

Cultura giuridica e diritto vivente

Rivista on line del Dipartimento di Giurisprudenza
Università di Urbino Carlo Bo

Saggi



FONDAMENTO E LIMITI DELL'IDEA DI SCOPO PER LA SCIENZA INTEGRATA DEL DIRITTO PENALE

Francesco Schiaffo

Abstract

[Foundation and limits of the idea of purpose for the integrated science of criminal law] The integration of juridical-criminal science and social sciences risks exposing the necessary protection of fundamental rights to what Michel Foucault defined as disciplinary powers. It is therefore necessary to define and affirm a limit for criminal law science.

Key Words:

Criminal law, Human rights, Integrated science, Disciplinary powers

Vol. 8 (2021)





Fondamento e limiti dell'idea di scopo per la scienza integrata del diritto penale

Francesco Schiaffo*

0. Idea preventiva e idea dello 'scopo' nel diritto penale

Data la fondamentale alternativa tra retribuzione e prevenzione nella teoria della pena magistralmente rappresentata in Italia già negli anni Ottanta¹, l'insostenibilità ormai acquisita della retribuzione nell'ambito di un sistema penale razionale² ha determinato una adesione ormai unanime all'idea preventiva che «*investe il sistema penale pressoché in ogni sua parte, dove più dove meno ne orienta le strutture in conformità alle mete che intende perseguire, ne corregge i meccanismi in relazione ai 'nuovi' criteri di funzionalità ed efficienza*»³.

Non avrebbe potuto essere altrimenti, date le opzioni costituzionali sulle funzioni della pena, esplicitate all'art.27 co.3 e coerenti con altre disposizioni fondamentali⁴ nonché la relativa vincolatività⁵: diventa necessità giuridica nel momento in cui, all'art.54, la Costituzione pone a carico di tutti - privati cittadini o rappresentanti di pubblici poteri -

* Francesco Schiaffo è Professore ordinario di Diritto penale presso il Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università degli studi di Salerno.

Il presente contributo è destinato al volume degli "Studi in onore di Lucio Monaco", a cura di Alessandro Bondi, Giovanni Fiandaca, George P. Fletcher, Gabriele Marra, Alfonso M. Stile, Claus Roxin, Klaus Volk, in corso di stampa presso Urbino University Press.

Indirizzo mail: schiaffo@unisa.it

¹ Per tutti MONACO, *Prospettive dell'idea dello 'scopo' nella teoria della pena*, Napoli, 1984, p.3 ss.

² MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, p.85 ss.

³ MONACO, *Prospettive dell'idea dello 'scopo' nella teoria della pena*, cit., p.11.

⁴ MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p.97.

⁵ L'interpretazione teleologicamente orientata ai principi costituzionali è una necessità giuridica nel momento in cui, all'art.54, la Costituzione pone a carico di tutti - privati cittadini o rappresentanti di pubblici poteri - il dovere di fedeltà alle leggi che nella loro legittimità costituzionale trova il suo limite (MOCCIA, *Ordine pubblico (disposizioni a tutela dell')*, in *Enc. giur. Treccani*, XXII, Roma, 1990, p.5; ID., *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p.95 s.; ID., *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale* (1995), II ed., Napoli, 1997, p.237 s.) e che, in ambito giurisdizionale, esso diventa il principio della sottoposizione del giudice alla legge costituzionalmente legittima di cui al combinato disposto tra gli artt.101 co.2 e 134 Cost. (RICCIO, *Responsabilità penale*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVII, Roma, 1991, p.3.): sul punto sia consentito il rinvio a SCHIAFFO, *Il diritto penale tra scienza e scientismo. Derive autoritarie e falsificabilità nella scienza del diritto penale*, Napoli, 2012, p.25.

il dovere di fedeltà alle leggi che nella loro legittimità costituzionale trova il suo limite⁶. Nell'ambito giurisdizionale che notoriamente esaurisce quello di applicabilità del diritto penale, esso diventa il principio della sottoposizione del giudice alla legge costituzionalmente legittima (artt.101 co.2 e 134)⁷.

Diversamente «fenomeni quali: andamento dei tassi della criminalità, allarme sociale, problemi della risocializzazione, bisogni collettivi di sicurezza, cifra oscura, e così via dicendo, sono necessariamente estranei all'orizzonte speculativo della pena retributiva: a più forte ragione restano fuori della sua dinamica applicativa»⁸.

In una stagione non molto lontana nella storia della scienza penalistica era esattamente così.

1. Il fondamento del sistema penale impermeabile all'idea di scopo: il tecnicismo giuridico

«*Il diritto penale è l'insormontabile limite della politica criminale*»: è la nota affermazione di Franz von Liszt che, nello stesso contributo, segue immediatamente l'immagine, altrettanto nota, del codice penale come «*magna charta del delinquente*»⁹.

Ne risulta evidente la configurazione del rapporto tra diritto penale e politica criminale in termini non molto diversi da quelli che avrebbe tracciato Arturo Rocco nella prolusione sassarese del 1910, quando precisava la sua proposta di una «*distinzione*», definendola in esplicita alternativa - e, quindi, in contrapposizione - ad una «*separazione*»¹⁰; anche l'idea di «*limite*», infatti, esclude implicitamente ma chiaramente quella di una «*separazione*» in quanto allontanamento reciproco dei due ambiti disciplinari.

Resta, in ogni caso, al di fuori di ogni dubbio che secondo von Liszt, nella prospettiva *de lege lata* a cui egli evidentemente si riferisce, il diritto penale non va assolutamente confuso con la politica criminale.

Non può sorprendere, dunque, la considerazione di von Liszt proposta da Arturo Rocco come uno dei Maestri del tecnicismo giuridico: «*il Liszt (i cui contributi agli studi di psicologia, di sociologia e di politica criminale lo fanno certamente non sospetto di ignoranza o trascuranza di queste scienze) è tuttavia tra gli scrittori recenti, uno dei più caldi fautori del tecnicismo giuridico nel diritto penale e uno dei più strenui difensori della separazione della scienza del diritto penale*

⁶ MOCCIA, *Ordine pubblico (disposizioni a tutela dell')*, in *Enc. giur. Treccani*, XXII, Roma, 1990, p.5; ID., *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p.95 s.; ID., *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale* (1995), II ed., Napoli, 1997, p.237 s.

⁷ Cfr. RICCIO, *Responsabilità penale*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVII, Roma, 1991, p.3.

⁸ MONACO, *Prospettive dell'idea dello 'scopo' nella teoria della pena*, cit., p.6; efficacemente affermava che «*nel diritto penale il dogma della retribuzione può rendere superflua l'intera criminologia*» NOLL, *Gesetzgebungslehre*, Reinbeck bei Hamburg, 1973, p.27.

⁹ VON LISZT, *Über den Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts* (1893), in ID., *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Berlin, 1905, vol.II, p.75 ss., 80.

¹⁰ In uno dei brani più rappresentativi della sua Prolusione sassarese, Rocco sintetizza in questi termini la soluzione per lo «*stato generale di incertezza della scienza nostra*» precedentemente descritto: «*Tenersi fermi, religiosamente e scrupolosamente attaccati allo studio del diritto [...] positivo vigente, il solo che l'esperienza ci addita e il solo che possa formare l'oggetto di una scienza giuridica, quale la scienza del diritto penale è, e quale [...] deve e vuol rimanere. Nel tempo stesso accentuare sempre più la distinzione, non dico già la separazione, della scienza giuridica penale, dalla antropologia, dalla psicologia, dalla sociologia ed anche dalla filosofia del diritto e dalla politica criminale, arte o scienza che sia*»: Art. ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale* (1910), in ID., *Opere giuridiche*, vol.III, Roma, 1933, p.263 ss., 274 s. (le evidenziazioni grafiche sono dell'A.).

(intesa come scienza pratica del diritto penale positivo vigente), dalla politica criminale, e quindi, dalla sociologia, dalla antropologia e dalla psicologia criminale»¹¹.

Ad una considerazione più attenta, però, risulta evidente che, qui, Rocco, riferendosi a von Liszt, rappresenta il rapporto tra scienza del diritto penale e politica criminale usando termini diversi e, a momenti, persino contraddittori rispetto a quelli precedentemente proposti.

In particolare, emerge evidente una contraddizione nelle sue parole laddove, da un lato, la distanza tra diritto penale e politica criminale sembra aumentare trasformandosi dalla «distinzione», precedentemente affermata, in una «separazione» che prima, invece, era stata esplicitamente negata.

D'altra parte, inoltre, si afferma che «nulla impedisce» ad «uno dei più caldi fautori del tecnicismo giuridico [...] di riunire la scienza del diritto penale e la politica criminale sotto il comune denominatore di "universa scienza del diritto penale" (gesamte Strafrechtswissenschaft)»¹².

Evidentemente il riferimento è al *Marburger Programm* del 1882, ulteriormente elaborato e precisato nella successiva produzione scientifica di Franz von Liszt fino alla prolusione berlinese del 1899, dove sono chiaramente definiti i compiti fondamentali della *gesamte Strafrechtswissenschaft*¹³.

In sintesi, essi risultano schematicamente così definiti:

«I. Come compito pedagogico di formazione dei criminalisti pratici:

1) attraverso l'insegnamento logico-giuridico in diritto e procedura penale ("scienza giuridico-penale in senso stretto")

2) attraverso l'istruzione tecnico-pratica nell'accertamento del fatto ("criminalistica")

II. Come compito scientifico la spiegazione causale:

1) del delitto ("criminologia")

2) della pena ("penologia")

III. Come compito politico lo sviluppo della legislazione nel senso di una consapevole lotta al delitto, in particolare anche, ma non esclusivamente, attraverso la pena e le norme ad essa collegate ("politica criminale")»¹⁴.

In esplicito riferimento alla politica criminale, nella stessa prolusione berlinese von Liszt aveva precedentemente affermato che «anche questo compito non è nuovo. I sostenitori della scienza del diritto penale non si sono mai spaventati ad utilizzare la parola per biasimare il diritto vigente, chiedere la sua riforma, elaborare, criticare e migliorare progetti di legge»¹⁵.

La sua funzione, dunque, è limitata alla critica ed alla riforma della legislazione penale, ovvero in una prospettiva rigorosamente circoscritta a valutazioni *de lege ferenda*: in prospettiva *de lege lata*, il diritto penale resta, dunque, l'«insormontabile limite della politica criminale» e nessuna integrazione è prevista tra le due discipline.

¹¹ Art. ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, cit., p.278 nota 4 (le evidenziazioni grafiche sono dell'A.).

¹² Art. ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, cit., p.278 nota 4 (le evidenziazioni grafiche sono dell'A.). Per una considerazione del pensiero di Arturo Rocco adeguata alla sua reale complessità e ben diversa dalla immagine consolidata del tecnicismo giuridico cfr., per tutti, DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011, p.6 ss.

¹³ VON LISZT, *Die Aufgaben und die Methode der Strafrechtswissenschaft* (1899), in ID., *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, cit., p.284 ss.

¹⁴ VON LISZT, *Die Aufgaben und die Methode der Strafrechtswissenschaft*, cit., p.296.

¹⁵ VON LISZT, *Die Aufgaben und die Methode der Strafrechtswissenschaft*, cit., p.294.

2. L'idea di scopo nel sistema penale: i postulati metodologici dell'integrazione *de lege lata* tra diritto penale e politica criminale

Una integrazione *de lege lata* tra diritto penale e politica criminale sarà proposta, invece, nel 1970 con il *Berliner Programm* di Claus Roxin.

In questa prospettiva si tratta, evidentemente, di lavorare con il diritto positivo vigente e diventa, pertanto, prioritario il problema esegetico e decisivo il ruolo dell'interprete.

Come Arturo Rocco, anche Roxin si preoccupa di radicare la sua proposta nella evoluzione storica del proprio ambito di ricerca: «*La metodologia del neokantismo assiologicamente orientata, che negli anni Venti ebbe il predominio scientifico, avrebbe potuto condurre, dal punto di vista normativo, ad una "immagine del sistema penale" del tutto nuova, se avesse scelto delle direttive di politica criminale come criterio cui informare tutte le formulazioni dommatiche. Ma da queste basi non è mai scaturito un sistema capace di sostituire la costruzione logico-formale della tradizionale teoria del reato. Il suo sviluppo ha portato soltanto a [...] risultati*» parziali in cui, tuttavia, «*risiedono importanti principi che permettono l'introduzione di finalità politico-criminali nel lavoro dommatico*»¹⁶.

Il riferimento è al metodo per la *teleologische Begriffsbildung*, condiviso e sostenuto dai giuristi tedeschi di ispirazione neokantiana nei primi decenni del XX secolo.

Al tramonto del dominio culturale che aveva trasformato il positivismo scientifico in una «*religione laica*»¹⁷ condivisa in moltissimi ambiti scientifici e culturali, con il «ritorno a Kant» - e, in particolare, alla sua teoria della conoscenza¹⁸ - discipline diverse dalle scienze naturali recuperavano autonomi oggetti di indagine e, dunque, autonome funzioni gnoseologiche.

In particolare, era espressamente riconosciuto il ruolo esclusivo delle *Kulturwissenschaften* - o *geschichtliche Kulturwissenschaften* -¹⁹ che, a differenza delle scienze della natura, non procedono per progressive generalizzazioni trascurando e tralasciando, di volta in volta, le peculiarità specifiche del singolo dato reale²⁰, ma selezionano proprio queste ultime secondo i punti di vista - o, meglio, i 'valori di riferimento' - delle singole discipline²¹.

È evidente, tuttavia, che non è a una semplice selezione che Roxin sembra fare riferimento quando afferma che nella «*metodologia del neokantismo assiologicamente orientata [...] risiedono importanti principi che permettono l'introduzione di finalità politico-criminali nel lavoro dommatico*».

La rivoluzione copernicana di Kant riproposta dai neokantiani, infatti, è interpretata nel senso che l'attività di pensiero del soggetto della conoscenza produce o, almeno,

¹⁶ ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale* (1970), in ID., *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, a cura di S. MOCCIA, Napoli, 1998, p.37 ss., 48 s.

¹⁷ La rappresentazione del positivismo scientifico in termini di "religione laica" è riconducibile alla storica rappresentazione di SORMANI, *La nuova religione dell'evoluzionismo*, in *Riv. fil. scien.* 1889, 513 ss., 522, 539-540.

¹⁸ RICKERT, *Der Gegenstand der Erkenntnis. Einführung in die Transzendentalphilosophie* (1892), VI ed., Tübingen, 1928, p.205; LASK, *Rechtsphilosophie* (1905), in ID., *Gesammelte Schriften*, vol.I, Tübingen, 1923, p.275 ss., 308 ss.

¹⁹ RICKERT, *Kulturwissenschaften und Naturwissenschaften* (1899), VI-VII ed., Tübingen 1926, p.7, 51, 78 ss.

²⁰ RICKERT, *Die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung. Eine logische Einleitung in die historischen Wissenschaften* (1902), II ed., Tübingen, 1913, p.236 ss.

²¹ Sulle indicazioni fornite da Rickert per l'individuazione dei valori di riferimento e sulla loro funzione di criteri di valutazione che lo storico rende possibile, ma non opera, cfr. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (1960), IV ed., Berlin-Heidelberg-New York-London-Paris-Tokyo-Hong Kong-Barcelona-Budapest, 1991, p.95 ss.

rielabora l'oggetto della propria indagine²², trasformandolo ed attribuendogli, sulla base del proprio valore di riferimento, le caratteristiche di forma e figura che, erroneamente, si crede appartengano ad esso già in origine²³.

Risulta allora chiaramente definito il postulato fondamentale della possibilità che, già in una prospettiva *de lege lata*, determinati principi di politica criminale, assunti come *telo*i o valori di riferimento per la elaborazione di concetti giuridici, contribuiscano a configurare, definire e precisare gli oggetti della scienza penalistica.

3. La critica al neokantismo di Hans Welzel: l'idea di scopo nelle *sachlogische Strukturen*

Come è noto, nei primi decenni del XX secolo l'ampia adesione della dottrina penalistica tedesca ai postulati neokantiani dell'elaborazione teleologicamente orientata dei concetti giuridici produsse esiti estremamente significativi nella dommatica del reato.

Ma esiti ben più radicali produssero le successive considerazioni critiche di Hans Welzel che proponevano, invece, una diversa opzione metodologica: «Quando si è visto nei profondi motivi metafisici tutt'al più dei resti della metafisica precritica, allora si è limitato il concetto di filosofia - per dirla con Kant (*Kritik der reinen Vernunft*, II ed., p.866) - alla filosofia come "concetto scolastico", cioè ad "un sistema della conoscenza, la quale viene cercata soltanto come scienza" e si rifiutava espressamente una filosofia come "concetto cosmico", nel quale "il filosofo non è soltanto un artista della ragione, bensì il legislatore della ragione umana". Si sostituiva il primato della ragion pratica di Kant con un primato della ragione teoretica, secondo cui "il sistema dei valori comprende completamente la verità nel puro senso di obiettiva validità". Già in questa posizione "scientista" e nel deciso rifiuto di ogni metafisica appaiono i tratti comuni di kantismo e positivismo»²⁴.

La citazione è tratta da "*Naturalismus und Wertphilosophie*" del 1935, in cui Welzel ricostruisce e critica le fondamentali opzioni gnoseologiche ed epistemologiche dei giuristi di ispirazione neokantiana.

Sebbene si fossero collocati su posizioni esplicitamente definite in alternativa a quelle dei giuristi che avevano aderito al positivismo scientifico, essi, secondo Welzel, ne condividono comunque la fondamentale opzione naturalistica, ovvero lo stesso concetto di realtà²⁵.

Mentre, però, i positivisti lo accettavano come dogma, i neokantiani, sulla base di un ritorno a Kant che a Welzel appare soltanto parziale²⁶, si interrogano sui suoi presupposti categoriali (valori), che, tuttavia, non sono considerati immanenti alla realtà, ma "aderiscono" ad essa grazie all'attività di pensiero del soggetto della conoscenza: non si comprende, secondo Welzel, da dove questi valori derivino e in che cosa, esattamente, consista la loro "adesione" al dato ontico²⁷.

²² RICKERT, *System der Philosophie*, Tübingen, 1921, p.183; ID., *Die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung*, cit., p.246.

²³ RICKERT, *Der Gegenstand der Erkenntnis*, cit., p.361 ss., 367.

²⁴ WELZEL, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, Mannheim-Berlin-Leipzig, 1935, p.42; le citazioni di Kant proposte da Welzel sono qui riportate dalla traduzione di Colli: KANT, *Critica della ragione pura* (1781, II ed. 1787), trad. it. di G. COLLI, Milano, 1976, III ed. 2001, p.811. L'ultima citazione riportata nel brano di Welzel è, invece, tratta da Bruno Bauch, filosofo neokantiano: BAUCH, *Wahrheit, Wert und Wirklichkeit*, Leipzig, 1923, p.483 ss., 486.

²⁵ In tal senso anche BODENHEIMER, *Phänomenologie und Rechtsquellenlehre*, in *Phänomenologie Rechtsphilosophie Jurisprudenz, Festschrift für Gerhart Husserl*, Frankfurt a. M., 1969, p.72 ss., 75 s.

²⁶ WELZEL, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, cit., p.44.

²⁷ WELZEL, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, cit., p.53.

Si tratta, d'altra parte, di limiti direttamente deducibili dal sistema elaborato da Rickert laddove, enunciando il principio della *Wertneutralität*, definisce la distanza dei valori dal dato ontico e, dunque, un sistema di valori volutamente aperto²⁸. Sono, infatti, efficacemente ed autorevolmente rappresentative della prospettiva neokantiana le posizioni di Rickert laddove si afferma che «*la filosofia deve determinare tutti i possibili concetti di valore, separarli tra loro e, infine, rappresentare un sistema in cui tutti trovino il loro posto*» e, inoltre, che scegliere i valori non è compito del filosofo che rispetto ad essi deve conservare, invece, un atteggiamento di mera “contemplazione”²⁹.

Anche Welzel – e già nel 1935 - considera Emil Lask tra i massimi e più autorevoli giuristi di ispirazione neokantiana, tanto da assumerlo a riferimento privilegiato delle sue considerazioni critiche.

Le «*argomentazioni di Lask offrono certamente una rappresentazione molto approfondita sul fondamentale atteggiamento spirituale della filosofia dei valori riguardo all'essere ontico che, nonostante il richiamo alla svolta copernicana di Kant, è lontanissimo da quella del Kant metafisico. È una posizione che, nel modo più adeguato, si potrebbe qualificare come “scientista”: come naturalismo o psicologismo applicano il superiore concetto del meccanicismo causale o della psicologia in ambiti non meccanici o non psicologici, così lo “scientismo” applica il concetto superiore della scienza sull'ontico. Lo scientismo vede in prima linea i concetti scientifici e non l'ontico. Esso deprava l'ontico ad un continuum eterogeneo e senza valori, togliendo ad esso, e ponendo in un irreal “mondo dei concetti”, l'ordine legale e la distinzione di valore immanente all'essere. Così esso priva la storia e la natura del loro ontico carattere di Esserci e ne fa prodotti di metodologiche elaborazioni concettuali, pezzi di una rappresa ragione teorica. La filosofia dei valori offre immediatamente la giustificazione per il fondamento della scienza (innanzitutto le scienze della cultura) veteroliberali: la prevalenza del concetto sull'essere ontico*»³⁰.

La scienza giuridica che applica il metodo per la elaborazione concettuale teleologicamente orientata proposto dai neokantiani sarebbe, pertanto, lontana dalla realtà e quindi, esposta al rischio di una deriva scientista³¹.

In alternativa Welzel proponeva un metodo di elaborazione concettuale costantemente riferito al dato ontico e reale delle *sachlogische Strukturen*, assunte come vincolo che anche il legislatore subisce³²: la capacità dell'uomo di prevedere e guidare il decorso causale delle proprie azioni - che, per lo stesso Welzel, fu il fondamento del suo concetto finalistico di azione³³ - ne rappresenta solo l'esempio più noto.

Ben oltre le singole implicazioni dommatiche della metodologia welzeliana – che comunque hanno segnato svolte epocali nella teoria del reato - si è efficacemente sostenuto che il costante riferimento alle *sachlogische Strukturen*, ha consentito a Welzel di prendere «*dalla realtà ciò di cui ha bisogno per potere assolvere alla finalità politica che assegna al diritto penale, ma senza inventare ciò che nella realtà non esiste, a differenza del neokantismo*»³⁴.

²⁸ Ad una “adesione” aveva fatto esplicito riferimento RICKERT, *System der Philosophie*, cit., p.113.

²⁹ Cfr. RICKERT, *System der Philosophie*, cit., p.154 ss., 31 ss.

³⁰ WELZEL, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, cit., p.48 s.

³¹ Sul punto sia consentito il rinvio a SCHIAFFO, *Il diritto penale tra scienza e scientismo. Derive autoritarie e falsificabilità nella scienza del diritto penale*, Napoli, 2012, p.15 ss., 37 ss.

³² WELZEL, *Naturrecht und Rechtspositivismus*, in *Festschrift für Niedermeyer*, Göttingen, 1953, p.279 ss., 292 ss.

³³ WELZEL, *Kausalität und Handlung*, in *ZStW* 1931, 703 ss., 709 ss., 718 ss.; ID., *Studien zum System des Strafrechts*, in *ZStW* 1939, 491 ss., 502 s.; ID., *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, Göttingen, 1951, p.9.

³⁴ ZAFFARONI, *Che cosa resta del finalismo in America Latina?*, in AA.VV., *Significato e prospettive del finalismo nell'esperienza giuspenalistica*, a cura di S. MOCCIA, Napoli, 2007, p.265 ss., 271 s.

4. Il postulato della utilizzabilità dell'idea di scopo in prospettiva *de lege lata*: l'ipotesi della prioritaria competenza criminologica del penalista

Ciò nonostante, nel 1970 Claus Roxin riconduce la sua proposta di una integrazione tra diritto penale e politica criminale proprio alla «*metodologia del neokantismo assiologicamente orientata, che [...] avrebbe potuto condurre, dal punto di vista normativo, ad una "immagine del sistema penale" del tutto nuova*».

Sarebbe rimasta una proposta metodologica politicamente inopportuna, se lo stesso Roxin non ne avesse chiarito immediatamente la condizione fondamentale ed imprescindibile nella "scelta" di «*direttive di politica criminale come criterio cui informare tutte le formulazioni dogmatiche*».

Il riferimento alla politica criminale, infatti, radicava nella realtà le elaborazioni concettuali prodotte applicando il metodo teleologicamente orientato dei neokantiani e nella realtà proponeva, per esse, anche precisi riscontri di efficacia.

Risultava escluso, così, qualsiasi fondamento per il principale argomento della critica welzeliana al neokantismo, rappresentato dalla equazione – che, altrimenti, potrebbe anche essere condivisibile – tra teleologismo e scientismo, ovvero tra teleologismo e ruolo assolutamente marginale – se non irrilevante – delle *sachlogische Strukturen*.

Tuttavia, quando afferma che «*separare nettamente la costruzione dogmatica dalle giuste scelte di politica criminale non è assolutamente possibile*»³⁵, Roxin non usa parole molto diverse da quelle che già furono di Arturo Rocco nel 1910.

Anche Rocco, infatti, considerando necessaria la «*distinzione [...] della scienza giuridica penale [...] dalla politica criminale*», si preoccupava di escluderne esplicitamente e specificamente la possibilità di una «*separazione*»³⁶.

La diametrale distanza tra le due proposte metodologiche emerge evidente, però, nella ulteriore ed immediatamente successiva precisazione della proposta di Roxin, efficacemente rappresentata laddove si afferma che «*trasformare acquisizioni criminologiche in istanze di politica criminale ed istanze di politica criminale in regole giuridiche de lege lata o ferenda, rappresenta un procedimento i cui singoli stadi sono tanto necessari quanto importanti per la realizzazione del socialmente giusto*»³⁷.

Nelle parole di Roxin è chiaramente affermata la necessità che la considerazione di istanze di politica criminale di derivazione criminologica caratterizzi costantemente il discorso giuridico-penale e che, quindi, la scienza penale ne sia integrata non solo in prospettiva *de lege ferenda* – come già aveva proposto von Liszt –, ma anche nella prospettiva *de lege lata* propria dell'interprete.

Roxin, però, afferma innanzitutto e chiaramente anche la prioritaria e necessaria competenza criminologica del penalista.

Sotto questo profilo, egli sembra anticipare, nel 1970, la posizione assunta in termini ben più risoluti da Baratta quando, nel 1975, esclude che il rapporto tra scienza sociale e

³⁵ ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, cit., p.76.

³⁶ V. *supra* nota 10.

³⁷ ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, cit., p.76.

discorso giuridico-penale sia «*il rapporto tra due scienze*» e lo assimila, piuttosto, ad «*un rapporto tra scienza e tecnica*»³⁸.

In particolare, riferendosi sostanzialmente alle stesse prospettive *de lege ferenda* e *de lege lata* esplicitamente indicate da Roxin, Baratta definisce lo scopo dell'attività del giurista, che «*finalmente diventerà uno scienziato sociale e sosterrà con la sua scienza la sua opera di tecnico*»: esso consiste nell'«*apprestamento di strumenti legislativi (tecnica legislativa), interpretativi e dogmatici in vista di finalità e di opzioni politico-criminali coscientemente perseguite nell'ambito della correttezza logico-argomentativa e della discrezionalità valutativa al giurista attribuita [...] dal sistema giuridico-politico*», che, innanzitutto, «*deve essere considerato [...] nelle più o meno vaste opzioni politiche consentite nella interpretazione e nella costruzione dogmatica*».

5. La dimensione giuridica di una scienza sociale: l'idea di scopo nella politica criminale dello Stato sociale di diritto

In modo evidente, dunque, Baratta determina e limita secondo criteri evidentemente normativi la rilevanza in sede giuridica dell'idea di scopo e, in particolare, degli obiettivi politico-criminali suggeriti dalla scienza sociale.

Baratta, infatti, è sufficientemente esplicito quando, attribuendo al giurista il compito di perseguire finalità politico-criminali, definisce i limiti della sua attività entro l'«*ambito della correttezza logico-argomentativa e della discrezionalità valutativa al giurista attribuita [...] dal sistema giuridico-politico*».

Si intravede chiaramente, nelle sue parole, un «*nuovo modello*» di scienza penalistica derivato da un nuovo modello di integrazione tra «*scienza sociale*» e discorso giuridico.

Data la particolare prospettiva del suo contributo, Baratta non dedica ulteriori approfondimenti allo statuto epistemologico della nuova scienza penalistica integrata: ne risulta evidente, però il nodo centrale rappresentato dall'assunto di un «*ambito*» di «*correttezza logico-argomentativa*» e di «*discrezionalità valutativa*».

Cinque anni prima, però, anche Roxin aveva escluso implicitamente una dimensione esclusivamente empirica delle opzioni politico-criminali rilevanti per il giurista, proponendone una integrazione con la «*vincolatività del diritto*».

In particolare, Roxin aveva affermato che «*la vincolatività del diritto ed il finalismo della politica criminale non possono essere in contraddizione, ma devono ricondursi a sintesi, così come stato di diritto e stato sociale non costituiscono in realtà inconciliabili opposti, bensì una unità dialettica*»³⁹.

Alla stessa «*unità dialettica*», dunque, va ricondotta anche la politica criminale.

Essa, infatti, in quanto «*essenza di quei principi secondo i quali lo Stato deve condurre la lotta contro il delitto, attraverso la pena e le istituzioni ad essa collegate*»⁴⁰, contribuisce chiaramente a definire l'azione politica di «*uno stato pianificatore ed assistenziale*» che, tuttavia, «*senza le conquiste dello stato di diritto che garantiscono la libertà*» non «*può pretendere di essere riconosciuto come stato sociale*»⁴¹.

³⁸ Testualmente, nel 1975 Baratta affermava che «*al posto del classico modello integrato di scienza penalistica può sorgere solo un nuovo modello, in cui il rapporto tra scienza sociale e discorso dei giuristi non è più il rapporto tra due scienze, ma un rapporto tra scienza e tecnica*»: BARATTA, *Criminologia liberale e ideologia della difesa sociale*, in *Quest. crim.* 1975, 7 ss., 55 s. (le evidenziazioni grafiche sono dell'A.).

³⁹ ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, cit., p.46 s.

⁴⁰ VON LISZT, *Kriminalpolitische Aufgaben* (1889-1992), in ID., *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, cit., vol.I, p.290 ss., 291.

⁴¹ ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, cit., p.46 s.

Nel pensiero di Roxin, dunque, già nel 1970 era evidente il riferimento ai principi fondamentali dell'ordinamento di uno stato sociale di diritto, per definire e limitare normativamente l'ambito di operatività della politica criminale.

6. L'idea di scopo e il nuovo «*insormontabile limite*»: la funzione dei divieti costituzionali tra macrofisica della sovranità punitiva e microfisica delle discipline criminologiche

In prospettiva *de lege lata* o *ferenda* diventano essenziali, sotto questo profilo, i divieti che solitamente sono posti a tutela dei diritti dell'uomo nei principi fondamentali dell'ordinamento di uno stato di diritto: l'eventuale efficacia politico-criminale di specifiche soluzioni legislative (in prospettiva *de lege ferenda*) o comunque normative (in prospettiva *de lege lata*), anche se fosse scientificamente ed inequivocabilmente dimostrata, mai potrebbe determinarne la violazione.

Si tratta, in una diversa prospettiva, di limitare - ed evitare, in particolare, che assuma le funzioni del potere sovrano e punitivo dello Stato - un potere che, in alternativa alla «*macrofisica della sovranità*», Foucault definì «*disciplinare*»⁴².

In particolare, nel corso sul potere psichiatrico tenuto presso il Collège de France nell'anno accademico 1973/1974, Foucault offrì anche una rappresentazione storica di quella che, immediatamente dopo, sarebbe diventata la sua esplicita proposta di «*una filosofia politica che non sia costruita intorno al problema della sovranità, dunque della legge, dunque dell'interdizione*», sintetizzata, nello stesso testo, nella efficacissima metafora della affermazione della necessità di «*tagliare la testa del re*»⁴³.

Nel corso sul potere psichiatrico Foucault propone, in particolare, la scena dell'internamento di Giorgio III descritta da Pinel nel «*Traité médico-philosophique*» del 1800, per rappresentare chiaramente il potere sovrano del re «*in preda alla mania*» che soccombe a quello della psichiatria, ovvero per rappresentare «*lo scontro, la sottomissione, la cerniera tra un potere sovrano e un potere disciplinare*»: «*ci troviamo dunque di fronte ad un atto di destituzione, di caduta del re [...] qualcosa di nuovo, di diverso, per esempio, rispetto a quel che potremmo trovare in un dramma shakespeariano. Non abbiamo qui a che fare né con Riccardo III minacciato di cadere sotto il potere di un altro sovrano, né con re Lear che, spogliato della sua regalità, erra per il mondo immerso nella solitudine, nella miseria, nella follia*», ma con «*un potere di genere affatto diverso da quello della sovranità, e che anzi, [...] vi si oppone in tutto e per tutto*» perché «*anonimo, senza nome, senza volto, un potere che risulta suddiviso tra diverse persone e che si manifesta attraverso l'implacabilità di un regolamento che non viene nemmeno formulato*».

Infatti, «*mentre il potere sovrano si manifesta essenzialmente attraverso i simboli della forza sfogorante dell'individuo che lo detiene, il potere disciplinare è un potere discreto, ripartito*» che «*funziona*

⁴² FOUCAULT, *Il potere psichiatrico. Corso al Collège de France (1973-1974)* (2003), Milano, 2010, p.29 ss.

⁴³ FOUCAULT, *Microfisica del potere. Interventi politici (1971-1977)*, Torino, 1977, p.15 s. Secondo Foucault, si tratta, in particolare, di superare un contesto teorico «*legato all'istituzione della monarchia. Essa si è instaurata nel Medioevo sullo sfondo delle lotte permanenti fra i poteri feudali preesistenti. Si è presentata come arbitro, come potere di far cessare la guerra, di porre termine alle violenze, alle esazioni, di dire "no" alle lotte e alle liti private. Si è resa accettabile dandosi un ruolo giuridico e negativo, che ha beninteso sopravanzato subito. Il sovrano, la legge, l'interdizione tutto ciò ha costituito un sistema di rappresentazioni del potere che è stato in seguito trasmesso dalle teorie del diritto: la teoria politica è rimasta ossessionata dal personaggio del sovrano. Queste teorie pongono tutte ancora il problema della sovranità*» (p.15); in realtà, infatti, «*lo Stato è sovrastrutturale in rapporto a tutt'una serie di reti di potere che passano attraverso i corpi, la sessualità, la famiglia, gli atteggiamenti, i saperi, le tecniche, ecc., e questi rapporti sono in una relazione di condizionante-condizionato nei confronti di una specie di metapotere che è strutturato per l'essenziale intorno ad un certo numero di grandi funzioni d'interdizione*» (p.16).

solo attraverso un reticolo di relazioni, e che diventa visibile solo mediante la docilità e la sottomissione di coloro sui quali, in silenzio, esso si esercita»⁴⁴.

«A seguirne le tracce», Foucault ritrova gli stessi «dispositivi disciplinari [...] nelle comunità religiose», «regolari» o «spontanee», del Medioevo, «isolotti» di «ricerche disciplinari»⁴⁵, poi applicate nelle «colonizzazioni» disciplinari, fino al «terzo tipo di colonizzazione», ovvero alla «colonizzazione interna dei vagabondi, dei mendicanti, dei nomadi, dei delinquenti, delle prostitute e così via che ha dato origine all'intero sistema di internamento»⁴⁶.

Ad esso sarebbe stato specificamente dedicato “Sorvegliare e punire”, pubblicato poco più di un anno dopo il corso al Collège de France sul potere psichiatrico.

Nelle pagine conclusive del lavoro, Foucault, riferendosi ai «giudici», afferma che «il loro immenso “appetito di medicina” che si manifesta incessantemente - dall'appello agli esperti psichiatri fino all'attenzione alle chiacchiere della criminologia - esprime il fatto più importante: il potere che essi esercitano è stato “snaturato”»⁴⁷.

La valutazione, evidentemente critica, posta in termini di «chiacchiere» è riferita da Foucault alla criminologia che si afferma «nel secolo XIX» quando l'«uomo», scoperto nel «criminale» in occasione della «protesta contro i supplizi» che «troviamo ovunque, nella seconda metà del secolo XVIII», diventa «il bersaglio dell'intervento penale, l'oggetto ch'esso pretende di correggere e di trasformare, il campo di tutta una serie di scienze pratiche e specifiche - “penitenziarie”, “criminologiche”»⁴⁸.

Sulla premessa, assolutamente condivisibile, della «protesta contro i supplizi», ad essa, dunque, è stato attribuito un potere «“snaturato”».

Rischierebbero, tuttavia, di avere un esito del tutto analogo l'integrazione del «discorso dei giuristi» con una «scienza sociale» che, contrariamente a quanto proponeva Alessandro Baratta, non sia limitata entro l'«ambito della correttezza logico-argomentativa e della discrezionalità valutativa al giurista attribuita [...] dal sistema giuridico-politico», o il «finalismo della politica criminale» senza la «vincolatività del diritto», proposti, invece, come «unità dialettica» da Claus Roxin.

7. Per un fondamento costituzionale dell'idea di ‘scopo’: il compito della scienza giuridica di cercare, trovare e rimuovere ostacoli che limitano «di fatto» libertà, uguaglianza e sviluppo della personalità

È questa, per esempio, la funzione del divieto di trattamenti sanzionatori inumani e degradanti, affermato all'art.3 CEDU nel 1950, ripreso dall'art.5 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 e ampiamente condiviso nelle Costituzioni moderne: anche qualora ne fosse prevedibile con certezza pressoché assoluta l'efficacia politico-criminale per la prevenzione di forme, anche particolarissime, gravissime ed eccezionali, di criminalità, essi resterebbe comunque illegittimi.

Più in particolare, nella stessa prospettiva appare esemplare, nell'ordinamento giuridico italiano, il divieto di perizia di cui all'art.220 co.2 c.p.p. che, dopo oltre 50 anni, ha riproposto, pressoché immutata, la analoga disposizione di cui all'art. 314 co.2 del codice di procedura penale del 1930: «salvo quanto previsto ai fini della esecuzione della pena o della misura di sicurezza» il divieto di perizia «per stabilire [...] il carattere e la personalità

⁴⁴ FOUCAULT, *Il potere psichiatrico*, cit., p.30-32.

⁴⁵ FOUCAULT, *Il potere psichiatrico*, cit., p.68-70.

⁴⁶ FOUCAULT, *Il potere psichiatrico*, cit., p.75.

⁴⁷ FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione* (1975), Torino, 1993, p.336.

⁴⁸ FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, cit., p.79 s.

dell'imputato e in genere le qualità psichiche indipendenti da cause patologiche» si risolve in una censura del contributo che, nel processo di cognizione, potrebbero fornire scienze ausiliarie evidentemente ritenute ancora non adeguate al necessario rispetto delle esigenze di certezza del sistema penale.

La disposizione è un evidente corollario dell'art.187 c.p.p. che, dedicato all'«oggetto della prova», lo definisce per tre volte in riferimento ai «fatti»: i «fatti che si riferiscono all'imputazione, alla punibilità e alla determinazione della pena o della misura di sicurezza», i «fatti da cui dipende l'applicazione di norme processuali», i «fatti inerenti alla responsabilità civile derivante dal reato» (art.187 co.1, 2 e 3 c.p.p.)⁴⁹.

D'altra parte, a sua volta, l'art.187 c.p.p. sembra corollario immediato della disposizione di cui all'art.25 co.2 Cost che, affermando il principio di legalità in materia penale, ripete il riferimento al «fatto»⁵⁰ precedentemente usato, nella Costituzione, all'art.3 co.2⁵¹.

Ma forse è proprio nel «compito della Repubblica» di cercare, trovare e «rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana» di cui all'art.3 co.2 Cost. il primo fondamento normativo delle «Prospettive dell'idea dello 'scopo' nella teoria della pena» e, in genere, di una scienza integrata del diritto.

⁴⁹ In una analogia prospettiva, sul punto sia consentito il rinvio a SCHIAFFO, *Strafrecht zwischen Wissenschaft und Szientismus. Autoritäre Verirrungen und Falsifizierbarkeit in der Strafrechtswissenschaft*, versione rielaborata e ampliata dell'edizione italiana, Wien-Zurich, 2018, p.107 ss.

⁵⁰ BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Nss. D. I.*, XIX, Torino, 1973, p.7 ss., 82 s.

⁵¹ Sul dibattito che, nell'ambito dell'Assemblea costituente, ha determinato i riferimenti a fattualità ed effettività di cui all'art.3 co.2 Cost. cfr., da ultimo, GROSSI, *La Costituzione italiana quale espressione di un tempo giuridico pos-moderno* (2013), in ID., *L'invenzione del diritto*, Bari, 2017, p.60 ss., 68 ss., secondo cui «il secolo che riscopre la fattualità del diritto ha nelle sessioni della Prima Sottocommissione (ma si può tranquillamente estendere a conclusione alla intera Assemblea) dei riscontri puntualissimi» (p.69, il corsivo è dell'A.).

Cultura giuridica e diritto vivente

Direttivo

Direzione scientifica

Direttore: Giuseppe Giliberti (Università di Urbino)

Co-direttori: Luigi Mari (Università di Urbino), Lucio Monaco (Università di Urbino), Paolo Morozzo Della Rocca (Università di Urbino).

Direttore responsabile

Valerio Varesi (La Repubblica)

Consiglio scientifico

Luigi Alfieri (Università di Urbino), Jean Andreau (ÉHÉSS), Franco Angeloni (Università di Urbino), Antonio Blanc Altemir (Università di Lleida), Alessandro Bondi (Università di Urbino), Licia Califano (Università di Urbino), Maria Aránzazu Calzada González (Università di Alicante), Piera Campanella (Università di Urbino), Antonio Cantaro (Università di Urbino), Donato Carusi (Università di Genova), Francesco Paolo Casavola (Presidente Emerito della Corte Costituzionale), Alberto Clini (Università di Urbino), Maria Grazia Coppetta (Università di Urbino), Lucio De Giovanni (Università di Napoli, Federico II), Laura Di Bona (Università di Urbino), Alberto Fabbri (Università di Urbino), Carla Faralli (Università di Bologna), Fatima Farina (Università di Urbino), Lorenzo Gaeta (Università di Siena), Vincenzo Ferrari (Università di Milano), Paolo Ferretti (Università di Trieste), Andrea Giussani (Università di Urbino), Matteo Gnes (Università di Urbino), Peter Gröschler (Università di Magonza), Guido Guidi (Università di Urbino), Chiara Lazzari (Università di Urbino), Giovanni Luchetti (Università di Bologna), Guido Maggioni (Università di Urbino), Manuela Mantovani (Università di Padova), Valerio Marotta (Università di Pavia), Realino Marra (Università di Genova), Luca Nogler (Università di Trento), Paolo Pascucci (Università di Urbino), Susi Pelotti (Università di Bologna), Aldo Petrucci (Università di Pisa), Paolo Polidori (Università di Urbino), Elisabetta Righini (Università di Urbino), Orlando Roselli (Università di Firenze), Eduardo Roza Acuña (Università di Urbino), Massimo Rubechi (Università di Urbino), Gianni Santucci (Università di Trento), Desirée Teobaldelli (Università di Urbino), Patrick Vlacic (Università di Lubiana), Umberto Vincenti (Università di Padova).

Coordinamento editoriale

Marina Frunzio (Università di Urbino), M. Paola Mittica (Università di Urbino)

redazioneculturagiuridica@uniurb.it

Redazione

Luciano Angelini (Università di Urbino), Chiara Gabrielli (Università di Urbino)

Collaborano con *Cultura giuridica e diritto vivente*

Giovanni Adezati, Athanasia Andriopoulou, Cecilia Ascani, Chiara Battaglini, Alice Biagiotti, Chiara Bigotti, Roberta Bonini, Darjn Costa, Marica De Angelis, Giacomo De Cristofaro, Elisa De Mattia, Federico Losurdo, Matteo Marchini, Marilisa Mazza, Maria Morello, Natalia Paci, Valeria Pierfelici, Ilaria Pretelli, Giulia Renzi, Edoardo A. Rossi, Francesca Stradini.

Referee esterni

Stefano Barbati, Andrea Bonomi, Nerina Boschiero, Antonio Cavaliere, Donato Antonio Centola, Maria Vita De Giorgi, Valentina Fiorillo, Gabriele Fornasari, Paolo Heritier, Orazio Licandro, Angela Lupone, Alessandra Magliaro, Arrigo Manfredini, Felice Mercogliano, Massimo Miglietta, Vania Patanè, Stefano Polidori, Alvise Schiavon, Chiara Scivoletto, Laura Scomparin, Matteo Timiani, Giovanni Battista Varnier.

Cultura giuridica e diritto vivente - Rivista scientifica riconosciuta dall'ANVUR ai fini dell'ASN - è espressione del Dipartimento di Giurisprudenza (DiGiur) dell'Università di Urbino. Lo sviluppo e la manutenzione di questa installazione di OJS sono forniti da UniURB Open Journals, gestito dal Servizio Sistema Bibliotecario di Ateneo. **ISSN 2384-8901**



Eccetto dove diversamente specificato, i contenuti di questo sito sono rilasciati con Licenza [Creative Commons Attribuzione 4.0 Internazionale](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).
