria morale*, Milano, 1992, in particolare p. 37 s.

³² M. FERRARIS, *Non ci sono gatti, ma solo interpretazioni*, in AA.VV., *Diritto, giustizia e interpretazione*, a cura di J. DERRIDA e G. VATTIMO, Bari, 1998, p. 130. Il titolo paradossale del saggio di Ferraris mette in rilievo l'aspetto paradossale della tesi postmoderna secondo cui non ci sarebbero fatti, ma solo interpretazioni. I gatti, e i fatti, non dipendono da interpretazioni.

Sull'importanza pragmatica e politica della verità, cfr. H. ARENDT, *Verità e politica*, Torino, 2003; M. LYNCH, *La verità e i suoi nemici*, Milano, 2007.

della scienza giuridica. Non mi soffermo su questo aspetto, limitandomi a osservare che, se la pretesa di esclusività è insostenibile, esegesi e dogmatica di ordinamenti positivi sono un compito ineludibile per una giurisprudenza che pretenda di essere scienza del diritto e criterio per la prassi.

7. In qualsiasi campo, l'attenzione a dati valori può risvegliare interessi di conoscenza, e additare direzioni d'indagine: *“sono gli interessi culturali, e perciò gli interessi di valore, a indicare la direzione anche al lavoro delle scienze empiriche”*³³. Ciò vale in modo peculiare per la scienza giuridica, che ha a che fare con un mondo normativo nel quale fatti e valori si incontrano.

Fra i compiti della cultura giuridica c'è ovviamente spazio per la riflessione critica sul diritto, e per impegni sul piano della politica del diritto³⁴. Ciò rientra anche nell'orizzonte tecnico giuridico di Arturo Rocco, con l'ammonimento che *“non si passi nella comoda via della critica, se non attraverso il ponte scabroso e difficile della ricerca esegetica, e, sopra tutto, della ricerca dogmatica e sistematica”*. Ho avuto occasione di fare mia questa indicazione, nella revisione di lavori di giovani studiosi: nell'ordine del discorso, i problemi di conoscenza (del diritto come di ogni altro oggetto) precedono logicamente i problemi di valutazione critica.

Proprio l'apertura a valutazioni etiche e politiche, nel rivendicare campi d'interesse che vanno oltre gli interessi di mera, avalutativa conoscenza, esige che anche le valutazioni siano razionalmente fondate, e che in particolare siano sottoposti a controllo i presupposti *di conoscenza* cui le valutazioni siano collegate. La distinzione fra scienza e politica del diritto va intesa non come separazione e mancanza di connessioni, ma al contrario come premessa perché il problema delle connessioni possa essere tematizzato. Un approccio serio (razionale) ai problemi di politica del diritto – e di moralità del diritto – ha bisogno di fondarsi su un adeguato tessuto di conoscenze: di apporti di una scienza in grado di aspirare a una accettazione generale dei suoi risultati.

Si collocano sul piano della scienza del diritto anche discorsi *sul diritto* e *sulla stessa scienza giuridica* che non si esauriscano nella interpretazione *del diritto* positivo. Penso a discorsi diversi da quelli abitualmente ascritti alla competenza della sociologia del diritto quale scienza di fatti, e che fanno parte dei discorsi svolti dai giuristi, relativamente al mondo delle norme in sé consi-

³³ M. WEBER, *op. cit.*, p. 337 s.

³⁴ Il tema degli impegni del giurista è un leit-motiv di C. LUZZATI, *La politica della legalità*, Bologna, 2005.

derato. Si colloca (può collocarsi) sul piano della scienza (*wertfrei*, nel senso di indipendente da premesse di valore) anche l'analisi critica dei rapporti fra diritto positivo e altri ordinamenti o modelli normativi (per es. date etiche normative o date concezioni di giustizia). E può collocarsi sul piano della scienza *wertfrei* anche l'analisi di quanto di ideologico (e non *wertfrei*) possa annidarsi nello stesso linguaggio della dogmatica.

Richiamo l'attenzione su questo punto, perché lo ritengo di cruciale importanza sia dal punto di vista della scienza, sia in relazione alle questioni di valore. Possiamo (dobbiamo) proporci, come giuristi, l'obiettivo di parlare di valori normativi (di discutere di valori normativi) dal punto di vista della scienza? Se sì, dobbiamo attrezzare il nostro linguaggio in modo adeguato.

Secondo una vulgata 'teleologica' corrente fra i penalisti³⁵, i concetti della 'dogmatica' andrebbero ricostruiti in raccordo con gli scopi di tutela del diritto penale³⁶ e con funzioni significative sul piano della politica criminale. Credo opportuno (anzi necessario per la scienza e la critica del diritto) distinguere il teleologismo degli istituti (e dei principi) da quello dei concetti. Mentre il *telos* dei principi (anche di quelli elaborati in sede 'dogmatica': poniamo, il principio d'offensività o il principio di colpevolezza) ha a che fare con funzioni pragmatiche o politiche, il *telos* dei concetti 'teorici' è la *costruzione di un linguaggio scientifico adeguato*, adatto ad una buona formulazione ed analisi dei problemi che potrebbero interpellare il legislatore o l'applicatore del diritto vigente (per quanto qui interessa, il penale).

A tal fine anche concetti puramente formali possono essere teleologicamente adeguati; anzi, ai più elevati livelli di astrazione, tendenzialmente più adeguati di concetti sovraccaricati di contenuti sostanziali, ovvero forgiati secondo un teleologismo valutativo. Un esempio: fra la definizione formale di reato come fatto sanzionato con pena ed una qualsiasi definizione sostanziale (per es. reato come lesione di un bene giuridico), è la definizione formale che consente di porre i problemi posti da una qualsivoglia scelta legislativa, ed è perciò la più adeguata (e di fatto è adoperata) come regola d'uso del concetto di reato. La più adeguata anche per porre il problema, se una data fattispecie o un dato fatto siano o non siano offensivi di un bene giuridico, e perciò legitti-

³⁵ È la ben nota lezione di K. ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, Berlin, 1973, che al di là delle critiche su singoli punti può ritenersi divenuta la base dell'approccio forse attualmente prevalente ai problemi della sistematica penalistica.

³⁶ In questo senso, per es., FIANDACA-MUSCO, op. cit., p. 155; C. FIORE - S. FIORE, *Diritto penale, parte generale*, I, Torino, 2004, p. 115.

mamente qualificabili come reato in ordinamenti in cui viga il principio del bene giuridico.

In via generale: proprio l'esigenza di apertura critica del discorso sul diritto richiede un linguaggio che sappia parlare allo stesso modo di ordinamenti buoni e meno buoni, o decisamente cattivi, tenendo tenere distinto il piano delle qualificazioni giuridiche da quello delle valutazioni 'di giustizia' o di adeguatezza teleologica. Talune coloriture valutative dell'usuale linguaggio giuridico rischiano di farsi strumento di una 'dogmatica apologetica'; per tale intendo un discorso che, facendo uso di un linguaggio retoricamente appagante, riconduce le scelte del legislatore, quali che siano, ad un principio regolativo che 'suona bene': per es. sussidiarietà o diritto penale minimo, per il caso di arretramenti del 'penale'; rafforzamento della prevenzione generale, nel caso di scelte di rigore o rigidità punitiva; e così via.

V'è anche il rischio di degradazione del linguaggio giuridico a neolingua orwelliana³⁷, concepita non per ampliare le capacità speculative, ma per ridurre, riducendo il linguaggio in modo da rendere impossibile ogni forma di pensiero critico. Il mondo del diritto è da sempre un mondo di vestimenti concettuali e travestimenti normativi della realtà. L'incubo orwelliano di un linguaggio che riduce (invece di ampliare) lo sguardo sulla realtà, sembra rivelare un profilo di inquietante somiglianza col linguaggio normativo: schematizzazione della realtà come connotato di un potere normativo che impone le proprie scelte anche su una realtà recalcitrante.

Rilevare l'ideologia implicita o usi francamente manipolativi del linguaggio giuridico è una *questione di verità*: scienza *wertfrei* e non politica. Senza bisogno di impegnarsi in giudizi di valore, il giurista può svolgere un lavoro di conoscenza critica (e non di dogmatica apologetica) semplicemente ponendo, con linguaggio appropriato, domande pertinenti sul senso di scelte fatte o non fatte dal legislatore, di differenziazioni fatte o non fatte, di riconoscizioni o bilanciamenti d'interessi, di dati di realtà e/o di nessi sistematici riconosciuti o ignorati. Un'analisi formalmente *wertfrei* – che eviti di far poggiare l'impresa conoscitiva su giudizi di valore – può e deve essere in grado, utilizzando appropriate categorie concettuali a facendo parlare i dati di fatto, di rendere riconoscibili i valori in gioco ed il modo in cui il legislatore li abbia messi in gioco. I giudizi di valore potranno seguire.

Insomma: penso ad un'impresa conoscitiva non subalterna al legislatore nell'elaborazione del linguaggio teorico e nell'individuazione dei problemi, e

³⁷ Il riferimento è al noto romanzo di G. ORWELL, 1984.

che ove occorra, di fronte a scelte che mettano in crisi la razionalità dell'ordinamento, “*temprando lo scettro ai regnatori / gli allor ne sfronda*”³⁸. Fuor di metafora, un'impresa conoscitiva che, nell'esplorare e ricostruire il sistema del diritto posto, ne metta in luce, al di là delle ideologie dello stesso legislatore, i reali significati rispetto ai problemi di disciplina ed ai valori della nostra civiltà.

Nessun dubbio dunque (non ne aveva nemmeno Arturo Rocco) sulla legittimazione di principio dei giuristi a impegnarsi sul piano della politica del diritto. Con la consapevolezza che il titolo di legittimazione non va ricercato in investiture politiche, ma “*esclusivamente nella coltivazione della scienza giuridica*”³⁹. La legittimazione in concreto va conquistata (e si rischia di perderla) sul campo.

³⁸ Per eventuali lettori non italiani: U. FOSCOLO, *I sepolcri*, v. 156-58.

³⁹ FALZEA, in AA.VV., *Giuristi e legislatori* (atti del convegno tenuto a Firenze nel settembre 1996), a cura di Paolo Grossi, 1997, p. 519.

Edizioni ETS
Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa
info@edizioniets.com - www.edizioniets.com
Finito di stampare nel mese di maggio 2011