

LUCIO MONACO

SU TEORIA E PRASSI DEL RAPPORTO
TRA DIRITTO PENALE E CRIMINOLOGIA (*)

(*) Questo studio costituisce la prima parte di una ricerca più ampia, nella quale — in relazione alla problematica delle prognosi nella teoria della commisurazione della pena — vengono concretizzate le indicazioni emerse dall'analisi degli aspetti teorici e metodologici del rapporto tra diritto penale e scienze empiriche. Il lavoro è stato pressoché interamente svolto durante un soggiorno di studio presso l'*Institut für die gesamten Strafrechtswissenschaften* dell'Università di Monaco di Baviera. Al Prof. Claus Roxin, direttore dell'istituto, ed alla Alexander von Humboldt-Stiftung, che ha finanziato la ricerca, l'Autore esprime il più sentito ringraziamento.

PARTE I

La teoria del rapporto tra diritto penale e criminologia: in particolare, legislazione penale e scienze empiriche

SOMMARIO: 1. Dal progetto della *Gesamte Strafrechtswissenschaft* di v. Liszt alle teorie dell' 'annientamento', della 'cooperazione', dell' 'integrazione': un reale progresso? — 2. Studio della prassi e costruzione della teoria del rapporto tra diritto penale e criminologia: una precisazione dei concetti, della terminologia e del metodo. — 3. La criminologia quale 'guida e consiglia' della legislazione penale: teoria e metodologia della politica criminale nelle riforme penali del nostro secolo. — 4. Il dualismo tra *fatto* e *valutazione*: un'insuperabile barriera al rapporto tra scienze criminali e prassi della legislazione penale? Sul problema della 'selettività' nel ricorso alla scienza, sui rischi e sulle possibilità del controllo. — 5. Dalla metodologia ai contenuti del rapporto: *quali* conoscenze offre oggi la criminologia, e *quanto* certe? Luci ed ombre nella prospettiva della cooperazione. — 6. Al di là del rapporto tra criminologia e diritto penale: ovvero, criminologia 'critica' e critica della strategia dell'integrazione. — 7. Conclusione: un moderato ottimismo.

1 - Dal progetto della Gesamte Strafrechtswissenschaft di v. Liszt alle teorie dell' 'annientamento', della 'cooperazione', dell' 'integrazione': un reale progresso?

« Lo studio del delitto quale fenomeno etico-sociale, della pena quale funzione sociale, deve ricevere nella nostra scienza l'attenzione cui ha indubbiamente diritto. Il fatto che esistano un' antropologia, una psicologia, una statistica criminale quali discipline autonome, in misura maggiore o minore lontane dalla scienza del diritto penale, è la prova della pesante responsabilità che grava sui penalisti; ma in ciò è anche la ragione dell'attuale

sterilità di quelle discipline. Solo nella collaborazione tra esse e la scienza del diritto penale risiede la possibilità di lottare con successo contro il crimine. In questa lotta è alla nostra scienza che spetta il compito di dirigere » ⁽¹⁾. In questo passo, con cui si chiude il *Marburger Programm*, non compare la parola « criminologia »: ma è appunto a questa che *Liszt* attribuisce il ruolo — allora assai più scomodo e discusso che oggi — di *partner* ed interlocutore privilegiato della scienza del diritto penale ⁽²⁾. Il progetto della *Gesamte Strafrechtswissenschaft* è già tutto scritto, almeno nei contenuti essenziali ⁽³⁾: ed il riconoscimento dell'autonomia nei metodi e negli scopi delle singole discipline che in essa convergono ne è l'inconfondibile fondamento teorico. *Liszt* non propone infatti in alcun modo di 'annettere' al diritto penale la criminologia o qualcuna delle sue scienze 'ausiliarie' ⁽⁴⁾: il ruolo-guida da lui attribuito al penalista non ha altra

(1) F. v. LISZT, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, in: *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, I Band, 1905, 178. « Possa l'immane revisione del nostro codice penale... non trovarci impreparati! »: dell'augurio con cui v. *Liszt* mette la parola « fine » al suo Programma, anche la scienza del diritto penale italiano ha oggi più che mai bisogno.

(2) Cfr. H. v. WEBER, *Die Bedeutung der Kriminologie für die Strafrechtspflege*, in: T. WÜRTENBERGER (Hrsg.), *Kriminologie und Vollzug der Freiheitsstrafe*, 1961, (14 ss.) 14; così da ultimo anche H. SCHÖCH, *Das Marburger Programm aus der Sicht der modernen Kriminologie*, in: *Zeitschrift für die Gesamten Strafrechtswissenschaften* (d'ora in poi: *ZStW*) 94 (1982), (864 ss.) 882. Un riferimento esplicito alla criminologia quale partner del diritto penale si trova invece in: v. LISZT, *Die Aufgabe und die Methode der Strafrechtswissenschaft*, in: *ZStW* 20 (1900) (161 ss.) 166 ss. Non con altrettanta chiarezza, E. FERRI esige che il penalista « fonda » le sue conoscenze con quelle del criminologo, senza ulteriori precisazioni circa il modo in cui ciò debba avvenire: *Sociologia criminale*, 1900, IV Ed., 61 ss. e 919 ss.

(3) Cfr. H. SCHÖCH, *Das Marburger Programm*, cit., 883 s.; H. LEFERENZ, *Rückkehr zur Gesamten Strafrechtswissenschaften?*, in *ZStW* 93 (1981), (199 ss.) 203, con particolare riguardo agli svolgimenti dell'idea di *Gesamte Strafrechtswissenschaft* nell'evoluzione del pensiero Lisztiano (199-210) ed alle sue realizzazioni — poche — nella ricerca scientifica e nella dottrina penalistica (217) ss.)

(4) Cfr. H. LEFERENZ, *Rückkehr*, cit., 210; H. SCHÖCH, *Das Marburger Programm*, cit., 883.

ragion d'essere che la necessità di 'tradurre' acquisizioni e suggerimenti della ricerca empirica in schemi d'azione adeguati alle esigenze ed ai principi di una scienza *normativa*, qual è appunto la scienza del diritto penale.

La strada che egli indica è chiara, ed è quella della *collaborazione*: la sua visione della *gesamte Strafrechtswissenschaft* è sicuramente idonea a garantire il supporto teorico indispensabile ad ogni successivo sviluppo ⁽⁵⁾.

Dalle pionieristiche aperture di *v. Liszt*, molta acqua è passata sotto i ponti del rapporto tra diritto penale e criminologia: molte polemiche sono ormai definitivamente sopite, parte delle antiche diffidenze, almeno talune incomprensioni sembrano finalmente uscite di scena. Domande come quella che il penalista *Birkmeyer* poneva perplesso ai principi del secolo: « Cosa lascia sopravvivere *v. Liszt* del diritto penale? » (« pressoché nulla », rispondeva egli stesso) fanno sorridere, non certo da ieri ⁽⁶⁾. E ad un passato ormai non meno remoto appartengono anche i timori, nella sostanza non troppo dissimili, quali manifestati da *Lange* poco più di 20 anni orsono ⁽⁷⁾.

Vero questo, è altresì chiaro tuttavia — almeno per chi sia pur solo sommariamente informato sugli svolgimenti del dibattito che soprattutto in questi ultimi 15 anni si è andato sviluppando sulle possibilità ed i contenuti di un rapporto realmente proficuo tra diritto penale e criminologia — che sono d'altra parte irreversibilmente lontani anche i tempi in cui, in forma

(5) Cfr. H. MÜLLER-DIETZ, *Grundfragen des Strafrechtlichen Sanktionensystem*, 1979, 80 ss.

(6) K. BIRKMEYER, *Was lässt v. LISTZ vom Strafrecht übrig?*, *Eine Warnung vor der modernen Richtung im Strafrecht*, 1907, 93.

(7) R. LANGE, *Wandlungen in den kriminologischen Grundlagen der Strafrechtsreform*, in: *Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Festschrift zum Hundertjährigen Bestehen des deutschen Juristentages 1860-1960*, Bd. I, 1960, (345 ss.) 345.

più o meno esplicita, soleva porsi il quesito: « Cosa lascia sopravvivere la criminologia del diritto penale? » ⁽⁸⁾.

Che criminologia e diritto penale oggi e per il futuro almeno più prossimo si lascino « reciprocamente sopravvivere », come argutamente scrive *Kaiser* ⁽⁹⁾, può dirsi ormai acquisito — s'intende: relativamente acquisito. Da entrambe le parti, del resto, non è azzardato affermare che la disponibilità al dialogo, e soprattutto: la convinzione della necessità di meglio concretizzarne i risultati, mai è stata così grande. Pur con tutte le difficoltà, i ritardi, le riserve di cui si farà cenno tra poco, l'asse criminologia-politica criminale-diritto penale non sembra aver in nessun momento sperimentato una solidità quale quella di cui gode ai nostri giorini ⁽¹⁰⁾. Il motto: « il diritto penale senza criminologia è cieco; la criminologia senza il diritto penale è priva di scopo » ⁽¹¹⁾ dovrebbe trovare da una parte e dall'altra — salvo forse poche, ben conosciute eccezioni ⁽¹²⁾ — la più

⁽⁸⁾ Da punti di vista diversi, e con diversi punti di arrivo, v. H. KAUFMANN, *Was lässt die Kriminologie vom Strafrecht übrig?*, in: *Juristenzeitung* (d'ora in poi: *JZ*) 1972, 193ss e A. E. BRAUNECK, *Was lässt die Kriminologie vom Strafrecht übrig?*, in: *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform* (d'ora innanzi: *M Schr Krim.*) 1963, 193 ss.

⁽⁹⁾ G. KAISER, *Die Beziehung zwischen Kriminologie und Strafrecht*, in: *Goldammer's Archiv für Strafrecht* (d'ora innanzi: *GA*) 1967, (289 ss.) 314; dello stesso v. anche: *Kriminologie, Ein Lehrbuch*, (d'ora innanzi: *Kriminologie*) 1980, 46 ss., 62.

⁽¹⁰⁾ Così, per molti, G. KAISER, *Kriminalpolitik ohne kriminologische Grundlage? Die Zukunft des Strafrechts und die Wandlungen Kriminologischen Denkens*, in: *Gedächtnisschrift für H. SCHRÖDER*, 1978, (481 ss.), 501.

⁽¹¹⁾ Così H. H. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts, A. T., III Auflage*, 1978, (30 ss.) 32; con accenti simili H. ZIPF, *Kriminalpolitik, Ein Lehrbuch*, 1980, 15: « il diritto penale senza criminologia è lontano dalla realtà, una criminologia senza diritto penale non ha un oggetto né un punto di riferimento sicuro ».

⁽¹²⁾ Com'è facile intuire, il riferimento è alle posizioni della criminologia che si autodefinisce « critica », ovvero « radicale », tra i cui più illustri esponenti sono A. BARATTA in Italia e F. SACK in Germania. Il *labeling approach* — importato in Europa da F. SACK alla fine degli anni '60: *Neuere Ergebnisse der Kriminologischen Forschung aus der USA*, in: *Kriminologische Gegenwartsfragen*, H. 9, 1970,

ampia, convinta adesione. Ciò detto, va subito aggiunto che motti del genere, come spesso accade, non servono tanto a risolvere problemi o situazioni di più o meno acuto conflitto, quanto piuttosto a coprirli: *condicio sine qua non* del consenso con cui può sicuramente contare il motto di cui sopra è la *generalità* dei contenuti che esprime ed ancor più la loro *neutralità* rispetto alla ben complessa 'materia del contendere' ad essi sottesa.

« Sulla necessità di una collaborazione tra le due discipline esiste oggi unanimità »: questa diagnosi di *Detlef Krauss*, certamente uno dei più competenti ad esprimere giudizi in proposito, è vecchia ormai di un decennio, ma può perfettamente sottoscriversi anche oggi ⁽¹³⁾. La *teoria* del rapporto tra diritto penale e criminologia ha una solida base su cui impiantarsi, ed

44 ss.; *Probleme der Kriminalsoziologie*, in: *Handbuch der empirischen Sozialforschung*, Bd. 2, 1969, 961 ss.; *Definition von Kriminalität als politisches Handeln: Der labeling-approach*, in *Kriminologisches Journal*, 1972, 3 ss. — si sviluppa soprattutto negli Stati Uniti attraverso i lavori di sociologi quali F. TANNENBAUM, E. LEMERT, K. T. ERIKSON, J. KITSUSE, H. BECKER, E. GOFFMAN, H. GARFINKEL, per non citare che i più noti. Nel giro di pochi anni questo indirizzo teorico-metodologico e di ricerca ha ricevuto in Europa una diffusione senza precedenti: la nascita de « *La Questione Criminale* » in Italia e del « *Kriminologisches Journal* » in Germania ne è una delle più eclatanti espressioni. Nel frattempo, la letteratura sul tema è già pressoché sterminata. Per i primi orientamenti, si vedano soprattutto i molteplici contributi di A. BARATTA nella *Questione criminale*, il volume di TAYLOR-WALTON-YOUNG: *Criminologia sotto accusa* (trad. it.) 1975, ed infine W. KECKEISEN, *Die gesellschaftliche Definition abweichenden Verhaltens, Perspektiven und Grenzen des labeling-approach*, 1976, soprattutto 34 ss., e W. RÜTER, *Abweichendes Verhalten und labeling-approach*, 1975, soprattutto 19-67, con ampi riferimenti riassuntivi agli sviluppi del dibattito e della ricerca sia in Europa che negli USA (67-107). Ulteriori e più specifiche segnalazioni bibliografiche nel corso della pur breve discussione di alcune tesi della « nuova » criminologia, nel par. 6.

(13) D. KRAUSS, *Kriminologie und Strafrecht*, in: D. GRIMM (Hrsg), *Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaften*, Bd. I, 1973, (233 ss.) 255. Nello stesso senso v., per la più moderna dottrina italiana, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, 1979, 9-10 e P. NUVOLONE, *Criminologia e diritto penale*, in: CANEPA-PARADISO (a cura di), *La criminologia italiana. Insegnamento e ricerca, Quaderni di scienze criminali (ISISC-Siracusa)*, 1982, (187 ss.) 199 s.; in questo stesso volume, v. ancora F. MANTOVANI: *Principio di realtà e scienze criminali*, (237 ss.) 276 ss.

almeno un clima estremamente propizio ad un positivo sviluppo. In che misura essa abbia saputo realmente approfittare di una situazione di partenza così favorevole, è difficile dire: certo è, tuttavia, che avrebbe potuto giovarsene ben più di quanto le sia in concreto riuscito. E tanto più auspicabile sarebbe ciò stato, quando si rifletta che nessuno è in grado di prevedere se e quanto tale consenso sia ancora destinato a durare ⁽¹⁴⁾.

Gli sviluppi della teoria del rapporto tra diritto penale e criminologia non devono essere dettagliatamente ripercorsi e discussi in questa sede ⁽¹⁵⁾. Vero è, peraltro, che la complessità di un tale oggetto d'indagine sarebbe comunque bel lontana dal richiedere fiumi d'inchiostro o straordinari sforzi di investigazione. Da quando il « giovanile ottimismo » della scuola criminale-antropologica di *Lombroso* ha smesso di « gettare a mare tutto il diritto penale in quanto disciplina giuridica », e penalisti come *Binding* hanno cessato — per converso — di erigere le loro maestose « costruzioni dottrinarie » senza nominare una sola volta la parola 'Criminologia' ⁽¹⁶⁾, è sufficientemente

⁽¹⁴⁾ La collaborazione con il diritto penale viene infatti posta seriamente in discussione non soltanto dalle nuove correnti della criminologia critica, bensì da una ampia gamma di punti di vista e concezioni — di ordine politico, sociologico, psichiatrico — il cui punto di arrivo comune è la richiesta, esplicita o no, di « abolire » il diritto penale. In questo senso v. soprattutto A. PLACK, *Plädoyer für die Abschaffung des Strafrechts*, 1974, soprattutto 291 ss. (« Come è possibile fare a meno del diritto penale »), e 364 ss., dove si prospettano talune generalissime strategie di prevenzione del crimine e le linee fondamentali di un sistema di misure di difesa sociale (380 ss.). Una pacata discussione di questi orientamenti è stata di recente fatta da H. SCHULTZ, *Abschied vom Strafrecht?*, in: *ZStW* 92 (1980), 611 ss., con particolare riguardo all'analisi dei nessi tra crisi della politica criminale e crisi di legittimazione del diritto penale (620 ss.).

⁽¹⁵⁾ Per una dettagliata analisi degli sviluppi di questo dibattito in Italia, soprattutto dal dopoguerra agli anni '60, v. G. VASSALLI, *Criminologia e giustizia penale*, ora in: *Appunti di criminologia*, a cura di F. FERRACUTI, 1970, (7 ss.) in particolare 14 ss.

⁽¹⁶⁾ Così, efficacemente, MAURACH-ZIPF, *Strafrecht, A. T., Teilband 1*, 6. Auflage, 1983, 35-6.

acquisito che diritto penale e criminologia non possono ignorarsi o pretendere di annientarsi a vicenda. D'altra parte, prospettare *sic et simpliciter* una « riunificazione » dovrebbe sembrare quanto meno prematuro « se essa piuttosto che chiarire non voglia invece nascondere » la realtà dei problemi ⁽¹⁷⁾.

Almeno a questo livello di costruzione, la teoria del rapporto tra diritto penale e criminologia non ha avuto davvero bisogno di superarsi. Da quando *Maurach* scriveva che non si tratta di perseguire a tutti i costi un'« irraggiungibile sintesi » e preoccuparsi invece di instaurare tra le due discipline un fattivo rapporto di reciproco « completamento » ⁽¹⁸⁾, un rapporto che *Leferenz* amava definire di « *Partnerschaft* » ⁽¹⁹⁾, non è davvero accaduto gran che. Aggiornando dopo 25 anni il manuale del suo Maestro, *Zipf* non ha alcun bisogno di rivedere più o meno massicciamente il paragrafo che concerne i rapporti del diritto penale con la criminologia: può limitarsi a parlare esplicitamente di « cooperazione », con la consapevolezza di non esporsi con ciò al rimprovero di semplificare l'oggetto della sua esposizione o — peggio — tacerne i più recenti sviluppi ⁽²⁰⁾.

Non è certo « una qualche ' integrazione ' (?) » né l'« eliminazione » di conflitti quanto agli scopi ed ai metodi di cui ciascuna delle due discipline si serve, ciò che può consentire un reale progresso, bensì invece la puntuale conoscenza delle divergenze metodologiche e dei conflitti nella scelta degli obiettivi di ricerca, oltre che — ovviamente — delle ragioni che

(17) G. KAISER, *Die Beziehungen zwischen Kriminologie und Strafrecht*, cit. n. 9, 299; nello stesso senso v. anche H. GÖPPINGER, *Kriminologie*, IV Auflage, 1980, 14 s. e D. KRAUSS, *Kriminologie und Strafrecht*, cit. n. 13, 255.

(18) R. MAURACH, *Deutsches Strafrecht, A. T., II Auflage*, 1958, 29; l'ansia di sintesi viene ironicamente definita da G. KAISER « social-romantica »: *Stand und Entwicklung der Kriminologischen Forschung in Deutschland*, 1975, 14.

(19) H. LEFERENZ, *Aufgaben einer modernen Kriminologie*, 1967, 7.

(20) MAURACH-ZIPF, *Strafrecht, A. T.*, cit. n. 16, 35.

tali divergenze e conflitti sottendono ⁽²¹⁾: con questa precisazione la teoria del rapporto tra diritto penale e criminologia raggiunge — *hic et nunc* — l'apice delle sue concrete potenzialità conoscitive. Che essa abbia compiuto, almeno negli ultimi anni, sostanziosi passi in avanti, sarebbe tuttavia azzardato affermare ⁽²²⁾. Se il passaggio dalla teoria della ' sintesi ' o dell' ' integrazione ' a quella della ' cooperazione ' o ' completamento ' abbia significato un reale progresso, e *quale* questo eventualmente sia, sarebbe poco fruttuoso discettare in astratto: una verifica almeno tendenzialmente efficace non può che avvenire sul piano della *prassi* del rapporto tra diritto penale e criminologia. Nei limiti di cui tra breve si dirà, una tale verifica deve essere appunto qui appresso tentata.

2. Studio della prassi e costruzione della teoria del rapporto tra diritto penale e criminologia: una precisazione dei concetti, della terminologia e del metodo.

Tra i fattori maggiormente disfunzionali innanzitutto alla chiarezza del dibattito su: diritto penale e criminologia (o anche, da un punto di vista più generale: scienze sociali) e disfunzionali in secondo luogo alla proficuità dei risultati del dibattito stesso, è certamente la disinvoltura, talvolta la trascuratezza nell'uso di termini in nessun modo inequivoci quanto all'ambito

⁽²¹⁾ D. KRAUSS, *Kriminologie und Strafrecht*, cit. n. 13, soprattutto 255-6. Verificata la « possibilità di un punto d'incontro » tra diritto penale e criminologia (328), P. NUVOLONE concludeva, già diversi anni orsono, per la « complementarietà necessaria tra scienza del diritto penale e scienze criminologiche », sulla base di una chiara delimitazione delle rispettive zone di competenza: *Diritto penale e criminologia*, in: *Scritti in onore di V. MANZINI*, 1954, 341 e 330 ss.

⁽²²⁾ Come acutamente sottolinea G. KAISER, espressioni quali « *Ergänzung* » (completamento) sono null'altro che « formule vuote », con uno « spazio di manovra » non inferiore a quello implicito in termini come « sintesi » e simili: *Die Beziehungen zwischen Kriminologie und Strafrecht*, cit. n. 9, 299-300.

di significanza ed ai contenuti che di volta in volta sono suscettibili di assumere ⁽²³⁾. Quando si fa notare che soprattutto l'espressione 'scienze sociali' è stata addirittura utilizzata — sarebbe bene precisare: almeno negli ultimi venti anni di questa discussione — secondo la regola (implicita): scienze sociali sono quelle discipline che si occupano di « tutto ciò che le scienze giuridiche hanno finora del tutto trascurato, ovvero hanno curato solo in parte o semplicemente in modo sbagliato », si esprime un giudizio che pecca forse per eccesso, ma si compie opera di denuncia sacrosanta e necessaria ⁽²⁴⁾.

In particolare, se c'è una disciplina che non può permettersi il lusso di funzionare da 'bacino di raccolta' dove secondo opportunità o convenienza possano 'parcheggiarsi' metodologie ed obiettivi di ricerca dei più vari e incontrollabili, questa è senza alcun dubbio la criminologia. Con chi invita perciò a non prendere neanche sul serio, in questo dibattito già tutt'altro che semplice, chi 'dimentichi' di definire i concetti con cui lavora, o di precisare i contenuti dei termini di cui si serve, non può che convenirsi, e regolarsi perciò di conseguenza ⁽²⁵⁾.

Il quesito che qui si vuole porre circa la *prassi* del rapporto tra diritto penale e criminologia concerne:

a) da una parte, il problema del *se, come ed in che misura* la criminologia sia presente nel lavoro di produzione delle leggi

⁽²³⁾ V. in particolare W. NAUCKE, *Über die Zusammenarbeit zwischen juristen und Rechtssoziologen*, in: *Die Funktion des Rechts in der modernen Gesellschaft, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Bd. 1, 1970 (492 ss.), dove si denuncia esplicitamente che « in questa discussione non sempre si lavora con concetti ed obiettivi di ricerca chiari; ciò diminuisce per entrambe le parti contenuto e valore dei risultati della discussione » (492); sulla genericità dei termini su cui si articola il dibattito tra giuristi e sociologi, v. anche 494-5.

⁽²⁴⁾ Così M. WALTHER, *Wissenschaftstheoretische Probleme und Perspektiven der Integration: zur Präzisierung des Verhältnisses von (Straf-) Rechtsdogmatik und Sozialwissenschaften*, in: *Kriminologisches Journal* (d'ora innanzi: *Krim J.*) 1981, (185 ss.) 185-6.

⁽²⁵⁾ W. NAUCKE, *Über die juristische Relevanz der Sozialwissenschaften*, 1972, 13 n. 13.

penali. Intendendo per criminologia, secondo una definizione largamente accreditata: « L'insieme ordinato delle conoscenze empiriche sul delitto, sul delinquente, sulle condotte socialmente devianti e sul modo di controllarle » ⁽²⁶⁾, ed intendendo qui per legislazione penale non soltanto — com'è ovvio — il risultato, bensì soprattutto il *processo* costituzionalmente definito di formazione delle leggi, nelle sedi che ad esso sono proprie ⁽²⁷⁾.

b) dall'altra parte, poi, si fa riferimento al problema del *se, come ed in che misura* la criminologia sia presente nell'attività di *applicazione* delle leggi penali, volendo con ciò centrare qui l'attenzione in particolar modo sulla *dommatica* giuridico-penale. Mai come per questa espressione, è d'obbligo una succinta precisazione.

'Produttori' di dommatica giuridico-penale sono, incontestabilmente, sia la scienza del diritto penale che la giurisprudenza ⁽²⁸⁾: qui di seguito sarà perciò necessario articolare la discussione sia in relazione all'una che all'altra. In quanto produttori di dommatica, il loro compito consiste nel rendere disponibili i principi necessari all'elaborazione sistematica del materiale normativo e le regole indispensabili alla sua concreta utilizzazione ⁽²⁹⁾: in questo senso, il lavoro dommatico serve a ridurre la distanza tra l'inevitabile 'astrattezza' della fattispecie

⁽²⁶⁾ G. KAISER, *Kriminologie*, cit. n. 9, 3; H. GÖPPINGER, *Kriminologie*, cit. n. 17, 1-2. Per una definizione più ristretta v. invece H. MANNHEIM, *Vergleichende Kriminologie*, trad. dalla II ed. 1966, 1973, Bd. 1, 1.

⁽²⁷⁾ W. NAUCKE, *Über die juristische Relevanz*, cit. n. 25, 23 ss.

⁽²⁸⁾ V. soprattutto W. HASSEMER, *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, 1974, 146 s.

⁽²⁹⁾ V. ancora W. HASSEMER, *Strafrechtsdogmatik*, loc. ult. cit. Più in generale, sulle funzioni del lavoro dommatico e sulla sua indispensabilità per la produzione di « regole applicative » capaci di svincolare la soluzione dei conflitti « dal livello del mero argomento del caso di specie » e riportarla invece in un contesto di « Standard-Kriterien » adeguati allo « scopo dell'istituzione » in cui si regola il conflitto stesso (524), v. J. ESSER, *Dogmatik zwischen Theorie und Praxis*, in: *Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen, Fest. für L. Raser*, 1974, (517 ss.) 522 ss.

normativa e l'estrema 'concretezza' del singolo caso di specie ⁽³⁰⁾. Quella dommatica è perciò essenzialmente attività selettiva — « secerne ciò che è importante e dimentica tutto quanto sia irrilevante » — e persegue obbiettivi di guida e di controllo dell'attività di risoluzione giudiziale dei conflitti: fondamentale in sede di *motivazione*, essa è indubbiamente rilevante anche nella ben più oscura e delicata fase della *decisione* nel merito delle questioni ⁽³¹⁾.

Se ed in che misura la criminologia sia in grado di contribuire allo svolgimento di questo lavoro, o se piuttosto sia soltanto in grado di complicarlo con i suoi punti di vista fondamentalmente extrasistematici e le sue metodologie empiricamente orientate, costituisce dunque l'altro versante di una discussione che soprattutto a questo riguardo si sviluppa da anni all'insegna di una vivacità e di un accanimento che non sempre hanno consentito di discernere la polemica per la polemica, le battaglie c.d. di principio, dai reali terreni di confronto, di collaborazione o di scontro ⁽³²⁾. Se ritardi e insufficienze hanno

⁽³⁰⁾ W. HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 1981, (185 ss.) 185; K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, IV Auflage, 1979, 204 ss.

⁽³¹⁾ W. HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, cit. n. 30, 186. In tal modo la dommatica presta un contributo essenziale alla « stabilizzazione » del lavoro di applicazione del diritto, assicurando di volta in volta la reciproca « compatibilità » delle soluzioni via via elaborate: J. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 1970, 103 ss. Sul problema della divaricazione tra *Herstellung* e *Darstellung* (motivazione reale — motivazione ufficiale) delle decisioni giudiziali v. da ultimi KOCH-RÜSSMANN, *Juristische Begründungslehre*, 1982, 115 ss., con particolare riferimento alle tesi espresse in proposito da N. LUHMANN, *Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung*, 1966, 51 ss. e J. ESSER, *Vorverständnis*, cit., cap. IX, 205 ss.

⁽³²⁾ Un recente esempio di grande impegno polemico in cui non sempre è agevole scorgere gli intenti costruttivi che lo sorreggono è il lavoro di F. SACK su: *Die Chancen der Kooperation zwischen Strafrechtswissenschaft und Kriminologie - Probleme und offene Fragen*, in: K. LÜDERSSEN-F. SACK, *Seminar: Abweichendes Verhalten II, Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität, Bd. 1, Strafgesetzgebung und Strafrechtsdogmatik*, 1975, 386 ss. Su questo lavoro di F. SACK si avrà modo di discutere in seguito.

frenato la costruzione della prassi di un proficuo rapporto tra diritto penale e criminologia, come è davvero difficile negare, una non infima fetta di responsabilità va su questo conto; il resto, che non è comunque cosa da poco, si connette invece a problemi di ben altra natura e spessore.

Obiettivo di questo lavoro non vuole essere una riflessione meramente teorica sul rapporto tra diritto penale e criminologia. Che una teoria debba esserci, è del tutto scontato. Non è affatto scontato invece quale sia la metodologia più adeguata a costruirne una che fomenti e fruttifichi la prassi di questo rapporto. L'esperienza degli ultimi anni dimostra che, almeno nelle linee essenziali, un consenso abbastanza generalizzato è raggiungibile sul terreno teorico. Tale esperienza dimostra anche, però, che la traduzione di questa 'comunità d'intenti' dalla teoria alla prassi del rapporto tra le due discipline è e rimane una meta tutt'altro che a portata di mano ⁽³³⁾.

Attraverso lo studio della *prassi* del rapporto tra diritto penale e criminologia, enucleare i fondamenti di una *teoria* almeno un po' più differenziata e un po' più ricca di contenuti di quanto oggi essa non sia: questo l'obiettivo della presente ricerca e questa la prima direttiva metodologica cui essa intende attenersi ⁽³⁴⁾.

Seppur così limitata, un'indagine che si proponga un obiettivo del genere si esporrebbe tuttavia quanto meno a due

⁽³³⁾ Come sottolinea ancora di recente H. JÄGER, nonostante tutti gli sforzi e l'accanita discussione che ormai senza soluzione di continuità si va svolgendo tra giuristi e criminologi, « le scienze criminologiche continuano a restare fuori le porte della giurisprudenza »: *Kriminologie im Strafprozess*, 1980, 7.

⁽³⁴⁾ Per questa metodologia v. in particolare H. JÄGER, *Veränderung des Strafrechts durch Kriminologie? Ansätze zur Konkretisierung interdisziplinärer Kooperation*, in: *Krim J.* 1976, 98 ss., e già prima W. NAUCKE, *Über die juristische Relevanz*, cit. n. 25, soprattutto 20 ss. A questa scelta metodologica di fondo è anche riconducibile il confronto tra giuristi e criminologi avviato da K. LÜDERSSEN e F. SACK su una nutrita serie di problemi interpretativi ed applicativi del diritto penale positivo: *Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht*, Bd. 1-2, 1980. A taluni contributi si farà riferimento nel corso di questa ricerca.

grossi rischi, distinti per natura, simili per la gravità delle rispettive conseguenze.

Produzione ed applicazione delle leggi penali sono due mondi per molti versi simili ⁽³⁵⁾, per altri invece completamente

(³⁵) Quanto alla somiglianza: *attività di produzione ed attività di applicazione del diritto* hanno molti più aspetti in comune di quanto si è pur a lungo creduto. L'immagine del giudice che sta « tutto dietro la legge, e fa parlare solo ad essa, senza aggiungerle alcunché o cambiarla in una qualsiasi direzione » è crollata da un pezzo, come ribadisce anche da ultimo ARTH. KAUFMANN (*Gedanken zu einer ontologischen Grundlegung der juristischen Hermeneutik*, in: *Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart, Festsch. für H. Coing*, 1982, (537 ss.) 537). Con essa è crollato anche « il dogma del genuino positivismo giuridico circa l'assenza di lacune nell'ordinamento giuridico » ed è divenuto assai più problematico « il connesso divieto per il giudice di creare diritto » (538). Le cose sono in realtà parecchio più complicate. È ormai abbastanza acquisito, da una parte, che sempre, anche nei casi di c.d. normale amministrazione, il ruolo del giudice non è mai solo « riproduttivo », bensì anche « creativo »: la premessa indispensabile del sillogismo giudiziale è infatti che « la legge sia stata resa, attraverso l'interpretazione, suscettibile di essere applicata e che il fatto materiale sia stato reso, attraverso la costruzione, suscettibile di essere sussunto » (538). Per tutto ciò non serve dunque un giudice che — secondo la felice espressione di ENCISCH — « spenga il suo Io » dietro la legge (*Wahrheit und Richtigkeit im juristischen Denken*, 1963, 22), bensì invece un giudice cosciente della qualità del suo ruolo, e disposto perciò ad « impegnare » sé stesso e la sua personalità (ENCISCH, op. loc. cit.) nel lavoro di applicazione/creazione del diritto. E tanto meglio potrà riuscirci quanto più sia consapevole dell'insopprimibilità del suo contributo « personale » alla decisione (contributo talvolta addirittura « decisivo »; G. HASSOLD, *Strukturen der Auslegung*, in: *Festsch. für K. Larenz*, 1983, (211 ss.) 216) e quindi tanto più disposto a rimettere continuamente in discussione i pre-giudizi ed i pre-concetti che tale contributo inevitabilmente accompagnano (ARTH KAUFMANN, *Richterpersönlichkeit und richterliche Unabhängigkeit*, in: *Festsch. für K. Peters*, 1974, (295 ss.) 303). Naturalmente, il lavoro di applicazione della legge presuppone appunto che questa ci sia, e non è certo il giudice colui che l'ha prodotta: la legge — e quindi le parole che la compongono — costituisce dunque un confine che è vietato al giudice oltrepassare. Anche a prescindere dal fatto che questo confine è talvolta così esteso che è pressoché impossibile uscirne (per tutti, W. NAUCKE, *Über Generalklauseln und Rechtsanwendung im Strafrecht*, 1973, passim e cfr. da ultimo *Jakobs, Strafrecht, A. T.*, 1983, 60 ss.) è vero in ogni caso che « i limiti del senso letterale possibile sono anche i limiti dell'interpretazione possibile », e che dunque deve necessariamente operarsi una « scelta di significato » (R. ZIPPELIUS, *Auslegung als Legitimationsproblem*, in: *Festsch. K. Larenz*, cit., (739 ss.) 743 e 744-5). Il che richiede ancora una volta una metodologia ed una teoria dell'interpretazione (cfr. ZIPPELIUS, op. cit., 746 ss.): le quali saranno prescelte ed applicate dal giudice, che inevitabilmente finisce per essere 'almeno un po'' legislatore.

diversi ⁽³⁶⁾. Diversi, ovviamente, quanto ai soggetti che in essi vivono e agiscono: ed innanzitutto quanto alle modalità di selezione degli stessi. Produzione ed applicazione del diritto impongono regole e metodologie di lavoro diverse, per taluni aspetti antitetiche; la qualità e il contenuto dei problemi con cui ciascuna di queste attività viene inevitabilmente a confronto hanno spesso ben poco in comune ⁽³⁷⁾. Produttori ed operatori del diritto hanno perciò certo una mentalità per tanti versi diversa, ma, ciò che più conta, hanno un rapporto strutturalmente diverso con il comune oggetto del rispettivo lavoro, cioè appunto col diritto ⁽³⁸⁾.

⁽³⁶⁾ Particolarmente chiara la differenza tra giurisprudenza e legislazione con riferimento alla *struttura* del rispettivo lavoro: la giurisprudenza infatti: a) tratta sempre e solo « casi specifici », b) sul presupposto dell'esistenza di una norma, c) in base alla quale si soluziona un « conflitto » (così, con grande chiarezza, P. NOLL, *Von der Rechtsprechungswissenschaft zur Gesetzgebungswissenschaft*, in: *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Bd. II, 1972, (524 ss.) 524). La giurisprudenza, perciò, « decide sempre o su cose già in precedenza decise o su cose non già decise, ma allora solo in singoli casi » (NOLL, op. loc. ult. cit.): per questo lavoro essa non può fare assolutamente a meno di una dommatica, dommatica che è invece « impensabile » per il lavoro legislativo (NOLL, op. ult. cit., 525). Di P. NOLL vedi anche *Zusammenhänge zwischen Rechtssetzung und Rechtsanwendung in allgemeiner Sicht*, in: *Zeitschrift für schweizerisches Recht* 1974, II, 249 ss. Cfr. infine W. NAUCKE, *Strafrecht, Eine Einführung IV Auflage*, 1982, 17-19.

⁽³⁷⁾ V. soprattutto P. NOLL, op. cit. n. 36.

⁽³⁸⁾ In un sistema giuridico ancorato al principio della divisione dei poteri, soltanto per il legislatore la legge è — almeno tendenzialmente — *disponibile*, con tutti i vantaggi e gli svantaggi che ciò comporta. Quanto ai vantaggi: 1) nella società del nostro tempo, « la cui complessità è in continuo, rapido aumento », la possibilità — teoricamente illimitata — di « cambiare » il diritto positivo è la miglior garanzia — se di garanzia si può parlare — di soluzioni giuridiche costantemente aggiornate alla realtà dei problemi cui esse sono legate (N. LUHMANN, *Rechtssoziologie*, Bd. I, 1972, 190); 2) l'attribuzione al legislatore di una competenza *esclusiva* al cambiamento della legge, ed il connesso principio del vincolo del giudice alla legge — per lui questa è appunto un « dato » — sono premesse indispensabili nella prospettiva della « certezza » del diritto: in particolare, per la prevedibilità delle singole decisioni e per la controllabilità delle stesse (W. HASSEMER, *Rechtssystem und Kodifikation, Die Bindung des Richters an das Gesetz*, in: KAUFMANN-HASSEMER, *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 1977, (72 ss.) 80). Quanto agli svantaggi: 1) per colui che applica la legge:

Il problema del rapporto tra diritto penale e criminologia non può essere posto in modo unitario per la legislazione e per l'applicazione delle leggi penali: devono invece differenziarsi metodologie ed obiettivi di ricerca. Il primo rischio di un'indagine che voglia abbracciare un campo di investigazione così ampio è dunque chiaro: frammentarsi in troppe direzioni, settorializzandosi — forse — fino a smarrire l'unitarietà dell'analisi e dell'interesse conoscitivo che la stimola. Il secondo rischio è quello esattamente uguale e contrario: inquadrare attraverso lenti simili oggetti di ricerca strutturalmente diseguali, minimizzandone o talvolta ignorandone la specificità dei problemi e delle tecniche più idonee ad affrontarli. Rischi del genere possono essere evitati, o almeno contenuti, soltanto centrando l'indagine su un campo di ricerca più ristretto, e soprattutto omogeneo.

3. La criminologia quale « guida e consigliera » della legislazione penale: teoria e metodologia della politica criminale nelle riforme penali del nostro secolo.

Principalmente — ma non solo — la lunga, tradizionale frequentazione dei problemi connessi all'applicazione delle leggi ha condotto la scienza del diritto prima a trascurare, poi quasi

« *summum jus summa iniuria* » è un rischio antico, cui tuttavia non si potrà non essere esposti ogni qualvolta le particolarità del caso concreto lascino apparire appunto « ingiusta » la soluzione dettata in via « generale ed astratta » (almeno per il diritto penale, il fatto di « sapere dietro di sé il possibile correttivo per via legislativa » non è per nulla garanzia, come ritiene invece LUHMANN — *Rechtssoziologie*, cit. *Bd.* 1, 203 — di « sviluppi giuridici più audaci », bensì forse il contrario); 2) per la scienza del diritto: la necessità di lavorare su un oggetto in continuo cambiamento, con tutti i non pochi problemi che ciò comporta per la sistematicità e la coerenza complessiva dei suoi risultati (con le parole di v. KIRCHMANN: « il sole, la luna e le stelle brillano oggi come centinaia di anni fa » (14) e le leggi giuridiche invece cambiano incessantemente: « in tutta la sua determinatezza, la legge positiva resta puro arbitrio » (22); « *drei berichtigende Worte des Gesetzgebers und ganze Bibliotheken werden zur Makulatur* » (25); *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft* (1848) rist. 1956).

a dimenticarsi dei tanti ' guai ' del processo di produzione delle medesime: l'eredità di *Filangieri* è pienamente viva e stimolante per tutto il secolo scorso, il ' dopo ' non è davvero prodigo di contributi di altissimo livello ⁽³⁹⁾. Pressocché sola eccezione la dottrina elvetica, che con invidiabile continuità non ha mai lesinato tempo ed energie allo studio della *Gesetzgebungstheorie* ⁽⁴⁰⁾.

Almeno dall'ultimo dopoguerra in poi, la necessità di un fattivo rapporto di collaborazione tra criminologia e prassi della legislazione penale è assolutamente indiscussa: e sarebbe stato ben strano ove così non fosse stato.

« L'esatta, giusta regolamentazione può solo essere trovata quando la situazione da disciplinare è appunto conosciuta con esattezza », sottolineava *Hans Schultz* a questo riguardo già parecchi anni orsono ⁽⁴¹⁾: per il legislatore — ma lo stesso vale per il giudice — il pericolo maggiore è quello di lasciarsi guidare da punti di vista fondati su esperienze frammentarie, e dunque sostanzialmente « casuali » ⁽⁴²⁾. Ma c'è di più. Oggi come non mai l'esatta conoscenza dell'*Ist-Zustand* — secondo la terminologia di recente riproposta da *Amelung* — è indispensabile

⁽³⁹⁾ V. da ultimi P. NOLL, *Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung*, in *ZStW* 92 (1980), (73 s.) 74-5 e J. DRIENDL, *Zur Notwendigkeit und Möglichkeit einer Strafgesetzgebungswissenschaft in der Gegenwart*, 1983, 5-7; cfr. O. WEINBERGER, *Zur Theorie der Gesetzgebung*, in: MOKRE-WEINBERGER (Hrsg), *Rechtsphilosophie und Gesetzgebung*, 1976, (172 ss.) 175. Ai lavori di JÜRGEN RÖDIG si farà cenno in seguito.

⁽⁴⁰⁾ Per i riferimenti bibliografici meno recenti, v. J. DRIENDL, *Zur Notwendigkeit*, cit. n. 39, 5-6, n. 3 e 4. Quanto alla dottrina moderna, il nome di PETER NOLL è più che sufficiente a testimoniare la qualità della produzione e dell'impegno di ricerca su questo poco esplorato terreno. A taluni dei lavori di PETER NOLL si è già fatto riferimento, ad altri ancora si accennerà nel corso delle pagine seguenti.

⁽⁴¹⁾ *Die Bedeutung der Kriminologie für die Rechtsfindung im Strafrecht*, in: *Rechtsfindung. Beiträge zur juristischen Methodenlehre. Festsch. für O. A. Germann*, 1969, (223 ss.) 225. In precedenza, assai similmente, W. SAUER, *Über den Einfluss der Kriminologie auf die Strafrechtsreform*, in: *MschKrim.* 1957, (105 ss.) 110 s.

⁽⁴²⁾ H. SCHULTZ, op. ult. cit., 226.

per un legislatore che non voglia correre il rischio di lavorare su ' falsi-problemi ' (⁴³). Un rischio, dovrebbe ben saperlo un legislatore accorto, particolarmente temibile proprio nell'area della legislazione penale, dove con inquietante frequenza l'allarme sociale, la paura, insieme ad altre spinte emozionali suscitate e talvolta (non sempre inconsapevolmente) alimentate dai mass-media soprattutto in relazione a determinate fenomenologie criminali, riescono troppo spesso non solo a trovare udienza — com'è necessario che sia, se con ciò si intende che esse vengano « strategicamente » elaborate e canalizzate nei programmi della politica criminale (⁴⁴) — ma anche a determinare la qualità e l'entità della risposta penale in misura spesso proporzionale all'irrazionalità delle risposte stesse (⁴⁵).

(⁴³) K. AMELUNG, *Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung*, in: *ZStW* 92 (1980), (19 ss.) 25

(⁴⁴) Così giustamente, da ultimo K. L. KUNZ, *Die Verbrechensfurcht als Gegenstand der Kriminologie und als Faktor der Kriminalpolitik* in: *MschrKrim.* 1983, (162 ss.) 164 s.; cfr. anche K. AMELUNG, *Strafrechtswissenschaft*, cit., n. 43, 47 ss.

(⁴⁵) Analizzando in base ai risultati di una serie di indagini empiriche le possibilità di controllare gli effetti dell'allarme sociale sulla politica criminale, sottolinea Kunz come la risposta penale è di regola il mezzo meno adeguato a combattere la « paura del crimine » socialmente diffusa (op. cit. n. 44, 170 ss.); sul tema v. anche KERNER, *Kriminalitätseinschätzungen und innere Sicherheit* 1980, soprattutto 90 s., dove si analizza il divario tra opinione comune circa l'aumento della criminalità e valutazioni statistico-criminologiche dell'entità dell'incremento stesso. Sul tema: mass-media e criminalità, con particolare riguardo al problema delle potenzialità sia preventive che criminogene degli strumenti di comunicazione sociale, v. H. ZIPF, *Kriminalpolitik*, cit. n. 11, 181 ss. Per una decisa e circostanziata denuncia della « sensibilità » dimostrata negli ultimi 10 anni dal legislatore italiano verso il c.d. « *Ruf nach Recht und Ordnung* » fomentato dai ricorrenti gravi episodi di criminalità comune e politica, v. soprattutto G. MARINUCCI, *Probleme der Reform des Strafrechts in Italien*, in: *ZStW* 94 (1982), (349 ss.) 351-2-3; cfr. altresì P. NUVOLONE, *La parte generale del Codice Rocco dopo cinquant'anni*, in: *Questione criminale* 1981, fasc. 1: *Il Codice Rocco cinquant'anni dopo*, (39 ss.) il quale di recente ribadisce che, dopo anni di parziali riforme, il risultato è « una miscela di indulgenze indiscriminate e immotivate e di rinnovate durezza che hanno la loro origine in reazioni emotive » (⁴⁶). Per una dettagliata analisi critica degli svolgimenti

La criminologia è in grado di offrire al diritto penale la consulenza di cui questo ha bisogno: in quanto *scienza empirica*, ciò che essa offre sono infatti esperienze « sistematizzate » (⁴⁶). Se è vero che tra le « costanti » dell'odierna teoria della politica criminale è il suo orientamento all'*output* del sistema (⁴⁷), e dunque la necessità di legittimarsi in relazione alle conseguenze — desiderate e non — che questa è in grado di produrre, non può esserci alcun dubbio che la 'merce' offerta dalla criminologia deve essere presa seriamente in considerazione (⁴⁸): il che non significa affatto, ovviamente, che debba essere puramente e semplicemente 'comprata'.

Per una disciplina che da sempre concepisce sé stessa quale scienza *applicata* (⁴⁹), selezionare materiale empirico ed elaborarlo nella prospettiva di una sua corretta utilizzazione corrisponde del resto — in primo luogo nei confronti della politica criminale — ad un'antica, consolidata 'vocazione': una vocazione che solo negli ultimi tempi ha lasciato emergere i segni di un vistoso

della legislazione penale dell'emergenza in Italia, v. F. C. PALAZZO, *La recente legislazione penale*, II Ed., 1982, passim e soprattutto 87 ss.; circa i problemi di costituzionalità che tale legislazione spesso solleva, v. ancora PALAZZO, op. cit., 170 ss., con ulteriori indicazioni bibliografiche.

(⁴⁶) Così H. SCHULTZ, *Die Bedeutung der Kriminologie*, cit. n. 41, 226; per una più dettagliata analisi v. H. Göppinger, *Kriminologie*, cit. n. 17, 97 ss.

(⁴⁷) Sul concetto di *output*, v. soprattutto N. LUHMANN, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, 1974, 25 ss.

(⁴⁸) W. HASSEMER, *Konstanten kriminalpolitischer Theorie*, in: *Festsch. für R. Lange*, 1976, (501 ss.) 510: tra le « costanti » della teoria della politica criminale, qualunque essa sia, è che questa può solo « legittimarsi in base alle sue conseguenze », il che significa: deve prendere atto ed elaborare « le acquisizioni criminologiche circa la genesi e lo sviluppo del crimine e circa le conseguenze fattuali delle scelte di politica della criminalità ».

(⁴⁹) Per tutti, G. KAISER, *Kriminologie*, cit. N. 9, 243 ss. e soprattutto, dello stesso KAISER, *Kriminologie als angewandte Wissenschaft*, in: *Lebendiges Strafrecht, Festgabe für H. Schultz*, 1977, 514 ss., ed in particolar modo 522 ss., dove si analizzano criticamente i settori di ricerca della criminologia applicata e le attuali (poche) possibilità di concreta utilizzazione.

ripensamento ⁽⁵⁰⁾. Che la criminologia rivendicasse il ruolo di « guida e consigliera » della riforma penale, riposava dunque su un fondamento teorico di sicura consistenza: né risulta, per la verità, che qualcuno abbia mai seriamente contestato la legittimità di tale sua aspirazione ⁽⁵¹⁾. Come spesso accade, ciò non implica però in alcun modo che questa abbia potuto effettivamente realizzarsi.

Sotto la spinta della scuola sociologica di v. Liszt nell'area di lingua tedesca e della scuola positiva in Italia — spinta coordinata a livello internazionale soprattutto attraverso l'intensa attività di dibattito e ricerca promossa dalla IKV ⁽⁵²⁾ — il movimento di riforma penale in Europa si trova presto a disporre di un ampio ventaglio di risultati e proposte maturate soprattutto sul terreno della criminologia empirica applicata al

⁽⁵⁰⁾ Il riferimento è, ovviamente, alla « nuova » criminologia, che non soltanto respinge in blocco taluni specifici settori di ricerca — come quello prognostico o quello applicato alle sanzioni — ma pone radicalmente in discussione il principio stesso della collaborazione tra diritto penale e criminologia: a quest'ultima, naturalmente quella « tradizionale », viene rimproverato di adempiere una funzione di mera legittimazione del diritto vigente e di piegarsi pertanto — poco onorevolmente — alle necessità « scientifiche » dello stesso. Su queste posizioni della « nuova » criminologia si dovrà tornare un po' più diffusamente nel prosieguo di questo lavoro. Per ora v. soltanto D. PETERS-K. PETERS, *Theorielosigkeit und politische Botmässigkeit. Destruktives und Konstruktives zur deutschen Kriminologie*, in: *Krim J.* 1972, 241 ss.

⁽⁵¹⁾ Così in particolare modo E. R. FREY, *Die Rolle der Kriminologie als « Führerin und Ratgeberin » der Strafrechtsreform* (1957), ora in: *Kriminalpolitik, Ausgewählte Vorträge und Aufsätze* 1939-1962, 1975, 170 ss.; dello stesso FREY v. già: *Kriminologie, Programm und Wirklichkeit*, in: *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht* 66 (1951), (49 ss.): « La criminologia costituisce la base empirico-scientifica del moderno diritto penale » (69), « criminologia e diritto penale sono oggi inscindibilmente collegate » (70). Al citato lavoro di FREY, *Die Rolle der Kriminologie*, si rinvia per una dettagliata rassegna dei postulati della criminologia di fine anni '50 nella prospettiva della riforma penale (174 ss.).

⁽⁵²⁾ Una precisa analisi del lavoro svolto dalla *Internationale Kriminalistische Vereinigung* (IKV) dal 1889, anno di fondazione in poi è stata condotta di recente da H. H. JESCHECK, *Der Einfluss der IKV und der AIDP auf die internationale Entwicklung der modernen Kriminalpolitik*, in: *ZStW* 92 (1980), 997 ss.

diritto delle sanzioni ⁽⁵³⁾. I numerosi progetti presentati in Germania nei primi decenni del secolo, progetti che recano chiara l'impronta di *v. Liszt* e dei suoi allievi *R. v. Hippel* e *G. Radbruch*, il progetto *Ferri* in Italia — per fare solo gli esempi più noti — sono appunto il frutto per tanti aspetti acerbo nei contenuti, ma per tanti altri tuttora attuale e stimolante di una metodologia di lavoro rigorosamente orientata alla 'scientificizzazione' dell'ormai traballante politica criminale di *fin de siècle* ⁽⁵⁴⁾.

Riforme, come si sa, vennero attuate prevalentemente all'insegna della prudenza, talvolta del compromesso ⁽⁵⁵⁾. Non poche delle richieste e delle proposte per cui si erano tenacemente battuti i nuovi 'sociologi' della criminalità trovarono eco nei lavori di riforma, seppur in tempi e misure diverse nei differenti paesi europei: l'introduzione della condanna condizionale o il

⁽⁵³⁾ V. ad esempio *v. LISZT, Kriminalpolitische Aufgaben*, in: *ZStW* 9 (1889), (452 ss.) 458 ss. Una acuta ricostruzione critica degli svolgimenti e delle proposte operative maturate all'interno dell'intenso dibattito politico-criminale che con particolare intensità animò gli anni a cavallo tra '800 e '900 è stata recentemente fornita da T. PADOVANI, *L'utopia punitiva*, 1981, soprattutto 41 ss. e 79 ss. (« Il quadro delle alternative nel dibattito dottrinale »). V. altresì E. SCHMIDT, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, III Auflage 1965, 307 ss.

⁽⁵⁴⁾ V. H. RÜPING, *Grundriss der Strafrechtsgeschichte*, 1981, 88 ss. ed E. SCHMIDT, *Einführung*, cit. n. 53, 327 ss. Sui caratteri essenziali del Progetto *Ferri* v. F. GRISPICNI, *Diritto penale italiano*, v. I, 1952, 79 e F. MANTOVANI, *Diritto penale*, 1979, 499 ss. In particolare, per quanto riguarda la politica criminale del Programma di Marburgo, è merito di W. NAUCKE aver richiamato l'attenzione del penalista e dello storico sulla necessità di una rilettura un po' più spregiudicata dell'opera del Maestro, una rilettura cioè dichiaratamente finalizzata alla riproblematizzazione del rapporto: garanzia individuale — difesa sociale (e dunque: diritto penale — politica criminale) nella formulazione che Egli vi imprime nell'opera al riguardo più significativa: *Die Kriminalpolitik des Marburgers Programms* 1882, in: *ZStW* 94 (1982), (525 ss.) soprattutto 533 ss. Infine, quanto alla persistente fruttuosità della discussione politico-criminale di quel tempo anche nella prospettiva dell'odierna riforma penale, insuperata resta l'analisi svolta da C. ROXIN: *Franz v. Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurfs*, ora in: *Strafrechtliche Grundlagentheorie*, 1973, 32 ss.

⁽⁵⁵⁾ *v. LISZT*, del resto, aveva ammonito da tempo che cambiamenti non sarebbero stati possibili « senza compromessi »: *Die deterministische Gegner der Zweckstrafe*, in: *ZStW* 13 (1893), (325 ss.) 368.

massiccio assestamento della pericolosità criminale nel sistema delle sanzioni, rappresentano senza alcun dubbio un momento di svolta decisivo nella politica e nella legislazione penale del nostro tempo ⁽⁵⁶⁾. Vero questo, va subito aggiunto che sarebbe tuttavia estremamente azzardato — e gioverebbe del resto ben poco — coltivare l'illusione che l'apporto della criminologia alle riforme penali ante-guerra sia stato nel complesso di effettivo rilievo.

Schöch ha di recente ricordato — non senza amarezza — che in realtà così non è stato, almeno non nell'area giuridica di lingua tedesca: altre ragioni, prevalentemente orientate a scelte normative di politica del diritto e piuttosto poco o soltanto episodicamente connesse ai risultati delle ricerche empirico-criminologiche, furono in verità determinanti per la gran parte degli sviluppi della legislazione penale di quegli anni ⁽⁵⁷⁾. « Di una politica criminale su base scientifico-criminologica non si può davvero parlare » ⁽⁵⁸⁾.

⁽⁵⁶⁾ Come ricorda H. H. JESCHECK, *Der Einfluss der IKV*, cit. n. 52, 1000-1, la condanna condizionale viene « raccomandata » già nel 1° congresso della IKV, svoltosi a Bruxelles nel 1889, e negli anni successivi introdotta in numerose legislazioni penali europee. Su questi sviluppi, e sul dibattito relativo alle misure sospensive in genere, v. soprattutto T. PADOVANI, *L'utopia punitiva*, cit. n. 53, 167 ss. Quanto invece alla pericolosità sociale ed alle « misure » intese a fronteggiarla, v. il preciso quadro storico di recente tracciato da E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva, Profili storici e costituzionali*, 1978, soprattutto 16 ss., cui si rinvia anche per una lucida impostazione della problematica attuale del sistema del « doppio binario »: 165 ss., soprattutto 226 ss. Invece, per una recente presa di posizione sostanzialmente favorevole al sistema binario, v. W. FRISCH, *Das Marburger Programm und die Massregeln der Besserung und Sicherung*, in: *ZStW* 94 (1982), (565 ss.) 574.

⁽⁵⁷⁾ H. SCHÖCH, *Kriminologie und Sanktionsgesetzgebung*, in: *ZStW* 92 (1980), 160. Non a caso, del resto, T. WÜRTENBERGER aveva parlato di « importanti innovazioni legislative » che, dal codice del 1871 in poi, si basavano « in parte inconsapevolmente » sui risultati e le acquisizioni della ricerca criminologica: *Entwicklung und Lage der Kriminologie in Deutschland*, in: *Juristen-Jahrbuch*, G. ERDSIECK, (Hrsg.), 5. Band, 1964-5, (147 ss.) 164.

⁽⁵⁸⁾ Così H. SCHÖCH, *Kriminologie und Sanktionsgesetzgebung*, cit. n. 57, 160. Per una valutazione parzialmente diversa, v. invece F. EXNER, *Kriminologie*, III Auflage, 1949, 281.

Uno studio specifico sull'influenza delle scienze criminali sulla legislazione penale italiana a cavallo dei codici *Zanardelli* e *Rocco* non risulta — almeno a chi scrive — sia stato mai realizzato. È comunque scontato che un influsso — particolarmente evidente nella tipologia legislativa dei delinquenti e nel sistema delle sanzioni — ci fu, e fors'anche più intenso di quanto altrove non sia stato: la *Scuola Positiva* ne fu il filtro e l'instancabile forza propulsrice. Certo, sarebbe ingenuo prendere interamente per buone le valutazioni anche un po' trionfalistiche con cui prestigiosi esponenti di quella Scuola, pur riconoscendo nel codice del '30 i caratteri di un « compromesso », non esitarono tuttavia ad affermare che « in genere tutte le proposte di riforma sostenute dalla scuola positiva hanno ricevuto nel nuovo codice un riconoscimento che va al di là di ogni previsione » ⁽⁵⁹⁾. Ma non è questo che interessa qui sottolineare: ciò che ora importa sono invece due brevi considerazioni.

La prima concerne le istanze di *metodologia* della politica criminale di cui la Scuola Positiva si fa autorevolmente assertrice. La rivolta contro l'impostazione « metafisica » della tradizione classica ⁽⁶⁰⁾ e l'apertura allo studio scientifico del delinquente e della fenomenologia criminale sono temi troppi ampi, e troppo noti, perché possa farsi in questa sede poco più che un accenno: « In realtà, la dogmatica non è che un metodo di esporre con garbo e sistematicamente il diritto vigente », essa può forse

⁽⁵⁹⁾ Così, per esempio, F. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, v. I, 1952, 80 ed 81. Dall'altra parte, però, G. BETTIOL afferma che « la nuova legislazione accetta solo *formalmente* alcuni postulati della scuola positiva, mentre nella sostanza dà loro un significato diverso »: *Diritto penale*, 1982, 45. Per una « disinteressata » valutazione al riguardo, v. invece F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 507 ss.

⁽⁶⁰⁾ L'espressione è di F. GRISPIGNI, *Diritto penale*, cit. n. 59, 69. Allo stesso modo, molti anni prima E. FERRI aveva descritto il progressivo affermarsi delle « dottrine positiviste » in tutti i « campi dello scibile umano » quale reazione agli « eccessi del pensiero metafisico »: *Scuola criminale positiva e filosofia idealista*, in: *Scuola positiva* 1925, I, (1 ss.) 3.

« perfezionarlo » in vista della « *elegantia juris* », ma « non gli fa fare un passo in quanto al contenuto. Il progresso si compie (...) mercé le idee, gli orientamenti che sorgono dall'osservazione e dall'esperienza dei fatti, che per così dire si esprimano dalle ricerche e dai dati delle scienze, che studiano la criminalità come fatto individuale (...) e sociale »⁽⁶¹⁾. Un ponte tra criminologia e diritto penale è gettato: certamente entro i limiti e con i compromessi imposti dai delicati equilibri della politica penale⁽⁶²⁾, tale ponte viene comunque percorso, nel bene e nel male. È questa la struttura che consente un intenso scambio di informazioni e di idee tra scienze criminali e prassi della legislazione penale⁽⁶³⁾.

La seconda considerazione si articola su due diversi punti di vista. Uno di essi concerne la stabilità di questo ponte: in concreto, la sua capacità di sopravvivere al progressivo declino dell'indirizzo penalistico che in tutta l'area giuridica europea ne aveva fomentato l'attuazione, la sua idoneità a tenere aperta la via di un rapporto fin troppo giovane per poter proseguire con sicurezza da solo. L'altro punto di vista riguarda invece la quantità di 'materiale' che effettivamente attraverso questo varco riesce a percorrere tutto il lungo cammino fino all'altra sponda.

(61) Così, con estrema chiarezza, E. FLORIAN, *Dogmatica penale e scuola criminale positiva*, in: *Scuola positiva* 1932, (433 ss.) 455. Similmente, E. FERRI, *Scuola criminale positiva*, cit. n. 60, 6-7.

(62) Da ultimo, ricorda P. NUVOLONE come soprattutto sul terreno della responsabilità penale e delle sanzioni la pur ormai « stanca onda » del dibattito tra scuola classica e scuola positiva impose un pesante compromesso « ideale », da cui scaturirono poi i fin troppo noti effetti: *La parte generale del Codice Rocco*, cit. n. 45, 39-40.

(63) V. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, 497 ss. Una approfondita analisi delle ragioni di incontro e di scontro fra le due scuole penalistiche, con riferimento ai relativi riflessi sulla legislazione, in R. DELL'ANDRO, *Il dibattito delle scuole penalistiche*, in: *Conferenze, Primo corso di perfezionamento per uditori giudiziari*, 1958, Tomo I, 567 ss.

Dal dopo-guerra in poi, la via del dialogo è rimasta certamente aperta: l'impressionante sviluppo della criminologia soprattutto negli ultimi 20 anni — uno sviluppo di cui la sua attuale dimensione accademica, in Italia assai meno che altrove, è eclatante espressione ⁽⁶⁴⁾ — ha certo contribuito non poco ad ampliarne la prospettiva e i contenuti ⁽⁶⁵⁾. Dall'altra parte, però, ancora una volta quanto ai risultati concreti di questo rapporto è necessario fare tutt'altro discorso.

« In nessuna epoca della legislazione penale l'influenza della *gesamten Strafrechtswissenschaft*, ivi inclusa la criminologia, è stato tanto marcata come per le due leggi di riforma » del codice penale tedesco ⁽⁶⁶⁾: un risultato di tutto rispetto, sembrerebbe, nella prospettiva della 'cooperazione'. Le speranze che una simile diagnosi è certamente in grado di accendere vengono prontamente ridimensionate, purtroppo, dalla stessa fonte che le aveva alimentate. L'influenza c'è stata, ed è facile documentarla: nei 20 anni di lavoro delle commissioni di riforma fu costante-

⁽⁶⁴⁾ G. KAISER, che nel 1967 doveva ancora lamentare la « *Randsituation* » della criminologia — quale emergeva nel numero delle cattedre universitarie disponibili e nell'entità dell'offerta didattica complessiva, ma anche nella sua infima partecipazione al lavoro di consulenza e sostegno della legislazione penale (*Die Beziehungen zwischen Kriminologie*, cit. n. 9, 307-8) — può oggi non solo constatare con soddisfazione l'enorme « balzo » che essa ha spiccato quanto alla qualità ed alle dimensioni della ricerca scientifica (*Kriminologie als angewandte Wissenschaft*, cit. n. 49, 514-5) bensì finanche ironizzare sottilmente sulla sua « canonizzazione » quale disciplina di studio universitario (*Kriminalpolitik ohne kriminologische Grundlage?*, cit. n. 10, 484). La situazione in Italia, non florida ma non disperata, è puntualmente delineata nei contributi di G. CANEPA, G. PONTI, P. PARADISO, G. NIVOLI-M. NOEMI SANNA ed U. FORNARI apparsi in: *La criminologia italiana, insegnamento e ricerca*, cit. n. 13, 11-184.

⁽⁶⁵⁾ Con grande lucidità, già 25 anni orsono W. SAUER vedeva soltanto nella progressiva apertura della legislazione penale ai risultati della ricerca criminologica la possibilità di mettere d'accordo esigenze della prassi del diritto penale ed aspirazione di giustizia: *Der Einfluss der Kriminologie auf die Strafrechtsreform* in: *MschKrim.* 1957, (105 ss.) 110.

⁽⁶⁶⁾ Così H. SCHÖCH, *Kriminologie und Sanktionsgesetzgebung*, cit. n. 57 162 V. però anche G. KAISER, *Kriminologie*, cit. n. 9, 316 ss.

mente analizzata e valutata, sia attraverso la partecipazione di studiosi particolarmente qualificati sia attraverso l'acquisizione di specifiche ricerche criminologiche, una massa rilevante di dati ed informazioni empiriche di volta in volta pertinenti ⁽⁶⁷⁾. Di qui a concludere per l'effettività del rapporto tra criminologia e legislazione penale nella riforma tedesca il passo è forse breve: eppure, non sarebbe corretto tirare una conclusione del genere. Molte e soprattutto altre ragioni di politica criminale furono in realtà decisive per le scelte compiute dal riformatore tedesco: punti di vista ed acquisizioni della criminologia alla resa dei conti non ebbero — tranne scarse eccezioni — che un ruolo di secondaria importanza, di conferma o supporto a scelte comunque altrimenti fondate ⁽⁶⁸⁾. I successivi lavori di riforma della legge penitenziaria hanno riproposto ed accentuato questa tendenza al ribasso ⁽⁶⁹⁾: in Germania, la legislazione penale sembra avere al momento 'fornitori' più affidabili, e consigliari più ascoltati, di quelli che la criminologia è in grado di offrire.

⁽⁶⁷⁾ V. ancora H. SCHÖCH, op. ult. cit., 163 ed ivi i riferimenti essenziali alle sedute del *Sonderausschuss* per la riforma penale.

⁽⁶⁸⁾ V. G. KAISER, *Kriminologie*, cit. n. 9, 317 ss.; H. SCHÖCH, *Kriminologie und Sanktionsgesetzgebung*, cit. n. 57, 163. Del resto già nel 1961 v. WEBER, aveva chiaramente denunciato che «soltanto a spezzoni e con grosse lacune vengono integrati nella riforma penale i risultati delle ricerche criminologiche»: *Die Bedeutung der Kriminologie für die Strafrechtspflege*, cit. n. 2, 17-18-19, e pochi anni prima W. SAUER aveva ribadito come troppe discussioni, ed innanzitutto quella concernente gli scopi della pena, si svolgevano pressoché esclusivamente sul piano teorico, trascurando i molteplici apporti che la criminologia era già senz'altro in grado di offrire: *Über den Einfluss der Kriminologie auf die Strafrechtsreform*, cit. n. 65, 110.

⁽⁶⁹⁾ Così SCHÖCH, op. ult. cit., 162; H. SCHÜLER-SPRINGORUM, *Strafvollzug und Strafvollzugsgesetz*, in: *Festsch. für P. Bockelmann*, 1979, (869 ss.) 870-1; dello stesso v. anche *Der Kommissionsentwurf eines Strafvollzugsgesetzes - Wandlungen und Alternativen*, in: EHRHARDT-GÖPPINGER (Hrsg), *Straf- und Massregelvollzug*, 1974, 11 ss.; v. infine G. KAISER, *Begriff, Ortsbestimmung, Entwicklung und System des Strafvollzugs*, II Auflage, 1977, 45.

La situazione italiana non presenta davvero elementi suscettibili di ribaltare la sostanza di questo giudizio: al contrario, l'andamento novellistico della riforma, la mancanza di una coerente visione di politica criminale, il continuo oscillare tra repressione ed indulgenza sono altrettanti fattori — insieme agli altri — assolutamente incompatibili con una corretta ed efficace 'politica del dialogo' con le scienze criminali ⁽⁷⁰⁾. In casa nostra, la via da percorrere è ben più lunga e più irta di ostacoli di quanto altrove non sia. Un bilancio, per quanto parziale possa pur essere, non è davvero esaltante. Certo, sarebbe quanto meno disfattista affermare che l'ormai annoso obiettivo di una « politica criminale sulla base delle scienze criminali » ⁽⁷¹⁾ si è rivelato del tutto impraticabile, ma non c'è alcun dubbio che esso rimane una meta tutt'altro che prossima ⁽⁷²⁾.

(70) Soprattutto G. MARINUCCI aveva denunciato con estrema chiarezza che in assenza di una coerente linea di politica criminale orientata anche alle acquisizioni ormai consolidate delle scienze criminologiche, l'attività legislativa poteva essere guidata solo « da istanze momentanee, irrazionali, e di segno antitetico », in breve: una legislazione espressivamente definita di tipo « schizofrenico » (*Politica criminale e riforma del diritto penale*, in: *JUS* 1974, (463 ss.) 464, cui si rinvia per una lucida impostazione del problema di una riforma penale rispettosa dei valori fondamentali garantiti dalla costituzione ed altresì in linea con le più moderne tendenze, a livello internazionale, della politica criminale e della ricerca criminologica). Per una precisa messa a punto dei problemi e delle concrete possibilità della riforma penale nel nostro paese, v. di recente dello stesso G. MARINUCCI: *Probleme der Reform des Strafrechts in Italien*, in: *ZStW* 94 (1982), 349 ss. Per l'analisi del pericoloso fenomeno del « trasferimento » di competenze politico-criminali dal legislativo al giudiziario — fenomeno manifestatosi con particolare evidenza nelle « novelle » del 1974 e concretizzatosi nel massiccio, costante ampliamento della sfera di discrezionalità in sede applicativa — fondamentale rimane lo studio di A. STILE: *Discrezionalità e politica penale giudiziaria*, in: *Studi Urbinati* 1976-7, 273 ss.

(71) Questo l'obiettivo segnato da MEZGER, come si sa, nell'ormai lontano 1934: *Kriminalpolitik auf Kriminologischer Grundlage*.

(72) V. al riguardo la lucida analisi di G. KAISER, *Kriminalpolitik ohne kriminologische Grundlage? Die Zukunft des Strafrechts und die Wandlungen kriminologischen Denkens*, in: *Gedächtnisschrift für H. Schröder*, 1978, 481 ss., soprattutto 501 ss.

4. *Il dualismo tra fatto e valutazione: un'insuperabile barriera al rapporto tra scienze criminali e prassi della legislazione penale? Sul problema della 'selettività' nel ricorso alla scienza, sui rischi e sulle possibilità del controllo.*

« Rassegnazione ed astinenza »: non può fare alcuna meraviglia che, tramontati gli anni dell'« euforia », ad uno studio sui rapporti tra diritto penale e scienze empirico-sociali venga oggi data una presentazione del genere ⁽⁷³⁾. Nonostante tutto, sarebbe però grave se da entrambe le parti si decidesse di « voltare le spalle e lasciar fare ad ognuno ciò che gli sembra più giusto » ⁽⁷⁴⁾. Per di più, sarebbe questo un *forfait* che si pagherebbe a ben caro prezzo, innanzitutto sul piano della legislazione.

La realtà del rapporto tra criminologia e legislazione penale è assai meno esaltante di quanto pur si aveva ragione di sperare. Soprattutto dove l'impegno più è stato massiccio ed assiduo, la delusione non poteva che essere grande. Bisogna dunque per prima cosa dare atto che chi a questi sviluppi aveva guardato dalla posizione dello « scettico simpatizzante », ha certamente di che compiacersi per aver saputo guardare lontano ⁽⁷⁵⁾. Ma rico-

⁽⁷³⁾ L. BÖLLINGER, *Sozialwissenschaften im Strafrecht: Resignation und Astinenz*, in: *Krim J.*, 1981, 171 ss.

⁽⁷⁴⁾ Dopo aver preso ancora una volta atto di tutta l'enorme distanza che separa penalisti e criminologi chiamati al confronto su temi specifici, è questa una delle possibili conclusioni cui accenna K. LÜDERSSEN, *Kollektive Zurechnung - individualisierende Haftung. Ein « Grundwiderspruch » der modernen Kriminalpolitik?*, in: *Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht*, K. LÜDERSSEN/F. SACK (Hrsg.), Bd. II, 1980, (737 ss.) 743.

⁽⁷⁵⁾ Questa la ben nota posizione assunta soprattutto da W. NAUCKE, *Über die juristische Relevanz*, cit. n. 25, 10 ss. Al riguardo, con accenti critici, v. R. LAUTMANN, *Wie irrelevant sind die Sozialwissenschaften für die Arbeit der Juristen?* in: *Rechtstheorie* 1973, 57 ss. e H. W. SCHÜNEMANN, « Soziale Warnung » und Strafprozess, *Ein Beispiel für die Kontrolle richterlicher Tätigkeit durch Sozialwissenschaften*, in: *Deutsche Richterzeitung* 1976, 369. In particolare, sullo « scettici-

nosciuto questo — come del resto doveroso — bisogna andare avanti, per riflettere sulla lezione e far tesoro dei numerosi insegnamenti.

La scarsezza dei risultati non deve in nessun caso far rimettere in discussione il punto di partenza che è e deve rimanere saldamente acquisito: se c'è un settore delle scienze empirico-sociali dove la prassi della legislazione può attingere materiale di prima qualità, questo è senza dubbio il caso della criminologia: non per nulla un esperto della taglia di *Peter Noll* vede appunto in ciò la prova di come la specializzazione per settori di ricerca costituisca una delle vie più praticabili per instaurare un dialogo duraturo tra scienze empiriche e teoria della legislazione ⁽⁷⁶⁾. Quanto poi alla fruttuosità di questo rapporto, è ancor meno il caso di ridiscutere: l'*Alternativentwurf*, che costituisce probabilmente lo sforzo più globale e significativo di tradurre sul piano normativo punti di vista ed acquisizioni della ricerca criminologica, continua ad essere fonte inesauribile di indicazioni e proposte operative, più che mai attuali ed interessanti nella prospettiva della riforma penale ⁽⁷⁷⁾. La prassi del rapporto tra criminologia e legislazione penale farà bene a cercare altrove le ragioni del suo deficitario bilancio: e non è affatto escluso che, per questa strada, le si offra anche la *chance* di un qualche reale progresso.

smo » circa le possibilità ed i vantaggi della consulenza criminologica nei lavori di riforma penale degli ultimi anni, v. il lineare bilancio tracciato da G. KAISER, *Kriminalpolitik ohne kriminologische Grundlage?*, cit. n. 72, 481 ss. soprattutto 492 ss.

⁽⁷⁶⁾ *Gesetzgebungslehre*, 1973, 41; v. anche H. W. SCHÜNEMANN, *Sozialwissenschaften und Jurisprudenz, Eine Einführung für Praktiker*, 1976, 71 ss.

⁽⁷⁷⁾ Di recente C. ROXIN, dopo aver ricapitolato in 10 « tesi » le linee essenziali della politica criminale dell'*Alternativentwurf* ed averle accuratamente riverificate, conclude che « le esigenze centrali di politica criminale poste a base dell'AE sono, grosso modo, ancor oggi valide », ed auspica perciò che il legislatore penale tedesco voglia presto codificare quanto di esse attende tuttora di essere realizzato: *Zur Entwicklung der Kriminalpolitik seit den Alternativ-Entwürfen*, in: *Juristische Arbeitsblätter* 1980, (545 ss.) 552.

Almeno alcune delle condizioni cui questa *chance* è connessa, e la natura dei relativi problemi, possono essere agevolmente verificate — seppur a volo d'uccello e soltanto a mo' d'esempio — in relazione alla problematica posta da una delle espressioni più concrete che l'asse legislazione penale/scienze empiriche ha finora sperimentato: lo *hearing* di esperti nell'*iter* di formazione della volontà legislativa ⁽⁷⁸⁾.

« Nella politica criminale le istanze legislative sono in generale assai più recettive verso la consulenza scientifica di quanto non lo siano in altri settori della politica »; tale recettività ha però un grosso limite: è inversamente proporzionale alla *valenza ideologica* delle materie di volta in volta oggetto di disciplina ⁽⁷⁹⁾. Alla decisione — e dunque: al confronto — fondato sull'esatta conoscenza dei fatti, può talvolta sostituirsi la decisione esclusivamente orientata ai *principi*, se si preferisce ai *valori*, che con quei fatti sono o si dicono in certa relazione ⁽⁸⁰⁾. Costatazioni di questo genere fanno intravedere con sufficiente chiarezza una prima direzione in cui è necessario indirizzare gli sforzi: in particolare, lasciano emergere almeno due piani di concreto intervento.

1) Anche lì dove attinge al *reservoir* delle scienze criminologiche, o comunque manifesta una seria tendenza in tale senso — in nessuna di queste due situazioni è purtroppo classificabile

⁽⁷⁸⁾ Quanto invece alle vie « indirette », e perciò più sfuggenti, della trasposizione del pensiero scientifico nella prassi della legislazione, particolarmente acuta la descrizione fattane da P. NOLL, *Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung*, in: *ZStW* 92 (1980), (73 ss.) 75-6.

⁽⁷⁹⁾ Così P. NOLL, *Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung*, in: *ZStW* 92 (1980), (73 ss.) 77; dello stesso P. NOLL v. anche *Gesetzgebungslehre*, 1973, 26 ss.

⁽⁸⁰⁾ Limpidamente, P. NOLL, *Wert und Wirklichkeit (Zur Möglichkeit rationaler Wertentscheidung in der Gesetzgebung)*, in: *Recht und Gesellschaft*, Kaulbach-Krawietz (Hrsg), *Festsch. für H. Schelsky*, 1978, (353 ss.) 354; K. D. OPP, *Soziologie im Recht*, 1973, 33 ss. e 126 ss; R. ALEXI, *Theorie der juristischen Argumentation*, 1978, 285 ss.

l'attuale realtà di casa nostra — la legislazione penale agisce, su questo terreno, in modo estremamente *selettivo*: troppo spesso viene deciso, in una delle molteplici istanze istituzionalmente o « informalmente » preposte alla gestione dell'attività legislativa ⁽⁸¹⁾, che è preferibile escludere in tutto o in parte le scienze empiriche dal novero degli ' addetti ai lavori ': è sufficiente, per esempio, che il loro apporto sia semplicemente considerato — per così dire — « inopportuno » ⁽⁸²⁾. Una prima indicazione è dunque palese: bisogna che si cominci a pensare a meccanismi *giuridici* in grado di garantire non tanto — ovvero, pensando alla situazione italiana: non solo ⁽⁸³⁾ — una qualche stabilità del ' rifornimento scientifico ' nella produzione di leggi penali ⁽⁸⁴⁾, quanto piuttosto il controllo del rifornimento « selettivo », nel senso cioè di renderne palesi i criteri di operatività relativi almeno al come ed al quando ⁽⁸⁵⁾.

⁽⁸¹⁾ Circa la natura ed il potere di quello che P. NOLL chiama « il legislatore informale », v. dello stesso: *Gesetzgebungslehre*, cit. n. 79, 44 ss.

⁽⁸²⁾ Così K. AMELUNG, *Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung*, cit. n. 43, 71. Una documentata denuncia della tendenza legislativa ad argomentare in termini « politici » trascurando più o meno totalmente le indicazioni dei « tecnici », in W. NAUCKE, *Tendenzen in der Strafrechtsentwicklung*, 1975, 11 ss.

⁽⁸³⁾ V. Per tutti PECORARO-ALBANI, il quale giustamente esige che il legislatore italiano restituisca alla scienza del diritto penale il ruolo che insostituibilmente le spetta nel quadro di un lavoro di riforma interessato ad avvalersi di un serio retroterra conoscitivo: *I docenti di diritto penale e la riforma del libro I del codice penale: alcuni rilievi in tema di lesività del reato, di pena carceraria e di misure di sicurezza*, in: *Giust. pen.* 1975, II, (1 ss. e 65 ss.) 2 ss.

⁽⁸⁴⁾ Così da ultimo K. AMELUNG, op. ult. cit., 71; nello stesso senso già P. NOLL, *Gesetzgebungslehre*, cit., 54 ss. e 90 ss. che pensa ad un vero e proprio « *Gesetzgebungsverfahren* ». A ciò non osta in nessun modo, ovviamente, il fatto che le scienze empirico-sociali abbiano attualmente non molto da offrire in vasti settori dell'attività legislativa penale di « parte speciale »: v. soprattutto W. NAUCKE, *Über die juristische Relevanz der Sozialwissenschaften*, cit. n. 25, 23 ss., cfr. altresì P. NOLL, *Gesetzgebungslehre*, cit., 44 ss. e H. W. SCHÜNEMANN, *Sozialwissenschaften und Jurisprudenz*, cit. n. 76, 120 ss.

⁽⁸⁵⁾ Il problema della « selezione » nel rapporto tra legislazione penale e scienze empirico-criminali si pone, in via di principio, anche in relazione al *chi*: quali « consiglieri » vengono prescelti e perché, quali indirizzi di ricerca sono ammessi e quali no, etc. Questo aspetto, tuttavia, resta attualmente in secondo piano per

2) La leva che più di frequente produce il *black-out* della consulenza scientifica nel processo di legislazione penale è senza dubbio quella collegata alla distinzione tra *fatto* e *valore*, tra dato empirico e valutazione: ogni qualvolta si richiedano non *descrizioni* di fatti, bensì *scelte di valore o valutazioni* degli stessi, sarebbe giusto che in base ad un rigido meccanismo di attribuzione di competenza si concentri in sede esclusivamente politica tutta l'attività e la responsabilità delle decisioni in questione ⁽⁸⁶⁾.

Con qualche perplessità sulla consistenza di una simile separazione tra fatto e valutazione ⁽⁸⁷⁾, e non senza fondate riserve circa l'effettività ed i contenuti che una tale attribuzione di responsabilità possa oggi realmente avere ⁽⁸⁸⁾, è certo fuori di discussione che in uno stato di diritto organizzato nelle forme di una democrazia rappresentativa scelte di valore, soprattutto poi

quanto riguarda la realtà del problema nella nostra esperienza legislativa, dove l'obiettivo primario è costituito dal fatto che vi sia una consulenza scientifica, quale essa pur sia. Su questa tematica v. soprattutto KAISER, *Kriminologie*, cit. n. 9, 316 ss. Al riguardo v. anche le osservazioni di A. BARATTA, il quale lamenta che, essendo il rapporto tra criminologia e centri della « politica criminale ufficiale » mediato dai rappresentanti della scienza penale, una « serie di filtri accademici ed amministrativi » privilegino i « settori della ricerca criminologica meno avanzati in senso critico » a svantaggio di quei settori della criminologia « portatori di una politica criminale alternativa » (*Criminologia e dogmatica penale. Passato e futuro del modello integrato di scienza penalistica*, in: *Questione Criminale* 1979, (147 ss.) 166-7. Un'ipotesi del genere è sicuramente plausibile. Il punto è però che almeno in Italia, se è problematico arguire quale sia « la » politica criminale « ufficiale », non meno difficile è identificare quale sia la politica criminale « alternativa »: se per politica criminale si intenda una strategia *definita, articolata e coerente* — dunque: verificabile nell'analisi delle premesse empiriche da cui muove, nella fissazione degli obiettivi che decide di perseguire e nella scelta dei mezzi di cui vuol servirsi. Al riguardo v. soprattutto la lucida riflessione critica di D. PULITANÒ, *Criminologia radicale e criminologia della classe lavoratrice*, in: *Democrazia e diritto*, 1977, 633 ss., ed in particolar modo 641 ss.

⁽⁸⁶⁾ Per l'illustrazione di questa posizione v. soprattutto K. D. OPP, *Soziologie im Recht*, cit., 33 ss. e P. NOLL, *Gesetzgebungslehre*, cit., 58 s.

⁽⁸⁷⁾ V. al proposito R. LAUTMANN, *Wie irrelevant sind die Sozialwissenschaften*, cit. n. 75, 59 s.

⁽⁸⁸⁾ P. NOLL, *Gesetzgebungslehre*, cit., 59, n. 38.

se in materia di legislazione penale, possono essere validamente compiute soltanto nelle sedi politiche costituzionalmente legittimate. Ma detto questo, non è ancora detto in nessun modo che la scienza, in particolare: la scienza criminale, non abbia nulla da cercare su questo terreno. È vero invece esattamente il contrario: « è anche proprio in relazione alla *Wertanalyse* che la scienza ha qualcosa da dire » ⁽⁸⁹⁾.

La verità è infatti che scelte normative non possono essere mai compiute, e tanto meno giustificate, solo in base a valutazioni o a valori: « sui principi di per sé, isolati dall'applicazione alla realtà, su imperativi assoluti, non si può discutere razionalmente, non si può dire se siano giusti o ingiusti, veri o falsi » ⁽⁹⁰⁾. In un modo o nell'altro, ci sono sempre anche dei *fatti* su cui discutere e decidere, fatti che possono essere più o meno veri e più o meno falsi ⁽⁹¹⁾. La scienza può innanzitutto contribuire alla formazione di valutazioni « informate », di valutazioni cioè fondate su conoscenze di fatto seriamente raccolte e sistematizzate ⁽⁹²⁾. Ma al di là di questo, non è auspicabile né necessario che la scienza si ritiri dal terreno su cui si discute di valutazioni o valori: e ciò è tanto più vero proprio in relazione ai processi di legislazione penale.

« Il 'valore di un valore' può essere determinato solo quando il principio di valore viene espresso nel suo contesto concettuale, dunque reso esplicito nella sua dimensione semantico-ermeneutica, e vengono però contemporaneamente controllati gli effetti della sua applicazione » ⁽⁹³⁾: è questo il solo metodo che secondo *Noll* può consentire di discutere razionalmente di

⁽⁸⁹⁾ Così, limpidamente, P. NOLL, *Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung*, cit. n. 79, 77.

⁽⁹⁰⁾ P. NOLL, *Wert und Wirklichkeit*, cit., n. 80, 357.

⁽⁹¹⁾ V. P. NOLL, *Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung*, cit. n. 79, 77.

⁽⁹²⁾ Così K. AMELUNG, *Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung*, cit. n. 43, 25.

⁽⁹³⁾ P. NOLL, *Wert und Wirklichkeit*, cit. n. 80, 360.

valori, un metodo che egli chiama « *konkretisierende Komparation* » ⁽⁹⁴⁾. Esso poggia sulla considerazione che, in ultima analisi, il problema della *giustizia* di una scelta normativa non può essere scisso da quello della sua reale *effettività*: ciò che è importante non è la « dichiarazione » del « diritto giusto », bensì la sua « realizzazione » ⁽⁹⁵⁾. Per valutare una norma è perciò sempre necessario, in secondo luogo, il confronto con eventuali « alternative »: « una valutazione pressuppone già di per sé un tale confronto » ⁽⁹⁶⁾. Al tavolo intorno a cui si discute di valori e di valutazioni, soprattutto in sede di legislazione penale, la scienza ha parecchio da dire.

Il problema vero è in realtà dunque un altro: e cioè quali siano i modi e le forme in cui la scienza, ed in particolare la scienza criminale, può e deve qui esercitare il suo diritto di voto. La recente esperienza dello *hearing* di esperti in occasione della riforma dei reati sessuali nella Repubblica federale tedesca consente di trarre, al riguardo, qualche indicazione di estremo interesse ⁽⁹⁷⁾.

In parecchie sedute, il *Sonderausschuss* ascoltò numerosi esperti, che presentarono una massa notevole di dati, informazioni, materiale empirico accuratamente selezionato ed elaborato. Al di là del risultato conclusivo dei lavori di riforma — che

⁽⁹⁴⁾ L'illustrazione dettagliata in: *Gesetzgebungslehre*, cit., 125 ss. ed in: *Ideologie und Gesetzgebung*, in: W. MAIHOFER (Hrsg.), *Ideologie und Recht*, 1968, 80 s. A questo riguardo v. anche R. BENDER, *Gesetzgebungslehre - Ein neuer Zweig der Rechtswissenschaft?* in: *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1976, (132 ss.) 134.

⁽⁹⁵⁾ P. NOLL, *Wert und Wirklichkeit*, cit. n. 80, 360.

⁽⁹⁶⁾ P. NOLL, op. ult. cit., 360-1.

⁽⁹⁷⁾ Per gli orientamenti essenziali circa il lungo dibattito svoltosi in Germania intorno all'ammodernamento del diritto penale sessuale, dibattito culminato poi nella 4ª legge di riforma del 23.11.1973, v. in primo luogo la relazione presentata da E. HANACK: *Empfiehl es sich, die Grenzen des Sexualstrafrecht neu zu bestimmen? Gutachten A zum 47. Deutschen Juristentag*, in: *Verhandlungen des 47. DJT*, Bd. I, 1968, soprattutto 1-39; v. altresì F. C. SCHRÖDER, *Das neue Sexualstrafrecht. Entstehung, Analyse, Kritik*, 1975, 15-25.

secondo molti avrebbe potuto essere di gran lunga migliore ⁽⁹⁸⁾ — lo *hearing* ottenne vasti consensi ed ampia risonanza anche al di fuori del ristretto mondo penalistico ⁽⁹⁹⁾. Tempo dopo, *Naucke* si incaricò di raffreddare gli entusiasmi, senza neanche preoccuparsi troppo di salvare almeno le forme: l'operato di molti esperti gli sembrava da doversi qualificare come « imbarbarimento concettuale » ⁽¹⁰⁰⁾. La ragione: non si erano presentati solo *fatti*, bensì anche le *valutazioni* degli stessi, e dunque le indicazioni politico-criminali che in relazione ai quesiti posti se ne sarebbero dovute trarre ⁽¹⁰¹⁾.

Ancora una volta, non è conveniente né necessario pretendere che la scienza si astenga dal fornire giudizi e valutazioni oltre che fatti ed informazioni: è stato facile ribattere, per *Noll*, che se questo « astensionismo » fosse stato sempre praticato più d'un capitolo della riforma penale tedesca starebbe ancora sulla lista d'attesa ⁽¹⁰²⁾. Ciò che con *Naucke* si può, invece, e si deve pretendere è che giudizi e valutazioni non siano contrabbandati

⁽⁹⁸⁾ F.-C. SCHRÖDER, op. ult. cit., 19 ss. Di recente sottolinea con particolare chiarezza R. LAUTMANN come anche nella nuova legge vengono assoggettate a pena talune condotte soltanto perché ritenute « immorali », senza che siano stati empiricamente chiariti i molteplici quesiti inerenti alla dannosità delle condotte stesse ed al ruolo della vittima: *Sexualdelikte - Straftaten ohne Opfer?* in: *Zeitschrift für Rechtspolitik* 1980, 44 ss. Per una consapevole impostazione di questa problematica anche sotto il profilo criminologico e costituzionale, v. da ultimo G. FIANDACA, *Tutela del buon costume. Profili penali e costituzionali*, 1979, passim.

⁽⁹⁹⁾ V. ad esempio BEYME, *Hearing*, in: Sontheimer/Rohring, *Handbuch des politischen Systems der BRD*, 278 s.

⁽¹⁰⁰⁾ *Über die juristische Relevanz*, cit. n. 25, 29-30.

⁽¹⁰¹⁾ W. NAUCKE, op. ult. cit., 30.

⁽¹⁰²⁾ Così P. NOLL, in: *Gesetzgebungslehre*, cit., 60. La tentazione di proporre modelli in cui la criminologia viene più o meno esclusivamente delegata al mero accertamento dei fatti ed al controllo dell'effettività delle leggi, non è affatto da archiviare tra le « memorie d'epoca ». Un simile modello viene per esempio di recente ripresentato da HOBE, *Kriminologische Forschung und Strafgesetzgebung*, in: *Der Einfluss kriminologisch-empirischer Forschung auf Strafrecht und Strafverfahren*, *Kriminologische-Schriftenreihe* Bd. 75, 1981, (1 ss.) 4s, senza sufficiente consapevolezza della complessità del problema.

— in buona o in mala fede — per fatti o risultati della ricerca empirica ⁽¹⁰³⁾. Soprattutto per quanto riguarda la legislazione penale, quel che serve non è *Wertungsastinenz* da parte delle scienze criminali, ma piuttosto *Wertungsoffenheit* ⁽¹⁰⁴⁾, e quest'ultima — è forse il caso di aggiungere — è necessaria da parte di tutti.

5. *Dalla metodologia ai contenuti del rapporto: quali conoscenze offre oggi la criminologia, e quanto certe? Luci ed ombre nella prospettiva della cooperazione.*

La lezione che si deve trarre dall'esperienza tedesca non finisce qui: bisogna infatti chiedersi come sia potuta accadere la frammistione di fatti e valutazioni che a giusta ragione, nelle preoccupazioni del giurista più accorto, rischia di aggirare — di fatto — il fondamentale principio di separazione dei poteri. Far luce in proposito non è stato troppo difficile: è bastato sottoporre ad una più attenta verifica i quesiti posti agli esperti per accorgersi che la deprecata frammistione era in realtà largamente implicita nella formulazione stessa del compito che veniva loro assegnato ⁽¹⁰⁵⁾.

Il problema di cui questa vicenda è eclatante espressione dovrebbe essere a questo punto piuttosto chiaro: la prassi del rap-

⁽¹⁰³⁾ W. NAUCKE, op. cit. n. 100, 31 s.

⁽¹⁰⁴⁾ Così, limpidamente, P. NOLL, *Gesetzgebungslehre*, cit., 59 n. 38 e più di recente K. AMELUNG, *Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung*, cit. n. 43, 25 s.

⁽¹⁰⁵⁾ H. JÄGER, *Veränderung des Strafrechts durch Kriminologie? Ansätze zur Konkretisierung interdisziplinärer Kooperation*, in: *Krim J.* 1976, (98 ss.) 101 s. L'elenco dei quesiti è pubblicato in: *Sonderausschuss für die Strafrechtsreform, Deutscher Bundestag, 6 Wahlperiode*, 1140 ss. È evidente che quando si chiede se certe pratiche sessuali siano « dannose » oppure no, senza però contestualmente chiarire cosa si intenda appunto per « danno », si sollecita in realtà sia la descrizione di un fatto che la sua valutazione.

porto tra legislazione penale e scienze criminali non può essere affatto abbandonata a sé stessa, nell'illusione che sia sufficiente stabilire un 'contatto' affinché esse possano correttamente comunicare (¹⁰⁶). In realtà, ci vuol invece ben altro perché il contatto possa dare per quantità e qualità i frutti che è legittimo attendere.

In via di estrema sintesi: è necessario innanzitutto disporre di una metodologia — paragonabile per puntualità ed ampiezza di contenuti a quella(e) in uso nella dommatica dell'applicazione del diritto — che sia in grado di canalizzare il contatto su una serie di obiettivi specifici e coordinati, quali ad esempio: definizione degli scopi da raggiungere, verifica della situazione di fatto, ponderazione e scelta dei mezzi, analisi costi/benefici, opzioni di valore, valutazioni di opportunità, etc. (¹⁰⁷). Una meta del genere è tutt'altro che a portata di mano. Raggiungerla, presupporrebbe tra l'altro l'esistenza di una solida teoria della politica criminale e di strategie politico-penali che non durino l'arco di un giorno. La prima è appena agli inizi (¹⁰⁸), le seconde sono — almeno da noi — piuttosto di là da venire (¹⁰⁹). Certo è comunque che molti passi devono ancora essere fatti

(¹⁰⁶) Cfr. H. MÜLLER-DIETZ, *Sozialwissenschaften und Strafrechtsdogmatik*, in: H. MÜLLER-DIETZ, (Hrsg), *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, 1971, (105 ss.) 119 ss. con la discussione di diverse tematiche illustrative.

(¹⁰⁷) V. soprattutto H. JÄGER, *Veränderung des Strafrechts durch Kriminologie?*, cit. n. 105, 100 s. e K. AMELUNG, *Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzbuch*, cit. n. 43, 24 ss.: *Zielfindung, Operationalisierung Implementierung, Evaluierung*. V. altresì, in termini più concreti, G. KAISER, *Kriminologie als angewandte Wissenschaft*, cit. n. 49, 522 ss.

(¹⁰⁸) Per tutti, W. HASSEMER, *Konstanten kriminalpolitischer Theorie*, in: *Festsch. für R. Lange*, 1976, (501 ss.) 509 ss.

(¹⁰⁹) V. soprattutto G. MARINUCCI, *L'abbandono del Codice Rocco: tra rassegnazione ed utopia*, in: *Questione criminale* 1981 (297 ss) 306 ss. e *Probleme der Reform des Strafrechts in Italien*, cit. n. 70, 353 ss., ed il lucido bilancio tracciato da F. BRICOLA: *Considerazioni introduttive*, in: *Questione criminale* 1981, 7 ss. La lettura dei contributi presentati dai numerosi studiosi intervenuti al dibattito promosso dalla rivista « *La Questione criminale* » su: *Il codice Rocco*

sia sul terreno della teoria della legislazione — ed in particolare della legislazione penale — sia su quello delle scienze empirico-criminali. Taluni di essi possono essere ormai individuati con maggior concretezza.

Quanto alle scienze criminali: soprattutto quando riesca definitivamente a convincersi che la disponibilità alla collaborazione lascia in ogni caso impregiudicata la sua autonomia scientifica né mette a repentaglio, alla larga, la sua capacità di conservare l'indispensabile distanza critica verso gli oggetti di ricerca ⁽¹¹⁰⁾, è fuori dubbio che la criminologia può offrire *hic et nunc* interessanti servizi, in parecchie direzioni ⁽¹¹¹⁾.

Criminalizzazione e decriminalizzazione: in un paese che da 40 anni insegue la riforma penale è questo un riferimento addirittura banale ⁽¹¹²⁾. La criminologia può aiutare a discernere se

cinquant'anni dopo, 1981, fasc. 1, 2 e 3, è essenziale alla comprensione dei problemi e delle prospettive della riforma penale in Italia. Di estremo interesse anche il volume: *Strafrechtsreform in der Bundesrepublik Deutschland und in Italien*, H. H. JESCHECK (Hrsg), 1981, dove si esaminano in chiave comparatistica i problemi di riforma nei due paesi.

⁽¹¹⁰⁾ Per una pacata valutazione della fondatezza di questi « pericoli », v. da ultimo G. KAISER, *Kriminologie als angewandte Wissenschaft*, cit. n. 49, 516 ss. V. altresì le osservazioni di K. LÜDERSSEN, *Einführung*, in: *Seminar: Abweichendes Verhalten*, I, *Die selektiven Normen der Gesellschaft*, LÜDERSSEN-SACK (Hrsg), 1975, (7 ss.) 22 s.

⁽¹¹¹⁾ Cfr. G. MARINUCCI, *L'abbandono del codice Rocco*, cit. n. 109, 307.

⁽¹¹²⁾ Purtroppo, è proprio la recente prassi della legislazione penale italiana che si incarica di dimostrare nel modo più convincente la « non-banalità » di questo riferimento. Su questa tematica v. ancora G. MARINUCCI, *L'abbandono del codice Rocco*, cit. n. 109, 308 ss.; D. PULITANÒ, *La teoria del bene giuridico fra codice e costituzione*, in: *Questione criminale* 1981, 111 ss.; G. FIANDACA, *Il « bene giuridico » come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in: *Riv. it.* 1982, 42 ss. Di fondamentale importanza su questa vasta tematica il recente lavoro di F. ANCIANI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, 1983, passim, cui si rinvia per una lucida analisi critica degli svolgimenti del dibattito nella letteratura italiana e straniera, oltre che per una chiara valorizzazione delle possibilità e dei limiti di impiego del concetto di « bene giuridico » nella prospettiva della riforma penale. Per quanto riguarda in particolare la problematica della depenalizzazione, v. soprattutto i lavori di C. E. PALIERO: *Note sulla disciplina dei reati*

lo strumento penale sia il più idoneo a fronteggiare determinate situazioni di conflitto, quali effetti esso abbia effettivamente prodotto, in che modo sia stato gestito dagli organi di reazione penale (¹¹³). Ancora, la criminologia è in grado di fornire indicazioni tutt'altro che secondarie circa le modalità di formulazione delle fattispecie (¹¹⁴): in particolare la vittimologia ha ormai da tempo dimostrato che non è affatto irrilevante sapere quali autori e quali vittime vengono 'interessati' da una determinata formulazione piuttosto che da un'altra, un contributo che sarebbe dunque assurdo trascurare per un legislatore seriamente interessato alla razionalizzazione del suo lavoro (¹¹⁵). Infine, nel settore della politica delle sanzioni è dove la criminologia ha da sempre saldamente impiantato centri di ricerca che non hanno mai smesso di trasmettere messaggi di fondamentale importanza. La ricerca empirica sugli effetti preventivi delle sanzioni, ed i risultati che ne derivano sia in relazione alla riforma complessiva del sistema delle pene che al suo continuo aggiornamento, sono sotto gli occhi di tutti, e non è perciò necessario

bagattellari, in: *Riv. it.* 1979, 920 ss. e *Probleme der Entkriminalisierung in Italien*, in: *ZStW* 94 (1982) 404 ss., dove vengono enucleati ed argutamente discussi i profili criminologici, politico-criminali e dommatico-legislativi. Sulla proficuità dell'indagine criminologica per il trattamento della *Bagatellkriminalität*, v. da ultimo anche J. WAGNER, *Die Aufgaben kriminologischer Forschung bei der Neuregelung der Bagatellkriminalität, insbesondere beim Ladendiebstahl*, in: *Der Einfluss kriminologisch-empirischer Forschung*, cit. n. 102, 27 ss., dove ancora una volta si lamenta l'insufficiente considerazione dei risultati della ricerca empirica nella stesura dell'*Entwurf* di una nuova legge sul furto nei grandi magazzini (28).

(¹¹³) V. K. AMELUNG, *Strafrechtswissenschaft*, cit. n. 43, 33-4.

(¹¹⁴) V. soprattutto i lavori di F. GEERDS: *Zur Problematik der strafrechtlichen Deliktstypen*, in: *Festsch. für K. Engisch*, 1969, (406 ss.) 414 s., e: *Kriminalphänomenologie. Ihre Aufgaben und Möglichkeiten*, in: *Festsch. für H. Mayer*, *Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft*, 1966, (605 ss.) 613 ss.

(¹¹⁵) H. J. SCHNEIDER, *Viktimologie. Wissenschaft vom Verbrechensopfer*, 1975, 16 s.; particolarmente interessante la parte relativa alla valutazione delle fattispecie di omicidio e lesioni con riguardo alle rilevazioni empiriche circa il rapporto autore/vittima nelle zone urbane di talune grandi città: 103 ss.

indugiarsi (¹¹⁶). Ancor più nota è poi la quantità e la rilevanza dei risultati acquisiti dall'indagine empirica nell'area dell'esecuzione e del trattamento (¹¹⁷), indagine che nei suoi più recenti sviluppi si è estesa alla verifica dei rapporti tra commisurazione della pena e problemi contenutistico-organizzativi dell'esecuzione (¹¹⁸).

Ma è proprio su questo vasto terreno, dove il contributo delle scienze criminali non può davvero esser messo seriamente in discussione, che affiora con particolare evidenza la natura e la portata di un *deficit* che almeno a breve e media scadenza sembra ancora piuttosto lungi dal poter essere colmato.

La criminologia non è minimamente in grado, oggi, di fornire indicazioni realmente consistenti sul problema degli scopi della pena: quale scopo debba essere accentuato e quale no per ottenere una tutela più intensa dei beni penalmente protetti, è una domanda cui essa è tuttora impreparata a rispondere (¹¹⁹). Certo, il suo interesse ai problemi della prevenzione è ogni

(¹¹⁶) Da ultimi, v. i risultati delle più recenti indagini empiriche esposti e valutati da H. J. ALBRECHT - F. DÜNKEL - G. SPIESS: *Empirische Sanktionsforschung und die Begründbarkeit von Kriminalpolitik*, in *Mschr Krim.* 1981, 310 ss., con particolare riferimento alla pena pecuniaria quale sostitutivo delle pene detentive brevi (322 ss.).

(¹¹⁷) Per una rapida informazione in proposito vedi soprattutto H. MÜLLER-DIETZ *Strafvollzugsrecht*, 1978, II *Auflage*, 34 ss. Per un'ampia panoramica sulle più recenti acquisizioni della ricerca empirica sul terreno dell'esecuzione penitenziaria v. invece in: *Empirische Kriminologie*, Hrsg. *Forschungsgruppe Kriminologie des MPI Freiburg i. Br.*, Bd. 1, 1980, i contributi di: DÜNKEL/ROSNER (328 ss.), KURY (371 ss.), SPIESS (425 ss.), ORTMANN/DINSE (446 ss.), BLASS (486 ss.). Di particolare interesse anche le recenti indagini di K. D. OPP, *Zu den Wirkungen des Strafvollzugs auf die « Resozialisierung » der Insassen*, in: *Mschr Krim.* 1976, (321 ss.) 324 s. e 329 ss. e H. KURY-R. FENN, *Praxisleitende Erfolgskontrolle sozialtherapeutischer Behandlung*, in: *Mschr Krim.* 1977, 227 ss.

(¹¹⁸) V. in particolare l'indagine di G. BLAU, *Die Wechselbeziehung zwischen Strafurteil und Strafvollzug*, in: *MschKrim.* 1977, 329 ss., soprattutto 334 ss.

(¹¹⁹) V. da ultimi H. SCHÖCH, *Kriminologie und Sanktionsgesetzgebung*, cit. n. 57, 147 s., e G. KAISER, *Was wissen wir von der Strafe?*, in: *Fetsch. für P. BOCKELMANN*, 1979, (923 ss.) 929 ss.

giorno più grande: ma anche qui il tempo della 'raccolta' sembra ancora lontano (¹²⁰). Beninteso: in relazione a talune tematiche specifiche esiste già oggi un complesso di conoscenze che può considerarsi acquisito. Così ad esempio, quanto alla prevenzione generale, si dispone di un quadro ormai abbastanza preciso — leggi: empiricamente fondato — circa il rapporto tra entità delle pene, rapidità della risposta penale, modalità di valutazione della indefettibilità della stessa (¹²¹). E d'altra parte, quanto alla prevenzione speciale, può ritenersi sufficientemente provato che la sospensione condizionale della pena costituisce uno strumento di primaria importanza per il controllo della piccola e media criminalità, ma solo a patto che si tratti di una sospensione assistita da un articolato sistema di prescrizioni ed una consistente offerta di 'solidarietà' sociale almeno nella fase acuta del periodo di prova (¹²²). Ma al di là di questo —

(¹²⁰) Non è senza significato che ciò sia chiaramente ribadito anche da chi, come F. SCHAFFSTEIN, è sicuramente tra i più illuminati sostenitori della necessità di integrare nella dottrina della pena i risultati dell'indagine criminologica sul terreno della prevenzione: *Kriminologie und Strafrechtskommentare*, in: *Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft, Festsch. für H. HENKEL*, 1974, (215 ss.) 225.

(¹²¹) V. A. PAGLIARO, *Le indagini empiriche sulla prevenzione generale: una interpretazione dei risultati* in: *Riv. it.*, 1981, 447 ss. ed H. J. ALBRECHT/F. DÜNKEL/G. SPIESS, *Empirische Sanktionsforschung*, cit. n. 116, 312-3. Non meno interessanti, altresì, i risultati di analisi centrate sul rapporto tra effettività del comando normativo e grado di riconoscimento del carattere vincolante della singola norma: v. in particolare OPP, *Soziologie im Recht*, 1973, 207 ss. e, in parte divergente, A. DICKMANN, *Bedingungen für die Befolgung von Gesetzen*, in: *Krim J.* 1975, 182 ss.; cfr. infine LÜDERSSEN, *La funzione di prevenzione generale del sistema penale*, in: *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, a cura di M. ROMANO e F. STELLA, 1980, (99 ss.) 113 ss. In particolare sulle chances della prevenzione generale nella prospettiva della teoria dell'apprendimento, v. M. BRELAND, *Prävention durch Straßandröhung?*, in: *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1972, 183 ss.

(¹²²) In particolare, KURY/SCHIREMANN/WETZSTEIN: *Bewährungshilfe als Aufgabe empirischer Forschung - eine Zwischenbilanz*, in: *Bewährungshilfe* 1979, 61 ss.; K. LÜDERSSEN, *Strafaußsetzung zur Bewährung und Bewährungshilfe in Deutschland*, in: *Seminar: Abweichendes Verhalten III*, Bd. 2, *Strafprozess und Strafvollzug*, K. LÜDERSSEN/F. SACK (Hrsg) 1977, (366 ss.) 378 ss.

ed altro, ovviamente ⁽¹²³⁾ — rimangono enormi le zone di ombra. Qui sarà sufficiente richiamarne solo due, attinenti a problemi di fondamentale importanza.

a) A che cosa si ricollegli, in particolare, l'effetto intimidativo o dissuasivo del sistema penale nel suo complesso, è del tutto incerto, così come incerto è in che misura la risposta a tale quesito sia anche connessa alle specifiche caratteristiche (ed eventualmente: a quali) del singolo sistema ⁽¹²⁴⁾. Fintantoché non si riesce a vedere un po' più chiaro in questo campo sarà difficile — per fare almeno un esempio — mettere in cantiere una politica di sostanzioso ampliamento della pena pecuniaria che possa giovare di un consistente supporto empirico ⁽¹²⁵⁾.

b) Che fare con i delinquenti recidivi, come reagire alla criminalità plurirecidiva? È questa, da sempre, la « croce » della politica criminale ⁽¹²⁶⁾. Le dimensioni del fenomeno non hanno bisogno di essere sottolineate: indagini di tipo comparatistico mostrano che i tassi di recidiva rimangono costanti un po'

⁽¹²³⁾ Un'aggiornata valutazione critica nei lavori di G. KAISER, *Neuere Entwicklungstendenzen in der Kriminologie*, in: *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 1981, (264 ss.) 276 ss. e *Stand und Entwicklung der kriminologischen Forschung*, cit., 52 ss.

⁽¹²⁴⁾ V. soprattutto G. KAISER, *Was wissen wir von der Strafe?* cit. n. 119, 931.

⁽¹²⁵⁾ G. KAISER, op. loc. ult. cit. Sulla necessità di dare più ampio spazio alla pena pecuniaria nel sistema sanzionatorio, soprattutto restringendo la sfera della pena detentiva, v. per tutti E. DOLCINI, *Le pene pecuniarie come alternativa alle pene detentive brevi*, in: *JUS*, 1974, 530 ss. Una illustrazione delle indagini empiriche svolte in Germania circa i risultati dell'ampliamento della sfera operativa della pena pecuniaria è fatta, di recente, da H. J. ALBRECHT, *Die Geldstrafe im System strafrechtlicher Sanktionierung*, in: *Empirische Kriminologie*, cit. N. 117, 242 ss., con motivate perplessità quanto all'opportunità di estenderne l'applicabilità anche agli spazi coperti dalla pena detentiva superiore a 6 mesi (258 ss.).

⁽¹²⁶⁾ Così da ultimo, G. KAISER, *Rückfalltäter und Resozialisierung*, in: KAISER/SCHÖCH, *Kriminologie-Jugendstrafrecht-Strafvollzug*, II Auflage, 1982, (67 ss.) 69.

dappertutto, a prescindere sia dai livelli di criminalità dei singoli paesi, che dai programmi di politica penale — in particolare : di politica delle sanzioni — che ivi vengano praticati (¹²⁷). Anche qui la criminologia non ha davvero molto da offrire.

Certo, da anni si è ormai detto e ripetuto che ostinarsi a vedere nella recidiva una causa di aggravamento della colpevolezza per il fatto è come chiudere gli occhi dinanzi ad una massa imponente di analisi che indicano, semmai, esattamente il contrario : reagire alla recidiva con inasprimenti di pena è dunque possibile, non lo è affatto, invece, giustificare tale reazione col ricorso più o meno esplicito alla colpevolezza individuale (¹²⁸). Ma al di là di questo, molto poco è noto sulla struttura della personalità del recidivo, ancor meno intorno a quella del delinquente abituale ; buio assoluto infine, quanto alle possibilità di ottenere ascolto, per così dire, con gli strumenti di cui attualmente dispone il diritto penale (¹²⁹).

Gli esempi potrebbero moltiplicarsi, ma quanto detto è ormai sufficiente a delineare il problema di fondo di cui si sono segnalate solo talune delle più eclatanti espressioni. Questo problema è il seguente : oggi più che mai la criminologia gioca

(¹²⁷) V. G. KAISER, *Neuere Entwicklungstendenzen*, cit. n. 123, 284 ed ampia bibliografia ivi citata.

(¹²⁸) Per tutti, G. STRATENWERTH, *Tatschuld und Strafzumessung*, 1972, 15 ss. Da ultimo v. l'analisi empirica condotta da B. D. MEIER, *Anwendung und Bedeutung der allgemeinen Rückfallvorschrift*, in: *ZStW* 95 (1983), 316 ss., il quale ritiene che l'esistenza di una tale causa di aggravamento della pena è inconciliabile con un diritto penale orientato al principio di colpevolezza (338-9). Concrete proposte di modifiche restrittive della portata generale della norma sulla recidiva sono formulate da G. KAISER, *Rückfalltäter und Resozialisierung*, cit. n. 126, 72.

(¹²⁹) G. KAISER, *Rückfalltäter*, cit. n. 126, 71 s., con ampi riferimenti bibliografici. In particolare, sulle difficoltà del lavoro empirico di controllo e valutazione dei risultati, v. H. KURY/R. FENN, *Praxisbegleitende Erfolgskontrolle sozialtherapeutischer Behandlung. Möglichkeiten und Wege empirischer Forschung*, in: *MschKrim* 1977, 227 ss.

gran parte delle sue *chances* di essere « guida e consigliera » della riforma penale sul terreno della *affidabilità* dei risultati che è in grado di mettere sul tappeto ⁽¹³⁰⁾.

6. *Al di là del rapporto tra criminologia e diritto penale: ovvero, criminologia 'critica' e critica della strategia dell'integrazione.*

Incertezza, ambiguità, manipolabilità delle acquisizioni di cui essa si fa garante: queste le falle che la scienza criminale deveappare, ed alla svelta. Fintantoché le sue strutture teoriche, i metodi di ricerca ed i sistemi di controllo dei risultati non saranno almeno tanto poco equivoci da impedire che 'certe' tendenze di politica criminale « si costruiscano » il supporto criminologico che meglio sembra sorreggerle ⁽¹³¹⁾ — e che, per converso, 'certa' criminologia aggiusti i propri risultati sugli orientamenti politico-criminali di suo maggior gradimento ⁽¹³²⁾ — è estremamente improbabile che le scienze criminali possano essere per la legislazione penale qualcosa di più che un *partner* episodico, e comunque a mezzo servizio.

Senza essere smisuratamente ottimisti, è tuttavia lecito guardare al futuro — anche prossimo — con sufficiente tranquillità. Soprattutto sul terreno della ricerca applicata alle sanzioni — una zona del sistema penale dove più acuto che altrove è il bisogno di un aggiornamento continuo e razionale — la

⁽¹³⁰⁾ Cfr. G. KAISER, *Kriminalpolitik ohne kriminologische Grundlage?*, cit. n. 10, 484.; H. SCHÖCH, *Kriminologie und Sanktionsgesetzgebung*, cit. n. 57, 143; K. AMELUNG, *Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung*, cit. n. 43, 35.

⁽¹³¹⁾ È questa la nota denuncia fatta di recente da W. NAUCKE: *Die Abhängigkeiten zwischen Kriminologie und Kriminalpolitik*, 1979, 2.

⁽¹³²⁾ Così G. KAISER, *Kriminalpolitik ohne kriminologische Grundlage?*, cit. n. 10, 483.

criminologia è una scienza giovane (¹³³): uno degli strumenti più promettenti per questo tipo di indagine, qual è l'analisi penologica comparata, ha al suo attivo un'esperienza di non più di dieci anni, ed ha appena iniziato, si può dire, a raccogliere frutti di un certo interesse (¹³⁴). Mai come oggi, la c.d. criminologia tradizionale può incassare senza eccessivi traumi anche i colpi di chi, per la verità ormai già da qualche tempo, le va profetizzando un « incerto futuro » (¹³⁵).

Infatti, ben al di là dei risultati e delle numerose prospettive di lavoro in cui ha già articolato i suoi programmi, è in realtà altrove la ragione del moderato ottimismo con cui la criminologia può interrogarsi sul ruolo che potrà esercitare in futuro nelle vicende della 'questione criminale' del nostro tempo. Questa ragione risiede essenzialmente nella dimostrata capacità di *riflessione critica* su sé stessa e sui suoi obbiettivi, nella maturità necessaria a non stancarsi di chiedere: « dove sta oggi la criminologia » e « quanto sono sicure » le sue conoscenze (¹³⁶). Paradossalmente, soltanto la criminologia che si auto-definisce 'critica' sembra oggi in grado di offrire 'certezze'.

(¹³³) Su questo terreno la ricerca empirico-criminologica ha acquisito una discreta consistenza soltanto dall'ultimo dopoguerra: v. G. KAISER, *Was wissen wir von der Strafe?* cit. n. 119, 923-4.

(¹³⁴) G. KAISER, *Perspektiven vergleichenden Pönologie*, in: *MschKrim* 1980, 366 ss. e, quanto ai risultati fin qui acquisiti, 376 ss., Sulla metodologia ed i risultati della criminologia comparata, v. G. KAISER, *Strafrechtsvergleichung und vergleichende Kriminologie*, in: *Kolloquium: Strafrecht. Strafrechtsvergleichung*, Kaiser-Vogler Hrsg., 1975, (79 ss.) soprattutto 84 ss. In generale, sull'indispensabilità della *Strafrechtsvergleichung* e di una *vergleichende Kriminologie* per la riforma penale, v. H. H. JESCHECK, *Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Strafrechtsreform*, in: *Festsch. Bockelmann*, 1979, 133, 154.

(¹³⁵) Così F. SACK, *Probleme der Kriminalsoziologie*, in: *Wahlverhalten — Vorurteile — Kriminalität, Handbuch der empirischen Sozialforschung*, Bd. 12, R. KÖNIG Hrsg. 1978, (192 ss.) 227 ss.

(¹³⁶) Così espressamente G. KAISER, *Kriminalpolitik ohne kriminologische Grundlage?*, cit. n. 10, 484 e H. GÖPPIINGER, *Kriminologie*, cit. n. 17, 92 ss.

Tra queste, la certezza che « la storia del diritto penale è anche la storia della sua abolizione » ⁽¹³⁷⁾, e la certezza che la criminologia « di oggi » — s'intende: quella c.d. 'critica' — potrà incontrarsi solo con la scienza del diritto penale « di domani » ⁽¹³⁸⁾. Di collaborazione col diritto penale 'di oggi', perciò, neanche a parlarne: il diritto penale 'di oggi', infatti, è il diritto « ineguale per eccellenza » ⁽¹³⁹⁾, dal momento che seleziona a senso unico i beni ed i soggetti che difende, e ciò nell'esclusivo interesse degli appartenenti alle classi dominanti ⁽¹⁴⁰⁾.

Per osservatori così disincantati quali i mentori della 'nuova' criminologia, il sistema penale 'di oggi' non ha alcuna possibilità di camuffare il suo scopo primario — che resta la perpetuazione della diseguaglianza sociale — neanche quando adotta programmi apparentemente progressisti, o almeno umanitari, come quelli 'dichiarati' nelle recenti leggi di riforma degli ordinamenti penitenziari italiano e tedesco ⁽¹⁴¹⁾. Al di là della facciata, infatti, ciò che esse perseguono è in realtà un obiettivo che, « da una conseguente prospettiva sociologica » ⁽¹⁴²⁾, può soltanto apparire per quel che è, e cioè « il più

⁽¹³⁷⁾ E questo il 'retro-titolo' del I volume di: *Seminar: Abweichendes Verhalten I, Die selektiven Normen der Gesellschaft*, a cura di K. LÜDERSSEN, e F. SACK, (1974). L'espressione è poi ripresa nell'introduzione al volume ad opera dello stesso LÜDERSSEN (27).

⁽¹³⁸⁾ Così A. BARATTA, *Strafrechtsdogmatik und Kriminologie. Zur Vergangenheit und Zukunft des Modells einer gesamten Strafrechtswissenschaft*, in: *ZStW* 92 (1980), (107 ss.) 142.

⁽¹³⁹⁾ A. BARATTA, *Criminologia critica e politica penale alternativa*, in: *Questione criminale* 1977, (339 ss.) 345.

⁽¹⁴⁰⁾ A. BARATTA, op. ult. cit., 344-5-6.

⁽¹⁴¹⁾ La legge 26 luglio 1975 n. 354 prescrive nell'art. 1 che « deve essere attuato un trattamento rieducativo che tenda, anche attraverso i contatti con l'ambiente esterno, al reinserimento sociale » dei condannati. La legge penitenziaria tedesca stabilisce al § 2 che fine dell'esecuzione della pena è quello di rendere il detenuto capace « di condurre in futuro, con senso di responsabilità sociale, una vita senza delitti » (*Strafvollzugsgesetz* 16.3.1976).

⁽¹⁴²⁾ È questa un'espressione cara a F. SACK, *Probleme der Kriminalsoziologie*, cit. n. 135, 199.

terribile esempio di una ironia istituzionalizzata della società nei rapporti con i suoi membri dissenzienti » ⁽¹⁴³⁾: il ruolo del criminale viene trasformato in quello del « malato » ⁽¹⁴⁴⁾.

Dall'ideologia ' del trattamento la ' nuova ' criminologia non si è dunque lasciata incantare: così come non avvertì, ieri, la necessità di scendere in campo quando si trattò di sostituire alla strategia della ' punizione ' quella del ' reinserimento ' — un cambio di strategia cui i più diretti interessati, i detenuti, pur apportarono un qualche contributo — allo stesso modo essa non muove un dito, oggi, per difenderla dal preoccupante ' ritorno di fiamma ' di un'ideologia penal-penitenziaria il cui definitivo abbandono si celebrò forse con eccessiva precipitazione ⁽¹⁴⁵⁾. Su questo campo, la ' nuova ' criminologia ha in mente ben altri programmi: superamento della criminalità attraverso

⁽¹⁴³⁾ F. SACK, op. ult. cit., 386.

⁽¹⁴⁴⁾ F. SACK, op. loc. ult. cit.; il giudizio di A. BARATTA, invece, prende le mosse dalla considerazione che il sistema carcerario è il punto d'arrivo di un *continuum* i cui tratti essenziali sono dati dal sistema scolastico e da quello penale, che entrambi agiscono « nei confronti di gruppi sociali più deboli ed emarginati, anziché nel senso dell'integrazione, nel senso opposto » (248): i due sistemi sono dunque legati da un « nesso funzionale » (249). Compito del sistema penitenziario è appunto quelle di costituire e mantenere una determinata forma di emarginazione » (254). Le nuove leggi penitenziarie non soltanto « non sembrano destinate a mutare decisamente la natura delle istituzioni carcerarie » (251), ma servono addirittura da « ideologia legittimante » con cui si può meglio occultare la « funzione reale » dell'istituzione stessa, che rimane in ogni caso l'emarginazione (255: tutte le citazioni sono tratte da: *Sistema penale ed emarginazione sociale*, in: *Questione criminale*, 1976, 237 ss.).

⁽¹⁴⁵⁾ Per una ponderata valutazione della crisi dell'ideologia del trattamento e delle molteplici ragioni che l'hanno prodotta, v. per tutti E. DOLCINI, *La « rieducazione del condannato » tra mito e realtà*, in: *Riv. it.* 1979, (469 ss.) 495 ss. ed A. ESER, *Resozialisierung in der Krise? Gedanken zum Sozialisationsziel des Strafvolzugs*, in: *Festsch. für K. Peters*, 1974, 505 ss. Per una chiara riaffermazione che la politica del « trattamento » non ha alternative, tra i molti v. H. KAUFMANN, *Kriminologie*, III, 1977, 202 ss. Per una lucida analisi delle cause della generale crisi della politica criminale, di cui anche la nuova politica penitenziaria era espressione, v. H. H. JESCHECK, *Die Krise der Kriminalpolitik* in: *ZStW* 91 (1979), 1037 ss., 1053 ss.

la canalizzazione delle (inconsapevoli) proteste individuali in azione politica collettiva, indirizzata su ben più elevati terreni di scontro ⁽¹⁴⁶⁾. Non servono perciò assistenti sociali, educatori, psicologi, tutto il 'personale' al servizio dell'ideologia del trattamento: ciò a cui pensa la 'nuova' criminologia sono invece gli enti locali, le associazioni dei detenuti, le organizzazioni del movimento operaio ⁽¹⁴⁷⁾.

Con la scienza del diritto penale 'di oggi', una scienza — s'intende — un po' leggera visto che alla « sfida » della 'nuova' criminologia non sa opporre altro che il rifiuto — diciamolo pure: un po' infantile — di « prendere atto » della realtà delle cose ⁽¹⁴⁸⁾, con questa scienza può collaborare soltanto la criminologia 'di ieri': che non per nulla è una criminologia — lo si sarebbe detto — « arretrata », « priva di fondamento teorico », anzi addirittura « ostile alla teoria » ⁽¹⁴⁹⁾. Una simile criminologia è destinata, senza vie di scampo, ad una « remissiva sottoposizione » ai *postulata* della politica criminale ⁽¹⁵⁰⁾, e dunque ad una poco gloriosa azione di copertura scientifica del sistema politico esistente ⁽¹⁵¹⁾. Alla 'nuova' criminologia — che dichiaratamente si muove nella prospettiva del « superamento » del sistema neocapitalistico e della struttura giuridico-penale che di esso è

⁽¹⁴⁶⁾ A. BARATTA, *Criminologia critica e politica penale alternativa*, cit. n. 139 351 ss.

⁽¹⁴⁷⁾ A. BARATTA, op. ult. cit., 352, e ciò allo scopo di « reinserire il condannato nella classe » ed evitare la « divisione artificiale » della stessa (ivi).

⁽¹⁴⁸⁾ A. BARATTA, *Criminologia e dogmatica penale. Passato e futuro del: modello integrato di scienza penalistica*, in: *Questione Criminale* 1979, (147 ss.) 171.

⁽¹⁴⁹⁾ F. SACK, *Probleme der Kriminalsoziologie*, cit. n. 135, 213 ss.

⁽¹⁵⁰⁾ F. SACK, op. ult. cit., 221 ss.; nello stesso senso A. BARATTA, *Criminologia critica*, cit. n. 139, 343 s. e *Criminologia e dogmatica penale*, cit. n. 148, 166 s.

⁽¹⁵¹⁾ F. SACK, *Kriminalität als gesellschaftliche Legitimierungsproblematik - Kriminologie als legitimierungswissenschaft*, in: *Recht und Politik*, 1975, (19 ss.) 23 ss.; D. e H. PETERS, *Legitimationswissenschaft*, in: *Arbeitskreis junger Kriminologen, Kritische Kriminologie*, 1974, 113 ss.

espressione ⁽¹⁵²⁾ — non è consentito assumere, nei confronti della 'vecchia' criminologia, che un solo atteggiamento: programmare la sua « dissoluzione » ⁽¹⁵³⁾.

Non è obiettivo di questa ricerca l'analisi critica delle prospettive e delle proposte che sotto l'ampio ombrello concettuale della 'nuova' criminologia si sono assestate ormai da parecchi anni nel fulcro della discussione scientifica internazionale ⁽¹⁵⁴⁾. Qui interessa fare solo qualche breve considerazione, strettamente funzionale al discorso che si va sviluppando.

I meriti della 'nuova' criminologia sono certo indiscutibili: l'aver ampliato i programmi della ricerca criminologica ai processi di selezione che soprattutto in via informale hanno luogo nelle varie istanze del controllo sociale giuridicizzato, ha costituito un salto di qualità sotto il profilo teorico-conoscitivo, e consentito l'apertura di un ulteriore fronte di indagine empirica, che ha abbondantemente giovato alla causa di un approccio più razionale e più informato alle vicende della questione criminale ⁽¹⁵⁵⁾. I fatti dimostrano, però, che la criminologia 'tradizionale' non ha tardato troppo nel farsi carico dei nuovi indirizzi di ricerca, sviluppandoli con serietà — almeno nella più gran parte — senza pregiudiziali politiche o ideologiche di sorta.

⁽¹⁵²⁾ A. BARATTA, *Criminologia critica e riforma penale*, in: *Questione criminale* 1981, (349 ss.) 369 ss.

⁽¹⁵³⁾ F. SACK, *Probleme der Kriminalsoziologie*, cit. n. 135, 199 ss. Un atteggiamento non dissimile emerge in tutti i lavori di A. BARATTA fin qui citati: da ultimo v. *Criminologia critica*, cit. n. 152, 361 ss.

⁽¹⁵⁴⁾ V. al riguardo soprattutto G. KAISER, *Was ist eigentlich kritisch an der «kritischen Kriminologie?»*, in: *Festsch. R. Lange*, 1976, 521 ss. e, da una prospettiva diversa, F. WERKENTIN/M. HOFFERBERT/M. BAURMANN, *Kriminologie als Polizeiwissenschaft, oder: wie alt ist die neue Kriminologie?*, in: *Kritische Justiz* 1972, 221 ss.

⁽¹⁵⁵⁾ È stato detto che il cambio di « paradigma » operato dalla nuova criminologia (A. Mergen, *Verunsicherte Kriminologie*, 1975, 9) avrebbe prodotto una notevole « insicurezza » nell'odierna criminologia. Se di « insicurezza » si tratta, va detto che questa può soltanto essere positiva, dal momento che è in gioco un sostanziale ampliamento dei metodi e degli obiettivi di ricerca.

L'accusa di 'boicottaggio' o neghittoso astensionismo scientifico è perciò completamente infondata.

Al contrario, ciò che suscita consistenti perplessità è la pretesa di gettare a mare qualunque altra ipotesi teorica ed ogni altro indirizzo di ricerca che sia al di fuori del paradigma criminologico e della prospettiva politica in cui si muove l'interesse speculativo della 'nuova' criminologia ⁽¹⁵⁶⁾. Un interesse che, tanto per fare un esempio, è per lo meno sorprendente non abbia ancora 'scoperto' il punto di vista della vittima nei processi di controllo sociale e giuridico della devianza ⁽¹⁵⁷⁾. Ma al di là di questo, ed al di là del fatto che la 'nuova' criminologia è ancora debitrice di più consistenti supporti empirici circa talune delle sue meno marginali asserzioni ⁽¹⁵⁸⁾, la 'disinvolturna' con cui determinate scelte di principio vengono talvolta traslate sul terreno dell'azione pratica è particolarmente eviden-

⁽¹⁵⁶⁾ Ha dunque ragione G. KAISER, ad affermare che « non la criminologia tradizionale, bensì quella « critica », insieme a tutti gli altri approcci alternativi, si muove in un orizzonte speculativo ristretto »: *Neuere Entwicklungstendenzen*, cit., 278.

⁽¹⁵⁷⁾ Dal momento che buona parte della giustizia penale funziona su sollecitazione 'privata', e dunque anche per effetto dell'iniziativa della vittima, sarebbe apparso logico che questi aspetti filtrassero nell'oggetto di ricerca di una criminologia pressoché esclusivamente interessata allo studio dei processi di 'selezione' della criminalità. Il punto è che la selezione degli organi ufficiali di reazione penale è funzionale all'ipotesi teorica esplicativa della criminologia 'critica', la selezione operata dalla vittima lo è chiaramente assai meno. Su questo problema cfr. G. KAISER, *Was ist eigentlich kritisch an der « kritischen » Kriminologie?*, cit. n. 154, 526-7; dello stesso, *Strafrechtssoziologie - Dimension oder Partitur der Kriminologie?*, in: *MschKrim* 1979, (50 ss.) 60.

⁽¹⁵⁸⁾ Il riferimento è alle modalità di valutazione della cifra oscura. Le ricerche empiriche dimostrano, come si sa, che questa è enorme, soprattutto in taluni settori (v. KAISER, *Kriminologie*, 233 ss.): la « selezione » è dunque un fatto, con cui bisogna fare i conti. Le indagini fin qui effettuate non dimostrano affatto, però, che la criminalità è ugualmente presente in tutti i settori della società, e tanto meno che la selezione avviene costantemente secondo la fascia sociale di appartenenza. V. al riguardo H. SCHÖCH, *Ist Kriminalität normal? Probleme und Ergebnisse der Dunkelfeldforschung*, in: *Kriminologische Gegenwartsfragen*, Bd. 12, 1976, 211 ss. *Contra*: F. SACK, *Probleme der Kriminalsoziologie*, cit., 287 ss.

te in certe prese di posizione relative alla ricerca teorico-pratica nel settore delle sanzioni penali.

Qui infatti, se è pienamente comprensibile — ma non condivisibile — il rifiuto dell'indagine penologica in quanto 'servente' ad un sistema penale che si rigetta in radice, è invece veramente difficile comprendere come possa giustificarsi, nell'area giuridica europeo-occidentale, che la campagna contro l'ideologia del trattamento venga sorretta dall'argomentazione che, per tal via, si praticerebbe in realtà la « medicalizzazione » della devianza. È difficile comprendere questa affermazione se riferita, per esempio, alla realtà tedesca: dove l'83 % delle condanne penali concerne pene pecuniarie, gli indici della sospensione condizionale sono piuttosto elevati e gli internamenti in ospedale psichiatrico connessi a condanna penale sono in costante regresso ⁽¹⁵⁹⁾. Tanto più incomprensibile è poi questo atteggiamento se riferito alla situazione italiana: se l'ideologia del trattamento ha comportato infatti un pericolo, questo è che qualcuno dei possibili interessati abbia potuto credere davvero che la società si fosse decisa sul serio a far qualcosa per lui ⁽¹⁶⁰⁾. Quanto alla « medicalizzazione » della devianza, criminale o no, da noi il pendolo oscilla — almeno da qualche tempo — nella direzione esattamente contraria.

Chi non abbia le 'certezze' della 'nuova' criminologia — e tanto meno la 'certezza' che « la storia del diritto penale è anche la storia della sua abolizione » ⁽¹⁶¹⁾ — si trova oggi in una

⁽¹⁵⁹⁾ V. da ultimo G. KAISER, *Strafrechtssoziologie - Dimension oder Partitur der Kriminologie?*, cit. n. 157, 59.

⁽¹⁶⁰⁾ Sui problemi dell'applicazione della riforma penitenziaria in Italia v. soprattutto il volume: *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, a cura di V. GREVI, 1980; dello stesso V. GREVI, v. anche il lucido quadro tracciato in: *Das italienische Strafvollzugsgesetz. Eine Bilanz fünf Jahre nach der Reform*, in: ZStW 94 (1982), 497 ss.

⁽¹⁶¹⁾ Così LÜDERSSEN/SACK, *Abweichendes Verhalten I*, cit. n. 137. *Contra*: W. NAUCKE, *Tendenzen in der Strafrechtsentwicklung*, 1975, 27 ss.; MAURACH/ZIPF,

posizione tutt'altro che comoda: per prima cosa nella necessità di 'sporcarsi le mani' con il diritto penale e con la politica criminale 'di oggi' e del domani più prossimo; tanto più che dietro l'angolo — o anche un po' più lontano — non c'è affatto «qualcosa di meglio del diritto penale» (¹⁶²). Per chi non abbia le 'certezze' della 'nuova' criminologia, ed attenda con sincero interesse l'ormai annunciata palingenesi della scienza del diritto penale ed il suo 'nuovo' modello integrato, l'impegno ad intensificare *oggi ed al più presto* la comunicazione tra legislazione penale e scienze criminali dovrà ancora avvalersi di un modello interdisciplinare se si vuole antiquato — nonostante le ristrutturazioni pur di recente subite (¹⁶³) — ma che resta un formidabile strumento teorico nelle mani di chi non sia disposto, nell'attesa del 'nuovo', a ritirare il suo contributo alla campagna per una politica criminale almeno un po' più controllabile ed un po' meno irrazionale (¹⁶⁴).

In fondo una scelta, questa, che come alternativa avrebbe — nel migliore dei casi — l'immobilismo, o il rifugio nell'utopia (¹⁶⁵). Quanto all'immobilismo: neanche il tentativo di tabuizzare il 'vecchio' modello integrato — rinfacciandogli la stretta

Strafrecht A. T., Bd. 1, 81 s.; G. KAISER, *Kriminalpolitik ohne kriminologische Grundlage?*, cit. n. 10, 495-6; con particolare lucidità M. ROMANO, *Prevenzione generale e prospettive di riforma del codice penale italiano*, in: *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, 1980, (151 ss.) 152 ss.

(¹⁶²) Secondo la nota espressione di G. RADBRUCH di recente ripresa da A. BARATTA, *Criminologia e dogmatica penale*, cit. n. 148, 172. Per la critica, v. G. MARINUCCI, *L'abbandono del Codice Rocco: tra rassegnazione ed utopia*, cit. n. 109, 300 ss.

(¹⁶³) V. H. SCHÖCH, *Kriminologie und Sanktionsgesetzgebung*, cit. n. 57, passim; H. W. SCHÜNEMANN, *Sozialwissenschaften und Jurisprudenz*, 1976, 35-6.

(¹⁶⁴) V. G. MARINUCCI, *L'abbandono del codice Rocco*, cit. n. 109, 309.

(¹⁶⁵) Nel peggiore dei casi, si correrebbe il rischio che «sotto le bandiere del progresso» — secondo il monito di C. ROXIN recentemente fatto proprio da MARINUCCI, — si finisca per servire «la reazione»: in: *Questione criminale* 1981, 314.

parentela col codice Rocco — è in grado, a ben guardare, di fornire una giustificazione convincente ⁽¹⁶⁶⁾. L'utopia, invece, presenta almeno il vantaggio di non dover prestare spiegazioni: non 'sta' da nessuna parte, e non ne fa mistero.

7. - *Conclusione: un moderato ottimismo.*

Nella 'lunga marcia' verso un costruttivo rapporto con le scienze criminali, è condizione necessaria che molti passi vengano fatti anche sul versante della teoria della legislazione penale ⁽¹⁶⁷⁾. Condizione necessaria, ma non sufficiente; ad essa deve affiancarsi — è stato ribadito di recente con grande chiarezza — uno sforzo non meno intenso sul terreno della *scienza della politica* ⁽¹⁶⁸⁾.

Per quanto concerne i problemi teorici e pratici della razionalizzazione del lavoro politico-legislativo, non è certo questa la sede per riferire degli importanti sviluppi che soprattutto negli ultimi anni è stato possibile registrare ⁽¹⁶⁹⁾. Per quanto riguarda in particolare la problematica del processo di legislazione penale, non può invece non salutarsi con giustificato compiacimento il rinnovato interesse che la scienza penalistica va manife-

⁽¹⁶⁶⁾ Esigere l'abbandono del « vecchio » modello con l'argomento che « anche il codice Rocco, di cui si lamenta nel nostro dibattito la sopravvivenza, è in buona parte frutto di quel modello integrato di scienza penale » non è condivisibile. Ciò che è in gioco, infatti, è la struttura teorica del modello, non certo i risultati storicamente condizionati — dal livello delle conoscenze empiriche, dalle condizioni politiche, sociali, ideologiche, etc. — cui esso ha dato in parte luogo 60 anni orsono (la citazione è tratta da A. Baratta, *Criminologia critica*, cit. n. 152, 380).

⁽¹⁶⁷⁾ V. per tutti, G. MARINUCCI, *L'abbandono del codice Rocco*, cit. n. 109, 306.

⁽¹⁶⁸⁾ K. AMELUNG, *Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung*, cit. n. 43, 22 ss.

⁽¹⁶⁹⁾ V. l'esposizione di K. AMELUNG, op. ult. cit., 24 ss. e l'abbondante bibliografia ivi citata.

stando in questi ultimi anni per questo settore di così vitale importanza.

I nomi di *Peter Noll* e *Jürgen Rödig* sono di per sé sufficienti a testimoniare la qualità dei risultati ormai saldamente disponibili sul terreno della *teoria* della legislazione penale ⁽¹⁷⁰⁾. Quanto alla possibilità, oltre che alla necessità, della rifondazione di una *scienza* della legislazione penale adeguata alle esigenze politico-criminali e di ordine costituzionale proprie dei sistemi penali del moderno stato di diritto, interessanti prospettive vengono additate da un recentissimo studio di *Johannes Driendl* ⁽¹⁷¹⁾.

In presenza di un quadro di riferimento teorico-metodologico probabilmente mai come in questi ultimi anni articolato e consistente, non può davvero meravigliare che si levino ormai insistenti, e pressoché senza soluzione di continuità, le voci di quanti esigono una svolta sostanziale nella qualità della produzione legislativa penale. Parola d'ordine: più professionalità — nella terminologia di *Noll*: maggiore « obbiettivazione » ⁽¹⁷²⁾ — nell'organizzazione del lavoro legislativo ⁽¹⁷³⁾, più precisione nella formulazione delle singole scelte normative ⁽¹⁷⁴⁾.

⁽¹⁷⁰⁾ A taluni dei più importanti lavori di P. NOLL su questo terreno si è già fatto riferimento. Quanto al lavoro di J. RÖDIG, v. soprattutto *Schriften zur juristischen Logik*, Band-Schmiedel-Mevissen Hrsg., 1980 (soprattutto il saggio su: *Gesetzgebungstheorie*, 251 ss.) e la raccolta *Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung*, da lui curata, 1976.

⁽¹⁷¹⁾ *Zur Notwendigkeit und Möglichkeit einer Strafgeseztgebungswissenschaft in der Gegenwart*, 1983, soprattutto 39 ss. e 55 ss.

⁽¹⁷²⁾ *Gesetzgebungslehre*, cit., 94.

⁽¹⁷³⁾ W. NAUCKE (*Strafrecht*, IV Aufl., 1982) lamenta ironicamente che « das Gesetzemachen » non è riconosciuto come professione (43).

⁽¹⁷⁴⁾ Per tutti, W. NAUCKE, *Über Generalklauseln und Rechtsanwendung im Strafrecht*, 1973, 3 ss.; di recente denuncia espressamente P. NUVOLONE, il « linguaggio tecnicamente molto approssimativo » dell'ultima produzione penal-legislativa in Italia: *La parte generale del codice Rocco cinquant'anni dopo*, in: *Questione criminale* 1981, 46.

Tirando le somme: il ponte tra criminologia — politica criminale — legislazione penale è sicuramente gettato ⁽¹⁷⁵⁾. La teoria dei loro reciproci rapporti dispone ormai di una struttura concettuale su cui è possibile fare pienamente affidamento. Quanto poi alla prassi del loro rapporto, se sussiste — come pare — un reale interesse ad intensificare la comunicazione, non dovrà muoversi al buio nella ricerca di un concreto giovamento.

(175) C. ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, II Auflage, 1973, 40. Pur con tutti i ritardi e le insufficienze che ancora persistono: G. KAISER, *Kriminalpolitik ohne kriminologische Grundlage?*, cit. n. 10, 501-2-3.

PARTE II

La prassi del rapporto fra diritto penale e criminologia: in particolare, dommatica penale e scienze empirico-sociali.

SOMMARIO: 1. Sull' "incomunicabilità" fra dommatica del diritto penale e criminologia: ovvero, l'eredità del difficile rapporto tra sociologia e giurisprudenza. — 2. Dall'integrazione 'a tappeto' di J. Feest all'integrazione 'mirata' di F. Schaffstein: metodologia, struttura e insufficienze di due recenti proposte programmatiche. — 3. Empiria e dommatica nella teoria e nella prassi del processo penale: l'accertamento degli elementi soggettivi del reato e il problema del rapporto giudice-perito. — 4. La giurisprudenza « dinnanzi alle porte della sociologia »: le ragioni di un'offerta e di un rifiuto. — 5. Sulle insufficienze della metodologia di lavoro del sociologo: critica del diritto penale e disimpegno nella ricerca di proposte alternative? — 6. La precarietà del rapporto tra scienza del diritto penale e prassi applicativa: la teoria della delimitazione tra dolo eventuale e colpa cosciente. Ovvero: le 'occasioni perdute' per la critica criminologica alla dommatica del diritto penale. — 7. Criminologia e dommatica: le difficoltà ed i limiti di un confronto necessario.

1. - Sull' "incomunicabilità" fra dommatica del diritto penale e criminologia: ovvero, l'eredità del difficile rapporto tra sociologia e giurisprudenza.

« La parziale svolta negli sviluppi del diritto penale moderno verso un più accentuato orientamento allo scopo (*Zweckstrafrecht*) ed una maggiore apertura alla realtà con cui esso viene a contatto (*Strafrechtswirklichkeit*), stimola vieppiù ad integrare nella letteratura penalistica il complesso delle cono-

scienze empiriche finora acquisite » ⁽¹⁾. Al di là dell'apparenza, questa recente perorazione non costituisce affatto il segno di un'ormai consolidata evoluzione nel rapporto tra dommatica penale e scienze criminali, quanto invece la frustrante constatazione dell'incapacità ad ammodernare tale relazione. Che di 'frustrazione' ed 'ammodernamento' si tratti, è facile comprendere: sulle spalle di questa vicenda c'è tutta intera la storia, ben più lunga e tormentata, del sempre impervio rapporto tra *sociologia* e *giurisprudenza* ⁽²⁾.

Almeno da quando la netta separazione tra sociologia quale scienza *empirica* del reale e giurisprudenza quale scienza *normativa* del dover essere ha lasciato il campo a visioni un po' più complesse — e decisamente meno trasparenti nei loro svolgimenti teorici; almeno da quando può ritenersi sufficientemente acquisito che c'è tanta « normatività » nelle scienze sociali per quanta « empiria » nei materiali e nelle categorie argomentative delle scienze giuridiche ⁽³⁾; almeno da allora è pacifico, per il giurista interessato ad una « giurisprudenza del dettaglio umano », che questa — se non voglia restare al livello di mera speculazione accademica — deve « penetrare profondamente nei risultati delle scienze empirico-sociali » ⁽⁴⁾. Ripercorrere le fasi ed i non lineari sviluppi di una vicenda del genere non può

⁽¹⁾ G. KAISER, *Kriminologie als angewandte Wissenschaft*, in: *Lebendiges Strafrecht, Festgabe für H. SCHULTZ*, 1977, (514 ss.) 517; cfr. F. SCHAFFSTEIN, *Kriminologie und Strafrechtskommentare*, in: *Fest. für H. HENKEL*, 1974, 215 ss.; W. MAIHOFFER, *Gesamte Strafrechtswissenschaft*, in: *Fest. für H. HENKEL*, cit., 75.

⁽²⁾ Per i primi orientamenti v. K. D. OPP, *Soziologie im Recht*, 1973, 41 ss.; H. ROTTLEUTHNER, *Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft*, 1973, 245 ss.; R. LAUTMANN, *Soziologie vor den Toren der Jurisprudenz*, 1971, 9-43.

⁽³⁾ Per tutti: R. LAUTMANN, *Soziologie und Rechtswissenschaft*, in: *Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaften*, Bd. 1, D. GRIMM (Hrsg.), 1973, (35 ss.) 38-9-40. Così da ultimi K. LÜDERSSEN/F. SACK, *Einleitung*, in: *Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht, I Teilband*, 1980, 9.

⁽⁴⁾ Entrambe le espressioni sono di W. NAUCKE, *Über die juristische Relevanz der Sozialwissenschaften*, 1972, 72.

essere certo tentato in un lavoro che ha un ben più ristretto interesse ⁽⁵⁾. Qui importa soltanto sottolineare come, un po' paradossalmente, l'acquisita consapevolezza teorica dell'inevitabilità di un rapporto fattualmente già da tempo instaurato, se da una parte ha sicuramente fomentato il dibattito, dall'altra non ha davvero facilitato la ricerca di un consistente terreno d'incontro. Al *j'accuse* delle scienze sociali: 'la giurisprudenza rifiuta la nostra collaborazione' ⁽⁶⁾, ha fatto presto riscontro l'atteggiamento disincantato ed un po' provocatorio con cui il giurista ha replicato — nel migliore dei casi: 'ma le scienze empirico-sociali hanno tempo solo per le *grandi* questioni del diritto: metodologia, teoria generale, legittimazione, studio delle funzioni; per i mille *piccole* problemi del *jus* positivo, esse hanno invece assai poco da offrire' ⁽⁷⁾.

Le vicende del rapporto tra dommatica del diritto penale e criminologia risultano un po' più comprensibili ove vengano lette nella prospettiva della ben più ampia *querelle* di cui sono esse stesse espressione — ed espressione delle più concrete, perciò anche delle più intellegibili: tra i fattori maggiormente disfunzionali alla proficuità del dibattito è infatti la costante

⁽⁵⁾ Una sintesi delle fasi salienti di questo lungo dibattito ed un quadro aggiornato della situazione attuale è tracciato da A. BÜLLEBACH, *Rechtswissenschaft und Sozialwissenschaft*, in: *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, Art. KAUFMANN/W. HASSEMER (Hrsg.), 1977, 199 ss.

⁽⁶⁾ V. ad esempio la vigorosa denuncia di K. D. OPP, *Zur Anwendbarkeit der Soziologie im Strafprozess*, in: H. JÄGER (Hrsg.), *Kriminologie im Strafprozess*, 1980, (21 ss.) 40 ss.; cfr. altresì G. STRUCK, *Rechtswissenschaft und Soziologie*, in: D. GRIMM (Hrsg.), *Rechtswissenschaft*, cit. n. 3, (13 ss.) 25 ss., e da ultimo R. LAUTMANN, *Wie hermetisch denkt die Strafrechtsdogmatik?*, in: *Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht*, LÜDERSSEN/SACK (Hrsg.), II Teilbd., 1980, 610.

⁽⁷⁾ Emblematico, a questo riguardo, l'atteggiamento di W. NAUCKE, *Über die Relevanz*, cit. n. 4, 55 ss., e *Über die Zusammenarbeit zwischen Juristen und Rechtssoziologen*, in: *Die Funktion des Rechts in der modernen Gesellschaft*, Jarbuch f. Rechtssoziologie und Rechtstheorie, I, 1970, (491 ss.) 494 s.

tendenza all'astrazione, cui non fa purtroppo riscontro — se non in casi sporadici — un adeguato supporto di analisi in dettaglio. Una cosa è comunque assodata: soprattutto in tempi più recenti, occhi acuti — capaci cioè di guardare al di là del contingente, e soprattutto al di là dell'insormontabile cortina che da sempre paralizza l'unica vera *chance* di un fruttuoso contatto tra dommatica penale e scienze empiriche, cioè la *chance* che la comunicazione si estenda dalla teoria alla prassi del loro rapporto — occhi capaci di guardare almeno tanto lontano, si diceva, non sono certo mancati.

Al più tardi dai primi anni '60, tra le chiavi di lettura più accreditate per la stesura dei bilanci consuntivi e di previsione circa lo ' stato ' delle scienze criminali nell'area giuridica europea, è appunto il quesito inerente alla rilevanza delle conoscenze empiriche tanto nel lavoro dommatico di elaborazione e sistematizzazione dei principi normativi, quanto in sede operativa, nei processi di concreta attuazione del diritto ⁽⁸⁾. Il bilancio consuntivo è invariabilmente negativo: non il giudice né il pubblico ministero, ma tanto meno il « teorico » del diritto penale si sono ancora accorti che il loro lavoro può essere integrato, per molti aspetti razionalizzato, includendo la criminologia e le sue acquisizioni nello strumentario di cui tradizionalmente si servono, uno strumentario che è e resta « esclusivamente dommatico » ⁽⁹⁾. La scienza del diritto penale semplicemente « ignora » i materiali della ricerca empirica ⁽¹⁰⁾. La pro-

⁽⁸⁾ V. soprattutto v. WEBER, *Die Bedeutung der Kriminologie für die Strafrechtspflege*, in: *Kriminologie und Vollzug der Freiheitsstrafe*, (Hrsg.) T. WÜRTENBERGER, 1961, (14 ss.) 17 ss.; T. WÜRTENBERGER, *Entwicklung und Lage der Kriminologie in Deutschland*, in: *Juristen-Jahrbuch*, G. ERDSIECK (Hrsg.) 5 Bd., 1964-5, (147 ss.) 164 ss.

⁽⁹⁾ Così v. WEBER, op. ult. cit., 17.

⁽¹⁰⁾ Così T. WÜRTENBERGER, *Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, II Aufl., 1959, 9.

va: « nei commentari, ma anche nei manuali e nelle monografie, non si incontra alcuna criminologia »; qualche timida apertura in tal senso corre addirittura il rischio di vedersi bollata quale pericoloso « sociologismo » ⁽¹¹⁾. Ancor più desolante il bilancio di previsione, che non va più in là di un auspicio: la « speranza », appunto, che alla scienza empirica della criminalità venga prima o poi riconosciuto il ruolo di « fidata consigliera » della prassi del diritto penale » ⁽¹²⁾.

I fatti dimostrano, purtroppo, che tra il 'prima' e il 'poi' la scelta deve essere evidentemente caduta sul 'poi': gli ultimi venti anni di storia del rapporto tra criminologia e dommatica del diritto penale sono la storia di una serie pressoché ininterrotta di appelli, raccomandazioni, accorate dichiarazioni d'intenti: attività, tutte, il cui comun denominatore è facile identificare — sia detto senza ombra di cinismo — nell'inanità dello sforzo che esprimono, e nel *pathos* in cui spesso finiscono ⁽¹³⁾. Le cause dell'improduttività di questo sforzo sono molteplici, e tutt'altro che agevoli da enucleare: è certo tuttavia che se esistono oggi le condizioni per andare almeno un passo più innanzi, è appunto dalla verifica di queste cause che devono essere attinti gli spunti e gli orientamenti necessari ad ogni successiva ricerca. Un'indicazione di fondamentale importanza può essere assunta controllando la prospettiva metodologica che alle tendenze integratrici è stata in prevalenza additata nel corso di questi ultimi anni.

⁽¹¹⁾ Così v. WEBER, op. ult. cit., rispettivamente 17 e 19.

⁽¹²⁾ T. WÜRTEMBERGER, *Entwicklung und Lage*, cit. n. 8, 166.

⁽¹³⁾ V. ad esempio K. PETERS (*W. Sauer als Kriminologe*, in: *MschKrim.* 1959, 65 ss.) il quale esige che si superi la « radicata abitudine mentale » a considerare separatamente la prospettiva giuridica e quella criminologica (67), e R. LANGE (*Besprechung di A. Schönke, StGB, 6 Aufl.*, in: *ZStW* 65 (1953) 71 ss.) il quale lamenta che criminologia e dommatica del diritto penale stiano « l'una accanto all'altra, ma senza comunicare » (75).

2. - *Dall'integrazione 'a tappeto' di J. Feest all'integrazione 'mirata' di F. Schaffstein: metodologia, struttura e insufficienze di due recenti proposte programmatiche.*

L'espressione più chiara, ed il portato più tangibile, di questa prospettiva di lavoro si lascia cogliere con estrema facilità in una proposta avanzata da *Johannes Feest* già diversi anni orsono: è la proposta di scrivere un « commentario al codice penale dal punto di vista delle scienze sociali » ⁽¹⁴⁾. Il progetto non è davvero cosa da poco: nelle forme dei commentari tradizionali calare qualcosa di « completamente nuovo », e cioè sostituire alle spiegazioni dommatiche ed ai consueti richiami di dottrina e giurisprudenza interpretazioni fondate sui risultati della ricerca empirica, ed indicazioni bibliografiche afferenti al medesimo arco di discipline. In particolare, grande è l'aspettativa circa le prospettive di intervento che una verifica delle ipotesi empiriche sottese alle singole norme, o all'applicazione che di esse è stata fatta, non potrebbe fare a meno di schiudere ⁽¹⁵⁾.

Il programma di *Feest* non è mai riuscito a superare — almeno finora — la fase di ambizioso progetto: né si intravedono segni che autorizzino, per l'immediato futuro, a prevedere un più fausto destino. Di questo programma si ritrova forse un'eco in un intervento di poco successivo, con cui *Schaffstein* rinnova l'invito, espressamente rivolto alla dommatica del diritto penale, a non trascurare più a lungo l'apporto delle scienze « del delitto e della pena » ⁽¹⁶⁾. Ma *Schaffstein* si guarda bene dal riproporre

⁽¹⁴⁾ J. FEEST, *Notizen zur Idee einer Kommentierung des Strafgesetzbuches in sozialwissenschaftlicher Absicht*, in: *Krim J.* 1970, 259 ss.

⁽¹⁵⁾ J. FEEST, op. ult. cit., 259.

⁽¹⁶⁾ F. SCHAFFSTEIN, *Kriminologie und Strafrechtskommentare*, in: *Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft*, in: *Fest. für H. Henkel*, 1974, (215 ss.) 216. Dello stesso SCHAFFSTEIN, v. già *Spielraumtheorie, Schuldbegriff und Strafzumessung nach den Strafrechtsreformgesetzen*, in: *Fest. für W. Gallas*, 1973, 99 ss., circa la possibilità di integrare conoscenze empiriche nella *Strafzumessung*.

iniziative così in grande stile quali quelle auspiccate da *Feest*: il suo invito è molto più circoscritto, più misurato. Egli ricorda ai giuristi, con la consueta incisività espositiva, che soprattutto i « più recenti sviluppi » della criminologia sono ormai suscettibili di essere elaborati nella dommatica del diritto positivo: e non a caso i riferimenti essenziali appuntano all'imputabilità, al diritto penale minorile, alla sospensione condizionale della pena ⁽¹⁷⁾: terreni sui quali l'incontro tra dommatica ed empiria è — per così dire — precostituito per legge. L'integrazione caldeggiata da *Schaffstein* è un'integrazione costantemente 'mirata' ⁽¹⁸⁾: pur così ridimensionata, rimane tuttavia anch'essa — è questa l'amara lezione dei fatti — una meta fuori portata per l'attuale prassi del rapporto tra criminologia e diritto penale.

Quanta empiria debba essere elaborata in quale dommatica del diritto positivo: tra le cause del fallimento dei programmi di integrazione sicuramente *non* è l'ampiezza del materiale 'di contatto', né quanto all'entità dei dati empirici da immettere nel sistema normativo, né quanto all'entità delle aree del sistema rispettivamente interessate. Le cause del fallimento sono, in ogni caso, di altra natura: questa la prima indicazione — in negativo — cui è necessario orientare qualsiasi ricerca. Indicazioni più concrete, e soprattutto in positivo, possono essere assunte da una più attenta verifica della struttura dei programmi di integrazione di cui qui si discute.

Lo schema proposto da *Feest* per la stesura del commentario sociologico al codice penale è estremamente articolato: vengono enunciate e coordinate una fitta serie di ipotesi empiriche su cui, consapevolmente o meno, avrebbero costruito i giuristi il loro imponente edificio dommatico-interpretativo del codice vi-

⁽¹⁷⁾ Così in: *Kriminologie und Strafrechtskommentare*, cit. n. 16, rispettivamente 216 e 219 ss.

⁽¹⁸⁾ Obbiettivi primari sono: teoria della commisurazione della pena e prognosi di pericolosità: *Kriminologie*, cit. n. 16, 219 ss.

gente. La prospettata analisi empirica spazia dal concetto di bene giuridico a quello di dannosità sociale, dall'effetto general-preventivo della minaccia penale ad eventuali alternative a quest'ultima ⁽¹⁹⁾. Un progetto ben congegnato e sicuramente realizzabile: ma ove ciò accadesse, come è certo auspicabile, non avanzerebbe comunque di un passo l'integrazione delle scienze empirico-criminali nella dommatica del diritto positivo. Ciò diventa particolarmente evidente quando la progettazione delle linee metodologiche generali del commentario cede il passo all'esemplificazione, concretamente sviluppata in relazione alla disciplina penale dell'aborto.

Chi abortisce e perché; danni fisio-psichici della madre, danni per la collettività; se e quanto sia nota la punibilità dell'aborto; quali le probabilità di essere scoperti; rapporto tra norma penale e norme sociali (etiche, religiose, etc.); cosa si fa e cosa dovrebbe esser fatto per impedire la recidiva. Questi ed altri i temi su cui dovrebbe articolarsi il commentario al delitto di aborto ⁽²⁰⁾. Con temi di questo genere può svilupparsi una proficua discussione di *politica del diritto* sulla normativa cui si fa riferimento: per l'elaborazione *dommatica* del delitto di aborto, temi del genere sono invece sterili, perché del tutto non pertinenti ⁽²¹⁾. Con essi infatti non si introduce alcuna 'empiria' nel diritto positivo: si possono invece controllare talune delle ipotesi empiriche su cui questo —con consapevolezza o no— è stato basato. Col commentario proposto da *Feest* possono perciò tutt'al più delinearsi i presupposti per una critica del diritto vigente nella prospettiva delle scienze sociali. Ma si badi bene: i *presupposti*, non certo la critica *tout court*. Perché una critica seriamente impostata possa effettivamente esercitarsi, bi-

⁽¹⁹⁾ J. FEEST, *Notizen zur Idee einer Kommentierung*, cit. n. 14, 260 ss.

⁽²⁰⁾ J. FEEST, op. ult. cit., 260-1-2.

⁽²¹⁾ Cfr. W. NAUCKE, *Über die Relevanz*, cit. n. 4, 60 ss. e nota 69.

sognerebbe dare per scontato che si disponga di un ulteriore anello di congiunzione, che è in realtà prioritario: tale anello consiste in una struttura teorica ed argomentativa capace di dar lumi circa il come ed il quando determinate acquisizioni delle scienze empiriche possano essere elaborate all'interno di scelte normative.

Soltanto all'interno di una tale struttura i punti di vista enucleati da *Feest* assumerebbero rilievo nella prospettiva di una « permanente riforma del diritto penale » ⁽²²⁾. Al di fuori di questa struttura, essi restano ciò che sono: dati empirici *di per sé* assolutamente 'muti' quanto al significato ed al tipo di rilevanza che deve esse loro di volta in volta assegnato ⁽²³⁾. Questa grave sfasatura metodica è stata almeno in qualche modo intuita, se è vero che la teoria del rapporto tra dommatica penale e scienze empirico-criminali si è finora astenuta dall'inserire nella sua agenda di lavoro il progetto che di questa sfasatura è così eclatante espressione.

Il programma di integrazione 'selettiva' presentato da *Schaffstein* costituisce senza dubbio un'importante correzione di rotta: esso è tuttavia, al tempo stesso, anche la prova che non è ancora del tutto riuscito di mettere a fuoco la natura di questo ritardo e la strategia più idonea a superarlo. Nelle zone del sistema penale in cui più assiduo è stato l'impegno di ricerca

⁽²²⁾ Come giustamente sottolinea H. JÄGER, (*Veränderung des Strafrechts durch Kriminologie? Ansätze zur Konkretisierung interdisziplinärer Kooperation*, in: *Krim. J.* 1976, (98 ss.) 100) in ciò risiede appunto il senso della proposta programmatica di J. FEEST.

⁽²³⁾ Questa prospettiva viene ad esempio sviluppata con grande chiarezza da K. LÜDERSSEN quando dimostra la diversità delle indicazioni politico-criminali che di volta in volta derivano dalle ricerche empiriche sull'entità della cifra oscura nei diversi settori del sistema penale (v. *Strafrecht und « Dunkelziffer »*, ora in: *Seminar: Abweichendes Verhalten I, Die selektiven Normen der Gesellschaft*, Lüderssen/Sack (*Hrsg.*), 1974, 244 ss.). V. al riguardo anche H. SCHULTZ, *Von der dreifachen Bedeutung der Dunkelziffer*, in: *Fest. H. HENKEL*, 1974, (239 ss.) 241 ss.

delle scienze empiriche, il 'bisogno' di integrazione è particolarmente evidente: ma è proprio in queste zone dove la mancanza di una struttura teorica capace di garantire un'integrazione 'ragionata' si fa sentire con maggiore insistenza. L'esempio della sospensione condizionale della pena, fondamentale nel progetto di *Schaffstein*, è al riguardo estremamente emblematico ⁽²⁴⁾.

Nella struttura della sospensione condizionale la c.d. prognosi di non pericolosità occupa un posto centrale. È noto che tale prognosi viene effettuata dal giudice in modo sostanzialmente intuitivo: sulla base cioè della sua personale esperienza, tutt'al più facendo ricorso a qualcuna delle numerose 'teorie del senso comune' ⁽²⁵⁾. Su questo terreno la criminologia è ormai al lavoro da un buon numero d'anni: tabelle prognostiche, indici di affidabilità, percentuali di rischio: è inammissibile che di tutto ciò la dommatica della sospensione della pena continui a non tenere il minimo conto ⁽²⁶⁾. Ad una denuncia del genere è difficile rifiutare la propria adesione: deve essere però chiaro che essa non dice ancora in alcun modo quale sia la rilevanza *normativa* da riconoscere al dato empirico nella struttura della condanna condizionale. Una più 'illuminata' conoscenza delle componenti empiriche della situazione da disciplinare è sicuramente indispensabile alla controllabilità ed alla razionalità complessiva della decisione: ma almeno nei sistemi penali del-

⁽²⁴⁾ F. SCHAFFSTEIN, *Kriminologie und Strafrechtskommentare*, cit. n. 16, 221 ss.

⁽²⁵⁾ A questa problematica viene dedicata, in un lavoro di prossima pubblicazione, tutto lo spazio che merita. Per ora v. soltanto H. SCHÖCH, *Kriminalprognose*, in: Kaiser-Schöch, *Kriminologie-Jugendstrafrecht-Strafvollzug*, 1979, 83 ss. Sulla tendenza del giudice penale a trascurare i risultati dell'indagine empirica anche lì dove esistono e sarebbero utilizzabili, v. l'ironico commento di H. W. SCHÜNE-MANN: « probabilmente i giudici penali si ritengono dei buoni criminologi » (*Sozialwissenschaften und Jurisprudenz*, 1976, 76).

⁽²⁶⁾ Così F. SCHAFFSTEIN, *Kriminologie*, cit. n. 16, 222 ss.

l'area e della tradizione giuridica europea, il dato empirico non reca mai implicito il criterio del suo significato normativo, nemmeno quando possa forse sembrare il contrario ⁽²⁷⁾. Soprattutto un'integrazione 'selettiva', che si proponga cioè di agire lì dove le condizioni di partenza sono più favorevoli, deve porsi l'inquietante problema delle modalità e dei limiti di attuazione del suo programma operativo.

3. - *Empiria e dommatica nella teoria e nella prassi del processo penale: l'accertamento degli elementi soggettivi del reato e il problema del rapporto giudice-perito.*

Almeno a questo punto della discussione è necessario sgombrare il campo da un pericoloso equivoco, che soprattutto in taluni recenti sviluppi del dibattito su: « diritto penale e scienze empirico-sociali » ha avuto modo di emergere in tutta la sua portata, rendendo ancora una volta palese quanto sia lungo il cammino che resta da compiere sulla via non tanto dell'integrazione, bensì già di una più proficua comunicazione ⁽²⁸⁾.

Il problema del rapporto tra dato empirico e realtà normativa non può essere in nessun caso discusso quale problema di *preminenza* tra scienze sociali e scienze giuridiche, tanto meno

(27) È questo il caso, per fare solo un esempio, del limite iniziale dell'imputabilità penale: qui sembrerebbe che dalla conoscenza della realtà empirica — età inferiore ai 14 anni — discenda automaticamente la decisione normativa. In realtà, è facile vedere che il criterio di rilevanza del dato non è affatto interno a quest'ultimo, ma è stato semplicemente attribuito *una volta per tutte* in sede legislativa.

(28) Il dibattito su: « diritto penale e scienze empiriche » è stato particolarmente promosso, negli ultimi anni, dalla scuola penalistica di Francoforte, come risulta dai lavori fin qui ampiamente citati. Dai riferimenti fin qui effettuati, risulta chiaro però che a questa discussione partecipa, con maggiore o minore assiduità, tutta la moderna dottrina penalistica, soprattutto di lingua tedesca.

come problema di *concorrenza* nella 'miglior' regolamentazione di situazioni di conflitto ⁽²⁹⁾. Se proprio dovesse essere indispensabile attribuirgli un'etichetta, potrebbe forse definirsi quale problema di *competenze* funzionali, con la riserva di precisare ampiezza e contenuti dei rispettivi ruoli. Per essere ancora più chiari: la subordinazione del dato empirico alla valorizzazione normativa che è indispensabile ogni volta attribuirgli, non significa affatto — come viene invece talvolta adombrato — 'diffidenza' dommatica verso la scienza che lo produce, se non addirittura velleitaria volontà di discriminazione tra empiria 'buona' — quella che non metterebbe in discussione la struttura dommatica della scienza giuridica — ed empiria meno 'buona' ⁽³⁰⁾. Approcci del genere sono certo utilissimi ad alimentare il dibattito, non sempre altrettanto utili, invece, a consentirgli un sostanziale progresso. Una rapida verifica di alcuni specifici problemi del rapporto tra empiria e dommatica nel vivo della prassi del diritto, ed in particolare nel processo penale, consente da una parte di vedere con maggiore chiarezza i termini reali della questione, e dall'altra fornisce un'attendibile chiave di lettura di talune posizioni piuttosto singolari ancora di

(29) Appunto in una prospettiva del genere sembrano invece inquadrarsi taluni recenti lavori di sociologi impegnati sul terreno della ricerca criminologica. Alcuni esempi: BRUSTEN/HERRIGER, *Schulpflichtverletzung und öffentliche Sozialkontrolle*, in: *Vom Nutzen und Nachteil*, cit. n. 6, 665 ss. (i sociologi non hanno alcun influsso sull'attività giudiziaria: 666); STANGL, *Scham oder Furcht und die Freiwilligkeit des Rücktritts vom Versuch*, in: *Vom Nutzen und Nachteil*, cit., 259 ss. (se si desse seriamente spazio alle scienze sociali nel processo, l'attività di applicazione del diritto verrebbe presto sospinta in insuperabili difficoltà: 275); NARR, *Wer darf wann und wo und in welcher Form Demonstrieren?*, in: *Vom Nutzen und Nachteil*, cit. 573 ss. (giuridicizzare i conflitti sociali non è affatto detto che sia la migliore scelta di politica criminale: 586).

(30) Questo è uno tra i maggiori rimproveri più o meno esplicitamente fatti da F. SACK all'indirizzo della scienza giuridica: *Die Chancen der Kooperation zwischen Strafrechtswissenschaft und Kriminologie. Probleme und offene Fragen*, in: *Seminar: Abweichendes Verhalten II, Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität*, 1, LÜDERSSEN/SACK (Hrsg) 1975, (346 ss.) 349-50 e 352-3.

recente emerse in questo dibattito di per sé già tutt'altro che semplice ⁽³¹⁾.

L'incontro tra empiria e dommatica nel processo penale è di quelli che non è possibile evitare. La « più ampia conoscenza del fatto in quanto accadimento storico ed una visione il più possibile esaustiva della personalità dell'agente e delle condizioni della sua esistenza individuale e sociale appaiono l'indispensabile premessa di qualunque concezione degli scopi del processo che si ritenga obbligata all'idea di giustizia » ⁽³²⁾. Il principio della c.d. verità materiale — ci si affretta però subito ad aggiungere — non può tuttavia valere « illimitatamente » ⁽³³⁾; il problema è che porre questi limiti — dove, quali, quanti — non è per nulla scontato, e non c'è fase o attività processuale che non lo confermi. Non può essere certo questa la sede per ricapitolare o comunque riprendere questa discussione nei suoi aspetti generali ⁽³⁴⁾; per ciò che qui serve, basterà ricordarne uno dei capitoli più scottanti, e perciò più emblematici: questo capitolo concerne l'accertamento processuale degli elementi soggettivi del reato.

Dolo, colpa, motivi a delinquere, coscienza dell'illiceità: non v'è processo penale che con queste o altre realtà psichiche individuali non debba in qualche modo confrontarsi. Che questo confronto sia agevole, o che di fatto comunque si svolga senza grossi intoppi, sarebbe difficile da sostenere anche per l'osservatore più superficiale o più benevolmente disposto. La realtà di

⁽³¹⁾ Il riferimento è soprattutto alle posizioni assunte da F. SACK nel lavoro cit. in n. 30. È tuttavia lecito affermare che queste sono ampiamente rappresentative di orientamenti piuttosto diffusi nell'area concettuale della criminologia « critica »).

⁽³²⁾ Così D. KRAUSS, *Das Prinzip der materiellen Wahrheit im Strafprozess*, in: *Fest. für F. Schaffstein*, 1975, (411 s.) 411.

⁽³³⁾ D. KRAUSS, op. loc. ult. cit.

⁽³⁴⁾ A questo riguardo, v. soprattutto K. VOLK, *Wahrheit und materielles Recht im Strafprozess*, 1980.

questo confronto, com'è noto, ha un volto estremamente diverso. Nessuna meraviglia, perciò, che il progressivo ampliamento delle conoscenze acquisite sul terreno psicologico e psichiatrico si sia tradotto, alla lunga, in una vigorosa polemica all'indirizzo della scienza giuridico-penale, accusata di preoccuparsi molto di distribuire 'etichette psicologiche' secondo criteri tutt'altro che scientifici, e di preoccuparsi piuttosto poco — invece — di ricostruire con metodologie e tecniche effettivamente affidabili la realtà psichica delle condotte sottoposte a processo ⁽³⁵⁾. Dinanzi ad accuse del genere, la costruzione di una prima linea di difesa è stata, tutto sommato, abbastanza agevole: con i suoi elementi soggettivi il diritto penale non si cura tanto di « psicologizzare », è stato detto, quanto piuttosto di « normativizzare »: nel senso che concetti come dolo, intenzione e simili « non hanno affatto la funzione precipua di cogliere una certa realtà, bensì invece quella di definire un accadimento dal punto di vista dommatico — e cioè in un modo predeterminato giuridicamente » ⁽³⁶⁾. La tendenza della prassi a non formalizzarsi troppo sull'accertamento degli stati psichici individuali avrebbe dunque una fondata ragione d'essere ⁽³⁷⁾. Tutto vero, o almeno plausibile. Ma con ar-

⁽³⁵⁾ Così soprattutto K. D. OPP. *Soziologie im Strafprozess*, cit. n. 6, 24 ss.; B. HAFKE, *Strafrechtsdogmatik und Tiefenpsychologie*, in: H. JÄGER (Hrsg) *Kriminologie*, cit. n. 6 (133 ss.) 135 ss. Il rapporto del penalista con la scienza « istituzionalmente » competente allo studio delle realtà psichiche individuali non è mai stato, del resto, tra i più agevoli. Sottolineava PLATZGUMMER, nel 1964, che il disagio della scienza penale verso una « psicologia troppo razionalistica ed intellettualistica » sembrava dovesse vieppiù aumentare (*Die Bewusstseinsform des Vorsatzes*, 36).

⁽³⁶⁾ Queste affermazioni appartengono a D. KRAUSS, *Das Prinzip der materiellen Wahrheit*, cit. n. 32, 416. Il che significa, dunque, che una « notevole perdita di contenuti reali » è assolutamente inevitabile (419).

⁽³⁷⁾ Cfr. H. JÄGER, *Subjektive Verbrechensmerkmale und psychologische Wahrheitsfindung*, in: *MsrchKrim.* 1978, (297 ss.) 299. Un atteggiamento, questo della prassi, che non sempre ha incontrato forti opposizioni da parte della dottrina degli elementi soggettivi del reato: la dommatica del dolo, ad esempio, « col termine *volere* introduce solo una parola il cui contenuto originario viene poi corretto di caso in caso secondo le esigenze dell'applicazione del diritto, di modo che ciò che esso indica

gomentazioni del genere è necessaria la massima prudenza: basta infatti assai poco a svilupparle fino al punto in cui gli elementi soggettivi del reato finiscano per diventare, in sostanza, null'altro che « ' titoli ' per determinate premesse della valutazione giuridica delle azioni umane », « titoli » i cui contenuti poco o nulla sarebbero forniti dalla competente scienza empirica: il diritto penale avrebbe piuttosto una sua « psicologia esoterica » (³⁸).

Un diritto ed un processo penale così inaspettatamente alleggeriti da ogni residuo ' scrupolo ' empirico non sono affatto impossibili da immaginare: forse sono addirittura il diritto e il processo penale che, come taluno ritiene (³⁹), vengono praticati già oggi, ogni giorno, fuori e dentro le aule di giustizia. Se così fosse, bisognerebbe allora che il giurista — e soprattutto il giurista penale — dopo aver sdegnosamente respinto le ben note tesi di *Luhmann* circa la natura e le funzioni del processo — e soprattutto la tesi concernente l'assenza, tra queste funzioni, del raggiungimento di obiettivi quali « accertamento della realtà », « realizzazione della giustizia », etc. (⁴⁰) — bisognerebbe dunque che il giurista si affretti almeno a dargli ragione (⁴¹). Se invece così non fosse — e non può né deve essere (⁴²) — si tratta invece

alla fine è un « volere in senso giuridico » (così E. SCHMIDHÄUSER, *Vorsatzbegriff und Begriffsjuriprudenz im Strafrecht*, 1968, 13). Per una corretta impostazione dei problemi di accertamento del dolo v. invece A. PECORARO-ALBANI, *Il dolo*, 1955, 602 ss.; BRICOLA, *Dolus in re ipsa*, 1960, 2 ss. e passim; GALLO, *Il dolo. Oggetto e accertamento*, 1953, 14 ss. e passim.

(³⁸) Così P. BOCKELMANN, *Bemerkungen über das Verhältnis des Strafrechts zur Moral und zur Psychologie*, in: *Gedäch. für G. Radbruch*, 1968, (252 ss.) 253.

(³⁹) K. D. OPP, *Soziologie im Strafprozess*, cit. n. 6, 24 ss.

(⁴⁰) N. LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, III Aufl., 1978, 17 ss., 41 ss., 107 ss.

(⁴¹) Per la critica delle tesi di LUHMANN, v. soprattutto J. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 1972, 205 ss. e D. KRAUSS, *Das Prinzip der materiellen Wahrheit*, cit. n. 32, 420 ss.

(⁴²) C. ROXIN, *Recht und soziale Wirklichkeit im Strafverfahren*, in: *Kriminologie und Strafverfahren, Kriminologische Gegenwartsfragen Bd. 12*, Göppinger-Kaiser (Hrsg), 1976, (9 ss.) 22.

di riconoscere che il problema del corretto accertamento degli elementi soggettivi nel processo penale esiste, ed è necessario fare i conti con esso ⁽⁴³⁾. Pur con tutte le limitazioni ed i 'distinguo' che è senza dubbio impossibile eliminare, quella di prendere sul serio le realtà psicologiche cui connette così rilevanti e soprattutto così differenziate conseguenze, è tra le « ottimali stravaganze » ⁽⁴⁴⁾ che il diritto penale non può non permettersi.

Ma la discussione sull'accertamento delle realtà psicologiche nel processo penale non consente soltanto di mettere a fuoco in una prospettiva di maggior concretezza il problema del rapporto tra dommatica del diritto penale e scienze empiriche. Essa permette anche di intravedere — ciò che è forse ancor più importante — una direzione in cui cercare di superare l'*impasse*. Un modo di fare i conti col problema dell'accertamento e della valutazione dei dati empirici nella prassi del diritto penale sembrerebbe infatti abbastanza a portata di mano, tanto a portata di mano da essere stato ormai da tempo recepito un po' in tutti i sistemi di diritto penale, codificati e non: la presenza d'un 'esperto', quale appunto è il perito, non serve forse ad assicurare l'ingresso nel processo penale di dati e conoscenze « professionalmente » garantite? ⁽⁴⁵⁾ Non si tratterebbe di fare altro, in sostanza, che allargare opportunamente un varco che già c'è.

L'ampliamento potrebbe cominciare, per esempio, da quel settore nel quale unanime è il parere che l'apporto delle scienze

⁽⁴³⁾ V. di recente i lucidi scritti di H. JÄGER, *Subjektive Verbrechenmerkmale*, cit. n. 37, 299 ss. e M. WALTER, *Die Subjektive Struktur der Handlung und Strafrecht*, in: *Krim J.* 1981, 207 ss.: « la struttura delle realtà psichiche ... costituisce anche per il diritto penale il punto obbligato di partenza »: 208).

⁽⁴⁴⁾ L'espressione è di D. KRAUSS, *Das Prinzip der materiellen Wahrheit*, cit. n. 32, 418.

⁽⁴⁵⁾ Per tutti, C. ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, 1982, 149: perito è chi agisce per incarico del giudice « *sachkundig* ».

empiriche, e della criminologia in particolare, è più che mai « indispensabile » ⁽⁴⁶⁾: se con un'opportuna 'apertura' all'empiria si potesse ottenere che la commisurazione giudiziale della pena si disincagliasse finalmente da quel *Dunkelfeld* della dommatica in cui ostinatamente rimane ⁽⁴⁷⁾, non sarebbe davvero un'impresa da poco. Del resto: la richiesta di fare spazio all'« esperto » nella determinazione della pena è stata già da più parti avanzata ⁽⁴⁸⁾, e per la condanna condizionale è stato addirittura proposto che sia messa « completamente nelle mani del criminologo » ⁽⁴⁹⁾. Ed in realtà: perché mai dovrebbe escludersi *a priori* l'utilità di innovazioni del genere? Ove riuscisse di superare gli evidenti problemi organizzativi e finanziari che ipotesi di questo tipo immancabilmente sollevano, non ci sarebbe davvero ragione per non verificarle con la dovuta attenzione. Una cosa però deve essere chiara fin d'ora: proposte del genere potrebbero forse aiutare a risolvere il problema di un più intenso afflusso di conoscenze empiriche nel diritto e nel processo penale, il che

⁽⁴⁶⁾ Da ultimo H. J. BRUNS, *Grundprobleme des Strafzumessungsrecht*, in: *ZStW* 94 (1982), (111 ss.) 117.

⁽⁴⁷⁾ L'espressione « *dogmatisches Dunkelfeld* » è di D. KRAUSS, *Das Prinzip der materiellen Wahrheit*, cit. n. 32, 426, in un contesto parzialmente diverso. L'avverbio « ostinatamente » non è qui adoperato a caso: la dommatica della commisurazione della pena ha compiuto un po' dappertutto, negli ultimi anni, passi che non è esagerato definire giganteschi. A puro titolo esemplificativo, si ricordano qui i lavori di E. DOLCINI (*La commisurazione della pena*, 1979), M. ROMANO (*Prevenzione generale e prospettive di riforma del codice penale italiano*, in: *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, cit., 151 ss.) ed A. STILE (*Probleme und Besonderheiten der Strafzumessung in Italien*, in: *ZStW* 94, 1982, 173 ss.) in Italia; H. ZIPF (*Die Strafzumessung*, 1977) e C. ROXIN (*Strafzumessung im Lichte der Strafzwecke*, in: *Lebendiges Strafrecht, Festgabe für H. Schultz*, 1977, 463 ss.) in Germania; D. M. LUZON PEÑA (*Medición de la pena y sustitutivos penales*, 1979) e J. M. GOMEZ BENITEZ (*Racionalidad e irracionalidad en la medición de la pena*, in: *Revista de la Facultad de derecho de la Univ. Complutense de Madrid*, 3, 1980, 129 ss.) in Spagna.

⁽⁴⁸⁾ K. LÜDERSSEN, *Einführung*, in: *Abweichendes Verhalten I*, cit. n. 30, 9 e D. KRAUSS, *Das Prinzip der materiellen Wahrheit*, cit. n. 32, 430-1.

⁽⁴⁹⁾ Così D. KRAUSS, *Die strafrechtliche Problematik kriminologischer Ziele und Methoden*, 1971, 43.

non è certo piccola cosa. Ma non spostano di una virgola i termini della questione di fondo, quali sono emersi finora: e cioè appunto quale sia il tipo di rilevanza *normativa* che al dato empirico debba essere riconosciuta quando lo si inserisca nel meccanismo dommatico — legato cioè a principi e punti di vista « precostituiti » — indispensabile all'attuazione del diritto.

Una cosa è infatti certa: il modello positivizzato in diversi sistemi processuali europei, tra cui quello italiano, non serve affatto a risolvere il problema, bensì tutt'al più a coprirlo. L'esperto ' riceve dal giudice la definizione del compito da assolvere, ed al giudice consegna il materiale empirico che questi si incaricherà di elaborare all'interno dei criteri normativi da cui trarrà infine la disciplina legale dell'accadimento: questo modello può sopravvivere solo finché riuscirà a non accorgersi delle ' finzioni ' su cui è costruito. La prima finzione è evidentemente quella che — soprattutto nei complicati accertamenti per i quali è chiamato oggi il perito, ma non certo solo per essi — sia il giudice a « dirigere » ⁽⁵⁰⁾ l'esperto e non viceversa: a meno che non si voglia con ciò semplicemente significare che a quest'ultimo vengono posti dei quesiti, quesiti che egli però elaborerà e maneggerà secondo criteri di giudizio che lui soltanto sarà in grado di decidere, perché saranno i criteri e le leggi della scienza empirica di cui lui è conoscitore ⁽⁵¹⁾. La seconda finzione è poi ancor più macroscopica: che la competenza a decidere rimanga comunque ' tutta intera ' nella mani del giudice, al quale sarebbe appunto riservato il compito di « sottoporre a giudizio » le conclusioni del perito ⁽⁵²⁾, è un'illusione

(50) Così l'art. 317 c.p.p.

(51) V. per tutti, D. KRAUSS, *Richter und Sachverständiger im Strafrecht*, in: *ZStW* 85 (1973), (320 ss.), 323 ss. Da ultimo sottolinea S. BARTON, *Der psycho-wissenschaftliche Sachverständiger im Strafverfahren*, 1983, 29, che a nessun giudice è ancora riuscito di mettere piede realmente nella « camera obscura » in cui il perito psichiatra lavora, cosicché da tempo vi si è del tutto rinunziato.

(52) G. LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, II, 1961, 201.

tramontata da un pezzo. La verità è infatti un'altra: aperto al perito l'ingresso nel processo penale, gli è in realtà quanto meno attribuito — di fatto — il potere di « pregiudicare » ⁽⁵³⁾ la soluzione del caso *sub judicio*, in non pochi casi gli è invece trasferita — in sostanza — la competenza a « 'decidere' » del processo » ⁽⁵⁴⁾. Assai più che « un ausilio » del giudice penale, il perito si è da tempo trasformato nel suo più agguerrito « concorrente » ⁽⁵⁵⁾.

Soluzioni a questo vecchio dilemma sono tutt'altro che in vista. Palliativi vengono ricercati nel passaggio dal fuorviante modello « decisionistico » ad uno di tipo « prammatico »: ancora una volta insomma si punta — né si vede cos'altro si potrebbe fare — sulla carta della « cooperazione » ⁽⁵⁶⁾. Nelle persone del giudice e del perito, dommatica del diritto penale e scienze empirico-criminali sono 'condannate', ancora una volta, a stabilire un leale rapporto di *Partnerschaft* ⁽⁵⁷⁾. Con il che si riconduce il problema al suo nodo centrale: come il cane che rincorre sé stesso, e riesce infine ad addentarsi la coda.

4. - *La giurisprudenza 'dinanzi alle porte della sociologia': le ragioni di un'offerta e di un rifiuto.*

Diritto penale e criminologia devono collaborare, non c'è altra alternativa. Ma chi stabilisce le regole di questa collaborazione, chi ne dirime le mille inevitabili controversie? I più

⁽⁵³⁾ D. KRAUSS, *Kriminologie und Strafrecht*, in: *Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaften*, I, D. GRIMM (Hrsg), 1973, 259.

⁽⁵⁴⁾ G. KAISER, *Kriminologie*, 1980, 61.

⁽⁵⁵⁾ G. KAISER, op. loc. ult. cit.

⁽⁵⁶⁾ G. KAISER, op. loc. ult. cit.

⁽⁵⁷⁾ D. KRAUSS, *Die strafrechtliche Problematik*, cit. n. 49, 43, e dello stesso, per un più approfondito esame dei problemi connessi a questo sviluppo, *Richter und Sachverständiger*, cit. n. 51, 320 ss., soprattutto 347 ss.

recenti sviluppi della discussione dimostrano che un arbitro di fiducia delle parti non è stato ancora trovato: l'« immensa distanza » che già oggi le separa è perciò inevitabile che debba vieppiù incrementarsi ⁽⁵⁸⁾. Una realtà a dir poco deprimente: scienza del diritto penale e criminologia costituiscono ormai « due enormi blocchi di conoscenze e di letteratura », ciascuno dotato di una quantità di materiale semplicemente impressionante, ma due blocchi giustapposti, « senza alcuno scambio produttivo e pressoché privi di reciproca influenza » ⁽⁵⁹⁾. Una realtà deprimente, ma tutt'altro che scevra di pericoli: dovessero definitivamente fallire i tentativi di integrare nel 'palazzo' della scienza giuridico-penale teorie ed acquisizioni maturate sul terreno della ricerca empirica, ciò non potrebbe non aggravare tensioni, non potrebbe non deludere pesantemente aspettative che la criminologia ha sicuramente alimentato soprattutto nella prassi del diritto penale più sensibile ai 'materiali' su cui lavora ⁽⁶⁰⁾.

Per quel che la riguarda, la giurisprudenza farà dunque bene a presentarsi al più presto « dinanzi alle porte della sociologia » ⁽⁶¹⁾. Soprattutto alcuni settori della più moderna dommatica del diritto penale hanno del resto manifestato, in questi ultimi tempi, le più serie intenzioni in tal senso, 'aprendo' alla criminologia anche su terreni dove appena pochi anni fa ciò sarebbe stato impensabile, prima ancor che impossibile ⁽⁶²⁾. Bi-

⁽⁵⁸⁾ H. JÄGER, *Subjektive Verbrechenmerkmale*, cit. n. 37, 297.

⁽⁵⁹⁾ H. JÄGER, op. ult. cit., 298; nello stesso senso v. anche W. MAIHOFFER, *Gesamte Strafrechtswissenschaft*, in: *Fest. für H. Henkel*, 1974, 75.

⁽⁶⁰⁾ V. B. HAFKE, *Strafrechtsdogmatik*, cit. n. 35, 134; H. JÄGER, op. loc. ult. cit.

⁽⁶¹⁾ Raccogliendo la recente esortazione fatta da K. LÜDERSSEN: *Erfolgszurechnung und « Kriminalisierung »*. *Die Jurisprudenz vor den Toren der Soziologie. Forschungsfragen an die Adresse der Kriminologen*, in: *Fest. für P. Bockelmann*, 1979, 181 ss.

⁽⁶²⁾ V. appunto il lavoro di K. LÜDERSSEN, circa i meccanismi sociali e giuridici di imputazione dell'evento: *Erfolgszurechnung*, cit. n. 61.

lanci è senza dubbio prematuro farne, è invece certamente opportuno registrare subito almeno le più rilevanti tra le indicazioni che è già possibile intravedere.

« Per comprendere la realtà sociale in cui operano e di cui sono essi stessi corresponsabili, i giuristi devono utilizzare anche metodologie ed acquisizioni delle scienze affini »: il riferimento alle « scienze sociali » viene inteso nella sua accezione più ampia ⁽⁶³⁾. A questa premessa programmatica — cui non può davvero portarsi il rimprovero di attestarsi su ' mezze misure ' — si richiamano i più recenti tentativi di svincolare il dibattito dal livello della mera speculazione teorica, e verificare invece le *chances* di integrazione tra dommatica penale e scienze empiriche su un complesso di temi accuratamente delimitati ⁽⁶⁴⁾. I risultati, in verità, non sono sempre stati pienamente confortanti: spesso lo sforzo integrativo è palesemente rimasto una pura intenzione ⁽⁶⁵⁾. Ma al di là di questo: ciò che qui interessa in particolar modo notare è che dal lavoro in dettaglio non si è riusciti ad enucleare alcuna prospettiva *generale* di integrazione. Proprio da parte di chi questi tentativi aveva programmato e diretto si è dovuto infatti constatare che era purtroppo mancato un « consistente quadro di riferimento » ⁽⁶⁶⁾, e che quanto me-

(63) Così la presentazione di N. HORN al volume: *Sozialwissenschaften im Studium des Rechts*, Bd. III, *Strafrecht*, 1978, HASSEMER-LÜDERSSEN (Hrsg.), VI. Una eguale dichiarazione d'intenti in: K. LÜDERSSEN, *Einführung, Abweichendes Verhalten* I, cit. n. 30, 27 ss.

(64) V. soprattutto i volumi: *Sozialwissenschaften im Studium des Rechts, Strafrecht*, cit. n. 63, e: *Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht*, cit. n. 6.

(65) V. per esempio come la prospettiva sviluppata da W. HASSEMER nel suo contributo al lavoro: *Soziale Reaktion auf Abweichung und Kriminalisierung durch den Gesetzen*, svolto in coordinazione con H. STEINERT e H. TREIBER - il titolo del contributo di HASSEMER è: *Das Strafrecht im System der sozialen Kontrolle*, in: *Sozialwissenschaften im Studium des Rechts*, cit. n. 63, 45 ss. — non svolge alcun ruolo nell'impostazione seguita appunto da STEINERT e TREIBER (4-45), e viceversa. Tra i due contributi non c'è alcuna « comunicazione ».

(66) Così F. SACK, *Probleme der Kriminalsoziologie*, in: *Handbuch der empirischen Sozialforschung*, R. KÖNIC (Hrsg.), Bd. 12, 1978, 404.

no a breve e media scadenza sarà bene non far troppo affidamento sulle possibilità di sviluppare un « modello organizzativo unitario » realmente capace di gestire l'integrazione tra giurisprudenza e scienze empiriche ⁽⁶⁷⁾.

La domanda è perlomeno scontata: cos'è dunque che impedisce così ostinatamente la costruzione di un « consistente quadro di riferimento », cos'è che ostacola lo sviluppo di un « modello organizzativo unitario »? In termini più generali: perché « gli incontri tra diritto penale e criminologia sono sempre stati così conflittuali, e forse addirittura così dovevano essere » ⁽⁶⁸⁾?

Diffidenze reciproche — ' i giuristi si identificano con le norme vigenti ' ⁽⁶⁹⁾, ' i criminologi in fondo stanno dalla parte di chi viola la legge ' ⁽⁷⁰⁾ — conflitti oggettivamente connessi alla diversità delle metodologie e degli scopi ⁽⁷¹⁾: di questi ed altri fattori disfunzionali ad una « convivenza senza problemi » ⁽⁷²⁾ si è già detto, ed è appena opportuno ripetere. Tutto vero, ma sono solo *con-cause* che non spiegano fino in fondo il fenomeno. Quanto poi all'ultima ipotesi, che nei contrasti tra diritto penale e criminologia vede il riflesso della crescente « minaccia » cui le acquisizioni delle scienze sociali sottoporreb-

⁽⁶⁷⁾ Così HASSEMER-LÜDERSSEN, *Einleitung*, in: *Sozialwissenschaften im Studium des Rechts*, cit. n. 63, XIV.

⁽⁶⁸⁾ Così da ultimo G. KAISER, *Kriminologie*, cit. n. 54, 46.

⁽⁶⁹⁾ F. SACK, *Die Chancen der Kooperation*, cit. n. 30, 349-50.

⁽⁷⁰⁾ Così riporta l'accusa, senza condividerla, K. LÜDERSSEN, in: *Einführung, Abweichendes Verhalten I*, cit. n. 30, 23.

⁽⁷¹⁾ Per tutti, D. KRAUSS, *Die strafrechtliche Problematik*, cit. n. 49, passim, e *Kriminologie und Strafrecht*, in: D. GRIMM (Hrsg.), *Rechtswissenschaft*, cit. n. 3, 256 ss.

⁽⁷²⁾ La metafora è di v. BEMMELEN, *Strafrecht und Kriminologie*, in: *Msch-Krim* 1967, 99 ss.: il rapporto tra diritto penale e criminologia somiglia ad un matrimonio tra un vecchio marito geloso — il diritto penale — ed una giovane moglie attraente — la criminologia: un matrimonio in cui si litiga molto e tutti si chiedono: «cosa lascia sopravvivere la criminologia del diritto penale?»

bero la base empirica del diritto positivo ⁽⁷³⁾, è ormai agevole comprendere che non ha in realtà alcun fondamento: pur giusta la premessa, che andrebbe comunque assai precisata, essa dimentica tuttavia che dati empirici *di per sé* non sono mai idonei a smentire — né a confermare né a minacciare — la validità di scelte normative: decisiva è sempre la valutazione del dato, la cui rilevanza discende solo dal suo inserimento in un complesso di elementi ben più articolato dell'informazione empirica trasmessa dal dato stesso ⁽⁷⁴⁾.

I più recenti svolgimenti del dibattito, cui si faceva poc'anzi riferimento, consentono forse di enucleare almeno un'altra delle con-cause, e non delle più marginali, che decisamente non favoriscono la ricerca del « modello organizzativo unitario » di cui a ragione si lamenta l'assenza.

Almeno il penalista che più di una volta si è presentato 'alle porte della sociologia' ha dimostrato in maniera non equivoca l'esistenza di un reale interesse alla discussione con il partner 'empirico' ⁽⁷⁵⁾. Nel bagaglio di questo penalista era del resto da tempo la consapevolezza che la realizzazione dell'antico progetto della *gesamten Strafrechtswissenschaft*, resa ormai indifferibile dal massiccio sviluppo del diritto penale retributivo

⁽⁷³⁾ U. NEUMANN- U. SCHROTH, *Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe*, 1980, 1 ss.

⁽⁷⁴⁾ Una critica per molti aspetti simile è quella che deve muovere K. LÜDERSSEN, (« *Zuschreibung* » *kriminalpolitischer Positionen - ein neuer Zweig des Definitionansatzes?*, in: *Nutzen und Nachteil*, cit. n. 6 II Bd., (430 ss.) 432 s.) a BLANKENBURG-STEINERT-TREIBER (*Empirische Rechtssoziologie und Strafrechtsdogmatik*, in: *Nutzen und Nachteil*, cit. n. 6, (396 ss.) 405 ss.) che con troppa disinvoltura dall'acquisizione del dato empirico trasferiscono le conclusioni sul piano delle valutazioni normative.

⁽⁷⁵⁾ Il riferimento più immediato è a K. LÜDERSSEN ed alla scuola penalistica di Francoforte, che hanno guidato i recenti, ripetuti tentativi di « integrazione » con i criminologi e gli altri esponenti delle scienze empirico-sociali capeggiati da F. SACK. Si è tuttavia già osservato che è però tutta la moderna dottrina penalistica ad essersi impegnata sul piano del confronto con le scienze sociali.

verso il diritto penale della risocializzazione, è pensabile soltanto in presenza di un simultaneo, sostanziale aggiornamento della componente *dommatica* di un tal modello integrato ⁽⁷⁶⁾. Una dommatica del reato di stampo « monistico », e cioè « unilateralmente orientata al *fatto* », non può essere infatti un partner idoneo nella prospettiva dell'auspicata integrazione: il suo interesse per l'*autore* e per la sistematica delle sanzioni è, sotto questo profilo, fin troppo insufficiente ⁽⁷⁷⁾. Partner idoneo non può che essere una dommatica appunto « dualistica »: una dommatica che può venire « scientificamente » sviluppata « in tutti i suoi aspetti normativi e fattuali », soltanto lavorando a stretto contatto di gomito con discipline che si chiamano: criminologia, penologia, politica criminale ⁽⁷⁸⁾.

Con la flessibilità che anche da questa consapevolezza discende, il giurista si è presentato 'alle porte della sociologia', dove ha formulato alcune precise richieste ed ha prospettato la sua valutazione della situazione di partenza ⁽⁷⁹⁾. Quanto alle richieste: a) il penalista ha bisogno di un interlocutore che conosca la realtà normativa con cui viene a contatto ed i problemi della scienza dommatica che con questa appunto lavora; b) una scienza empirica realmente interessata ad influenzare la prassi del diritto penale deve ampliare consistentemente il suo orizzonte di ricerca: la tattica del 'non intervento' sulla gran parte delle questioni che affliggono i giuristi, tattica spesso integrata dalla critica *ex post* al prodotto finito, alla larga non giova a nessuno ⁽⁸⁰⁾. Quanto alla diagnosi della situazione di partenza: l'integrazione tra prassi del diritto penale e criminologia è at-

⁽⁷⁶⁾ Con particolare chiarezza, v. da ultimo W. MAIHOFFER, *Gesamte Strafrechtswissenschaft*, in: *Fest. für H. Henkel*, 1974, 75.

⁽⁷⁷⁾ W. MAIHOFFER, op. loc. ult. cit.

⁽⁷⁸⁾ Lucidamente, W. MAIHOFFER, op. loc. ult. cit.

⁽⁷⁹⁾ K. LÜDERSSEN, *Einführung*, in: *Abweichendes Verhalten I*, cit. n. 30, 7 ss.

⁽⁸⁰⁾ K. LÜDERSSEN, op. ult. cit., 22-3-4.

tualmente impraticabile già per la sola ragione che — tra l'altro — « non è ancora sufficientemente amplia la quantità di conoscenze empiriche direttamente trasferibili nella prassi giudiziaria ». Anche se — riconosce onestamente il giurista — è tutt'altro che facile stabilire cosa debba ancora fare la criminologia affinché le sue acquisizioni siano « sufficientemente praticabili » ⁽⁸¹⁾. Questo va posto dunque tra gli altri oggetti della discussione.

La replica del sociologo non si è fatta attendere, ed è stata chiara ed esplicita, come le domande che gli venivano poste ⁽⁸²⁾. Essa ruota intorno ad una posizione centrale, cui si riconnette — a mo' di cerchi concentrici — una complessa rete argomentativa, nella quale non sempre è agevole discernere le verità ' rivelate ' da quelle altresì ' dimostrate '. Qui interessa sottolineare soltanto alcuni punti. Innanzitutto la tesi centrale: l'affermazione secondo cui mancherebbero tuttora conoscenze empiriche sufficienti ad esigere sostanziali cambiamenti della prassi applicativa è « *unfair* », essa cela in realtà un « doppio fondo » ⁽⁸³⁾. Da una parte, infatti, pretende di sottoporre l'affidabilità dei risultati delle scienze empiriche ad un esame teorico-scientifico di tipo « neo-positivistico » che esse non potranno mai superare, e dall'altra parte fa aleggiare, nei confronti di posizioni scientifiche che si rifiutino di accettare « senza condizioni » il vaglio di « criteri di effettività ed esattezza di stampo neo-positivistico », il sospetto che esse siano in realtà ideologicamente motivate ⁽⁸⁴⁾. Lo scopo: con argomenti del genere ciò che il giurista vuole è semplicemente sbarrare il passo all'« irruzione » della criminologia nella scienza del diritto penale: e per far ciò non

⁽⁸¹⁾ K. LÜDERSSEN, op. ult. cit., 22.

⁽⁸²⁾ F. SACK, *Die Chancen der Kooperation zwischen Strafrechtswissenschaft und Kriminologie*, cit. n. 30, 346 ss.

⁽⁸³⁾ F. SACK, op. ult. cit., 351.

⁽⁸⁴⁾ F. SACK, op. ult. cit., 351 ss.

indugia certo a distinguere tra risultati più « sicuri » e risultati meno « sicuri » della ricerca empirica: preferisce respingerli in blocco ⁽⁸⁵⁾. La ragione: al fondo, è il diverso atteggiamento del sociologo verso la « norma » ciò che infastidisce e preoccupa il giurista: ivi è la fonte del loro insanabile contrasto circa il significato e la funzione della dommatica ed in particolare della dommatica giuridico-penale ⁽⁸⁶⁾. La pretestuosità dell'argomento del giurista: se il materiale prodotto dalle scienze empirico-sociali è giudicato 'scadente' perché non utilizzabile in sede applicativa, sarebbe interessante sapere se un simile metro vale anche per i « prodotti » delle scienze giuridiche; il sospetto è insomma — detto in più chiare lettere — che si usino in realtà due pesi e due misure ⁽⁸⁷⁾. La conclusione: il sociologo che accetti il dialogo col giurista si sente presto compresso in una struttura comunicativa di tipo « *double bind* », nella quale cioè riceve segnali continuamente contraddittori, di invito e simultaneamente di ripulsa ⁽⁸⁸⁾. C'è da chiedersi se la cooperazione tra sociologi e giuristi più che difficile non sia invece impossibile ⁽⁸⁹⁾.

5. - *Sulle insufficienze della metodologia di lavoro del sociologo: critica del diritto penale e disimpegno nella ricerca di proposte alternative?*

Il giurista che si era ripresentato « alle porte della sociologia » ha dovuto ancora una volta constatare che non esiste attualmente — né a breve né a media scadenza — una solida base

⁽⁸⁵⁾ F. SACK, op. ult. cit., 352.

⁽⁸⁶⁾ F. SACK, op. ult. cit., 353 ss.

⁽⁸⁷⁾ F. SACK, op. ult. cit., 358.

⁽⁸⁸⁾ F. SACK, op. ult. cit., 356. Cfr. al proposito S. QUENSEL, *Zur Double-bind-Situation von F. Sack*, in: *Mschkrim.* 1979, 45 ss.

⁽⁸⁹⁾ F. SACK, op. ult. cit., 349-50.

« per un lavoro comune orientato alla riforma penale » ⁽⁹⁰⁾: la via da percorrere è lunga, ed il cammino « cosparso di spine » ⁽⁹¹⁾. Più che altro con l'ottimismo della volontà, egli ha tuttavia ribadito la convinzione che è possibile andare avanti, « passo per passo » ⁽⁹²⁾. Un atteggiamento del genere non può che essere condiviso: la discussione è appena agli inizi, il tempo in cui possa dirsi, da una parte e dall'altra, qualche parola seriamente conclusiva è ancora ben lontano. Ciò posto, è tuttavia opportuna qualche breve considerazione.

Al sociologo bisogna dare sicuramente ragione quando lamenta che non si distingue abbastanza tra acquisizioni delle scienze empiriche 'più' sicure ed altre invece 'meno' sicure. Che ciò avvenga allo scopo di arrestare l'avanzata della criminologia verso « le porte della giurisprudenza », è possibile, ma piuttosto improbabile. O per lo meno: è improbabile da parte di 'quel' giurista che utilizza come criterio di misura la trasferibilità delle acquisizioni empiriche sul terreno della prassi giudiziaria. L'infastidita reazione con cui il sociologo rifiuta di subordinare la validità del suo prodotto ad un metro del genere, lascia emergere in tutta la sua portata una barriera comunicativa che è il riflesso di una diversa mentalità, e di una diversa metodologia di lavoro.

Il lavoro del giurista è sempre anche orientato alla guida ed al controllo dell'agire *pratico*, in particolar modo al controllo ed alla guida dell'attività di applicazione del diritto ⁽⁹³⁾. Tra i criteri della sua scienza egli non può non inserire la riflessione sulle condizioni di fruibilità delle sue acquisizioni: soprattutto

⁽⁹⁰⁾ K. LÜDERSSEN, *Kollektive Zurechnung - individualisierende Haftung. Ein « Grundwiderspruch » der modernen Kriminalpolitik?*, in: *Nutzen und Nachteil*, cit. n. 6, Bd. II, (737 ss.) 742-3.

⁽⁹¹⁾ K. LÜDERSSEN, op. ult. cit., 737.

⁽⁹²⁾ K. LÜDERSSEN, op. ult. cit., 740.

⁽⁹³⁾ Per tutti, v. con particolare chiarezza W. NAUCKE, *Strafrecht, eine Einführung*, IV Aufl., 1982, 15 ss.

l'*Entscheidungszwang* della prassi costituisce il limite che non può superarsi, pena l'irrilevanza normativa del prodotto, e la conseguente marginalizzazione nella *community of legal science* ⁽⁹⁴⁾. Il « sovrano distacco » ⁽⁹⁵⁾ con cui le scienze empiriche esercitano la loro (spesso) giustificata critica a questo o quel bastione del sistema penale, e della scienza che lo ha faticosamente elaborato, è un lusso che il penalista non può davvero permettersi. Per la *critica* penale, che da sempre è parte non secondaria del suo lavoro, egli ha dovuto perciò sviluppare un'apposita metodologia, che non a caso ha centrato sull'*argumentum de lege ferenda*: un'argomentazione, cioè, strutturalmente orientata alla proposizione di *alternative* ⁽⁹⁶⁾.

Gli sviluppi della discussione su: abolizione o mantenimento del principio di colpevolezza?, sono al riguardo un esempio sempre attuale, e più che mai illuminante ⁽⁹⁷⁾. Il penalista si è guardato bene dal rifuggire il dibattito su un tema che rimane « una delle principali controversie » ⁽⁹⁸⁾ con il criminologo, i cui argomenti sono numerosi e tutt'altro che irrilevanti ⁽⁹⁹⁾. Si è affrettato però, il penalista, ad integrare il quesito: come garantire l'irrinunciabile funzione *limitativa* che questo principio al-

⁽⁹⁴⁾ Similmente, K. LÜDERSSEN, op. ult. cit., 739.

⁽⁹⁵⁾ L'espressione è usata da W. HASSEMER per definire appunto l'atteggiamento del sociologo nella discussione sui principi basilari del sistema penale: *Die Freiwilligkeit beim Rücktritt vom Versuch*, in: *Vom Nutzen und Nachteil*, cit. n. 6, Bd. 1, (229 ss.) 230.

⁽⁹⁶⁾ Sulla struttura e la funzione di questo tipo di argomentazione, v. di recente O. WEINBERGER, *Zur Theorie der Gesetzgebung*, in: J. MOKRE/O. WEINBERGER (Hrsg.), *Rechtsphilosophie und Gesetzgebung*, 1976, (173 ss.) 180 s. e 185 ss.

⁽⁹⁷⁾ Una lucida sintesi di questi sviluppi, da prospettive diverse, è fatta di recente da G. JAKOBS, *Strafrecht A. T.*, 1983, 385 ss. e W. HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 1981, 202 ss., soprattutto 210 ss.

⁽⁹⁸⁾ L'espressione è di F. SACK, *Probleme der Kriminalsoziologie*, cit. n. 66, 404.

⁽⁹⁹⁾ V. ad esempio F. SACK, *Kriminalität als gesellschaftliche Legitimierungsproblematik - Kriminologie als Legitimierungswissenschaft*, in: *Recht und Politik*, 1975, (19 ss.) soprattutto 23 ss.

meno in parte assicura? ⁽¹⁰⁰⁾ Le proposte all'ordine del giorno — leggi: principio di proporzionalità ⁽¹⁰¹⁾ — vengono seriamente considerate, ma non sembrano per il momento in grado di garantire più efficaci servizi ⁽¹⁰²⁾. Non risulta invece, per la verità, che il sociologo abbia finora dedicato alla proposizione di alternative praticabili le energie che ha così opportunamente destinato alla critica. Con ancor minor « distacco » può poi riuscire al giurista di discutere sul principio dell'imputazione soggettiva. Ancora una volta: è sicuramente opportuno e necessario metterne ben in chiaro i limiti e le numerose insufficienze ⁽¹⁰³⁾. È emblematico, tuttavia, che al pacato « distacco » con cui il criminologo da un parte prende atto della mancanza di un'approfondita « elaborazione sociologica e teorica » degli approcci critici al principio in questione e dall'altra parte conferma il suo « scetticismo » circa l'opportunità di parlarne solo dall'interno della prospettiva di un affinamento del principio stesso ⁽¹⁰⁴⁾, fa riscontro la reazione del giurista che ha immediatamente incluso nella discussione le *alternative* al sistema dell'imputazione soggettiva ⁽¹⁰⁵⁾.

Il problema vero è dunque un altro. Tanto criticabile è una criminologia indifferente all'utilizzabilità del suo lavoro per la prassi del diritto penale, quanto una dommatica che si esponga alla stessa censura. Non il ritiro del criterio della « trasferibili-

⁽¹⁰⁰⁾ Con particolare chiarezza, C. ROXIN, *Kriminalpolitische Überlegungen zum Schuldprinzip*, in: *MschriKrim.* 1973, (316 ss.) 318 s.

⁽¹⁰¹⁾ G. ELLScheid/W. HASSEMER, *Strafe ohne Vorwurf*, ora in: *Seminar: Abweichendes Verhalten* I, cit. n. 30, (266 ss.) 281 ss.

⁽¹⁰²⁾ ART. KAUFMANN, *Schuldprinzip und Verhältnismässigkeitsgrundsatz*, in: *Fest. für R. Lange*, 1976, 27 ss.

⁽¹⁰³⁾ V. per esempio P. STRASSER, *Sich beherrschen können. Resignative Bemerkungen zu einem altehrwürdigen problem*, in: *Vom Nutzen und Nachteil*, Bd. I, cit. n. 6, 143 ss.

⁽¹⁰⁴⁾ F. SACK, *Die Chancen der Kooperation*, cit. n. 30, 363-4.

⁽¹⁰⁵⁾ Da ultimo K. LÜDERSSEN, *Der Freiheitsbegriff der Psychoanalyse und seine Folgen für das moderne Strafrecht*, in: HASSEMER-LÜDERSSEN-NAUCKE, *Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften?*, 1983, (67 ss.) 70 ss.

tà » bensì invece la sua intransigente applicazione anche ai materiali della scienza giuridica: questa la richiesta su cui deve attestarsi il criminologo realmente interessato alla razionalizzazione ed alla critica costruttiva del sistema penale di controllo sociale. Quanto utile e vantaggioso sarebbe per tutti che egli si attestasse su una richiesta del genere, è del resto agevole comprendere se soltanto si dà uno sguardo alla 'qualità' della produzione dommatica su un terreno di fondamentale importanza, qual è quello della distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente: su questo sottile spartiacque corre infatti assai spesso addirittura la distinzione tra: punibilità/non punibilità della condotta ⁽¹⁰⁶⁾.

6. - *La precarietà del rapporto tra scienza del diritto penale e prassi applicativa: la teoria della delimitazione tra dolo eventuale e colpa cosciente. Ovvero: le 'occasioni perdute' per la critica criminologica alla dommatica del diritto penale.*

Al penalista potrebbe domandarsi, in particolare, come egli pensa che possano 'trasferirsi' nella prassi applicativa criteri discretivi fondati sul convincimento dell'agente circa la *probabilità* dell'evento ⁽¹⁰⁷⁾, o su una valutazione di mera *possibilità* del subentrare del medesimo ⁽¹⁰⁸⁾, ovvero ancora sull'*indifferenza* verso di esso ⁽¹⁰⁹⁾, o meglio sull'*approvazione* dello stesso ⁽¹¹⁰⁾, o

⁽¹⁰⁶⁾ Così è per tutte quelle condotte che sono previste come reato solo per l'ipotesi dolosa: cfr. M. GALLO, *Il dolo*, cit. n. 37, 99, n. 98.

⁽¹⁰⁷⁾ Così, in particolare modo, H. MAYER, *Strafrecht A. T.*, 1953, 250.

⁽¹⁰⁸⁾ V. in proposito G. STRATENWERTH, *Strafrecht A. T. III Aufl.*, 1981, 109 ss. e RUDOLPHI, in: *Systematischer Kommentar, StGB, III Aufl.*, 1983, 65 s.: ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale P. G.*, 9 ed., 1982, 299.

⁽¹⁰⁹⁾ Soprattutto K. ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit* 1933, 186 ss.; da ultimo P. CRAMER, in: SCHÖNKE-SCHRÖDER, *StGB Kommentar*, 21 Aufl. 1982, 201.

⁽¹¹⁰⁾ J. BAUMANN, *Strafrecht A. T.*, 8 Aufl., 1977, 413; MAURACH-ZIPF, *Strafrecht A. T., Teilb. 1*, 6 Aufl., 1983, 298.

addirittura sulla *rassegnazione* circa il suo verificarsi ⁽¹¹¹⁾, o infine su un giudizio soggettivo di *non improbabilità* dello stesso ⁽¹¹²⁾.

Il penalista risponderebbe, è facile immaginare, che egli si rende perfettamente conto della difficoltà di accertamenti del genere: ma che espellere dal diritto penale e dalla dommatica del reato i concetti « dispositivi » sarebbe non soltanto indesiderabile — si tratterebbero allo stesso modo situazioni psichiche appunto distinte — ma anche impossibile nell'ambito di una cultura giuridica crescentemente orientata alla « soggettivizzazione » del sistema penale ⁽¹¹³⁾. Del resto, i problemi di delimitazione tra dolo eventuale e colpa cosciente non sono affatto diversi, quanto alla struttura, da tutti quanti gli altri con cui è comunque indispensabile fare i conti in un sistema che differenzia in relazione agli atteggiamenti soggettivi, alle motivazioni, all'attitudine dell'individuo ad essere destinatario di comandi penali, non solo la qualità e l'intensità delle sanzioni, ma già il se queste debbano applicarsi oppure no. In sede di accertamento del dolo eventuale o della colpa cosciente il giudice potrebbe dunque servirsi di strumenti non dissimili da quelli con cui *ab aeterno* è abituato a lavorare su questo terreno: non ultime, con le ben note 'teorie del senso comune' che, proprio in quanto tali, hanno almeno il pregio di risultare comprensibili anche al più 'profano' cliente della giustizia penale.

Tutto vero, o comunque plausibile, dovrebbe ancora convenire il criminologo: che si affretterebbe però a domandare al

⁽¹¹¹⁾ Questa può ritenersi oggi l'opinione prevalente: v. H. H. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, III Aufl., 1978, 240; RUDOLPHI, *Systematischer Kommentar*, cit. n. 108, 66; ROXIN, *Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit*, ora in: *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, 1973, (209 ss.), 219 ss.; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 280 ss.

⁽¹¹²⁾ Così da ultimo, G. JAKOBS, *STrafrecht A. T.*, cit., 222.

⁽¹¹³⁾ Per tutti W. HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 1981, 171 ss.

giurista più dettagliate informazioni circa gli ' indicatori ' che egli avrà sicuramente elaborato per consentire appunto l'identificazione in sede applicativa dei contenuti con cui lui stesso, il giurista, ha così abilmente ritagliato i criteri di differenziazione normativa. Di questi ' indicatori ', infatti, non è proprio possibile fare a meno ; ma non solo : perché davvero servano alla loro funzione mediatrice tra i contenuti della realtà psichica individuale e la percezione esterna di questa realtà stessa, è necessario che essi siano a loro volta *osservabili*, il più possibile *esaurienti*, e che trasmettano — ovviamente — informazioni *rilevanti* per il meccanismo di differenziazione cui di volta in volta ineriscono (¹¹⁴). Il più elaborato dei criteri discretivi serve ben poco se collegato ad una scala di indicatori scarna, o grossolana, o comunque troppo poco articolata rispetto ai criteri cui deve connettersi (¹¹⁵).

La risposta del giurista ad un quesito del genere meriterebbe di essere attentamente vagliata : il problema è, però, che non si sa davvero quale questa possa essere. Il giurista ha insistentemente consigliato al giudice di puntare sul dolo eventuale nei casi in cui l'agente « ritenga seriamente possibile la realizzazione della fattispecie ed a ciò si rassegni » (¹¹⁶). Di ' indicatori ' esterni idonei ad indiziare : se l'agente abbia effettuato, in modo più o meno consapevole, una tale valutazione di possibilità e *quale* questa eventualmente sia stata, non si rinvencono tracce ; ancor meno è parola dei criteri di accertamento della « serietà » di una tale valutazione e della « rassegnazione » che ad essa do-

(¹¹⁴) V. su questo problema soprattutto W. HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen*, cit. n. 113, 170 ss. Tali « indicatori » è inoltre indispensabile che siano *gerarchizzati*, affinché si possa sapere quanta rilevanza vada attribuita a ciascuno : op. loc. ult. cit.

(¹¹⁵) Cfr. le lucide osservazioni di M. GALLO, *Il dolo*, cit.n. 37, 101.

(¹¹⁶) H. H. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit. n. 111, 240.

vrebbe seguire. Ma c'è di più, il giurista ha riempito il suo schema di delimitazione con un contenuto strutturalmente graduabile, qual è appunto il concetto di « possibilità », e per precisarlo si è servito di un concetto non soltanto a sua volta graduabile, bensì soprattutto a sua volta bisognoso di contenuti che possano in qualche modo delimitarne l'ambito di significanza nel meccanismo specifico in cui è stato inserito. In questo modo si innesta una curiosa spirale: ma sarà possibile uscirne avendo in mano informazioni più dettagliate o elementi meno evanescenti di quelli di cui si disponeva all'inizio? Almeno a questo punto il criminologo sarebbe sicuramente tentato di gettare uno sguardo sulla prassi della distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente, per verificare così una buona volta se e quanto della proclamata attitudine del penalista a lavorare avendo d'occhio anche il controllo e la guida dell'agire pratico abbia trovato in questo caso effettiva attuazione.

La prassi della delimitazione tra dolo eventuale e colpa cosciente non sembra attestata su una linea rigorosamente unitaria: talvolta definisce doloso solo l'atteggiamento di chi ha agito in modo « da non dimostrare di voler evitare » l'evento « eventuale » ⁽¹¹⁷⁾, talaltra si accontenta, alternativamente, sia della mera « possibilità » che della « probabilità » del verificarsi dell'evento ⁽¹¹⁸⁾. Sia in Italia che altrove, sembrerebbe doversi constatare che i criteri della « rappresentazione » della situazione di rischio, o dell'« accettazione » del medesimo, o della preventiva « approvazione » dell'evento per il caso in cui esso si verifichi, vengano utilizzati nella prassi più o meno secondo i

(117) Cass. 19-2-1962, in: Cass. pen. Mass. Ann. 1962, 328, 562; v. altresì Cass. 6.12.1971, in: Cass. pen. Mass. Ann. 1973, 231, 218.

(118) Così Cass. 12-2-1953, in: Giur. Cass. Pen. 1953, IV, 288, 3099; cfr. per la « possibilità » dell'evento: Cass. 6.12.1971, in Cass. pen Mass. ann. 1973, 231, 218; per la « probabilità » v. invece Cass. 24.3.1970, in: Cass. pen. Mass. ann. 1971, 1030, 1485, con nota di Neppi Modona.

desiderata della dommatica della delimitazione ⁽¹¹⁹⁾. Ma il criminologo, si sa, è diffidente: potrebbe addirittura decidere di andare più in fondo, e guardare più da vicino — dal di dentro, si direbbe — il fatto, il criterio di distinzione e le modalità della sua applicazione. Un episodio di recente sottoposto al giudizio della Suprema Corte tedesca può forse fornire alcune delle indicazioni richieste. L'imputato, per ragioni che non interessano, aveva volontariamente investito con la sua auto due persone che camminavano sul marciapiede opposto, ferendone lievemente solo una ⁽¹²⁰⁾.

Il tribunale di prima istanza ha condannato per tentato omicidio, affermando appunto l'esistenza di un dolo eventuale; il *BGH* ha successivamente annullato la sentenza, ritenendo non sufficientemente verificata l'ipotesi della colpa cosciente. Nulla di strano, fin qui. Qualche 'stranezza' si comincia invece a notare quando si va a controllare in che modo erano pervenuti prima l'uno e poi l'altro alle rispettive conclusioni. L'imputato avrebbe « almeno preso in conto ed accettato l'eventualità dell'uccisione » delle vittime, dice il tribunale, perché « chi investe in quel modo un passante » deve appunto aver « preso in conto la morte » dell'investito: lo scontro sprigionerebbe infatti un'energia tale da poter certamente produrre anche risultati del genere. A questa argomentazione il *BGH* si è invece opposto: se è vero che la « realizzazione di azioni violente estremamente

(119) In una recente sentenza della Cassazione, per esempio, vengono utilizzati, secondo una miscela del tutto usuale sia in dottrina che nella prassi, diversi dei criteri poco fa accennati: si afferma infatti in motivazione che agisce con dolo indiretto chi « si prospetti » ed « accetti con tutte le conseguenze » l'« eventualità » del prodursi di un certo risultato (Cass. 21.11.1977, in: Riv. it. 1979, 682 ss., 692, con nota di D'Ascola). Quanto alla prassi tedesca, v. i riferimenti aggiornati di P. CRAMER, in: *Schönke-Schröder, StGB*, cit. n. 109, § 15,201-2, e H. RUDOLPHI, *Systematischer Kommentar*, cit. n. 108, 66.

(120) *BGH* 7.6.1983. V. la sentenza in: *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (d'ora innanzi: *NStZ*) 1983, con motivazione 407.

pericolose » autorizza a ritenere che l'agente « prenda in conto la morte della vittima », è anche vero « che non è però sempre così ». Il dolo di omicidio ha una « soglia di inibizione » molto più alta di quella del dolo di pericolo: è possibile che l'agente abbia riconosciuto la possibilità dell'evento morte, ma abbia « seriamente » confidato che esso non si sarebbe verificato: non è escluso quindi, che egli abbia potuto agire soltanto con colpa ⁽¹²¹⁾.

La Corte di merito ha senza dubbio orientato la sua decisione al criterio discrezionale che attualmente più consensi riscuote tra i penalisti: riconoscere la possibilità dell'evento e ciò nonostante agire, significa accettarlo, o almeno « rassegnarsi » a che esso si produca ⁽¹²²⁾. Scelto il criterio selettivo, essa ha poi dovuto preoccuparsi degli 'indicatori' necessari alla verifica dell'atteggiamento psichico del reo al momento del fatto: e qui le cose si sono notevolmente complicate. L' 'indicatore' su cui ha puntato il tribunale è palese: la pericolosità *oggettiva* della condotta in relazione al risultato 'eventuale'. Un indicatore del genere è sicuramente osservabile con sufficiente nozione di causa: dommatica del 'pericolo', scienze empiriche e massime di comune esperienza hanno approntato da tempo le informazioni necessarie a procedere con relativa destrezza almeno nella parte più routinaria della prassi della circolazione stradale ⁽¹²³⁾. Un indicatore del genere è certamente anche rilevante: quanto più pericolosa la condotta, tanto più riconoscibile per l'agente la

⁽¹²¹⁾ Tutte le citazioni sono tratte dalla sentenza cit. in n. 120, 407.

⁽¹²²⁾ V. gli Autori cit. in n. 111.

⁽¹²³⁾ Si tratta di lavorare, infatti, con lo strumento tipico del giudizio di pericolo, che è appunto costituito dalla valutazione *prognostica* circa il verificarsi o meno di determinati avvenimenti: sulla struttura del giudizio di pericolo, e sul suo inscindibile rapporto con le massime di esperienza, v. di recente, con grande chiarezza, F. ANTONI: *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*, I, 1981, 31 ss. e 121 ss., e G. V. DE FRANCESCO, *La proporzione nello stato di necessità*, 1979, 173 ss.

possibilità del verificarsi di certi eventi — almeno per condotte ed eventi del tipo di cui si discute. Un indicatore del genere è però assai poco *esauriente*: che l'agente abbia realmente previsto la possibilità dell'evento, è già tutt'altro che scontato. L'integrazione di altri indicatori non sarebbe stata affatto superflua: caratteristiche dell'auto, velocità al momento dell'urto, spazio di frenata, capacità tecniche del conduttore; di questi ed altri importanti elementi non c'è traccia in motivazione. Ma al di là di questo, e pur ammettendo che l'agente abbia riconosciuto la concreta possibilità dell'evento: l'indicatore utilizzato dal tribunale lavora ancor peggio in relazione alla seconda fase del criterio discretivo, che è poi quella in cui realmente si decide — ed in via definitiva — della delimitazione dalla colpa cosciente. Se l'agente abbia accettato il prodursi dell'evento, o se a ciò si sia rassegnato, è assolutamente escluso che possa determinarsi in base alla pericolosità oggettiva della condotta: rispetto a questo quesito l'indicatore è 'muto', con più precisione: è *irrelevante* ⁽¹²⁴⁾.

La dommatica del dolo eventuale è almeno consapevole della sua 'cattiva coscienza': il tentativo di tappare in qualche

⁽¹²⁴⁾ V., per tutti. G. STRATENWERTH, *Strafrecht A. T.*, 95 s. e 108, il quale sottolinea tra l'altro l'assurdità delle conseguenze cui si preverrebbe se si assegnassero alla sfera del dolo già tutte le condotte consapevolmente produttrici di rischi anche gravi a carico di beni penalmente protetti. Per puro scrupolo di chiarezza sarà bene precisare che nulla vieta, in linea generale, di ritenere sempre verificata l'ipotesi del dolo eventuale nei casi di cui si discute. Ma al di là di ogni altra considerazione di ordine politico-criminale e sistematico, bisognerebbe in ogni caso depurare il criterio di delimitazione da ogni riferimento all'attitudine psichica del soggetto verso il rischio stesso dell'evento. Finché la dommatica della delimitazione fa perno su realtà psichiche quali « accettazione » o « rassegnazione » al prodursi del risultato, non è possibile inferirle puramente e semplicemente dal grado di pericolosità della condotta. Con particolare riferimento alle situazioni di « assuefazione » al rischio, v. G. JAKOBS, *Die subjektive Tatseite von Erfolgsdelikten bei Risikogewöhnung*, in: *Fest. für H. J. Bruns*, 1978 (31 ss.) 37 ss. Una problematica strutturalmente simile è quella dell'accertamento del dolo nei reati di pericolo; sulla tendenza della giurisprudenza a lavorare con « presunzioni » fin troppo disinvolute, v. soprattutto la critica di V. PATALANO, *Significato e limiti della dommatica del reato di pericolo*, 1975, 120 ss.

modo la falla che così gravemente minaccia la stabilità dell'intera costruzione è particolarmente evidente nel rafforzativo — « seriamente » — con cui dovrebbe accentuarsi la rilevanza *soggettiva* della riconosciuta possibilità dell'evento. Senza dubbio: la « seria » previsione di un evento sgradito è un'antenna che trasmette incessantemente un appello ad evitare che ciò si verifichi ⁽¹²⁵⁾. Ma con quale 'indicatore' inferire che tale appello non sia stato appunto *colposamente* raccolto? Il BGH rileva che l'imputato, pur riconosciuta la gravità del rischio, avrebbe potuto tuttavia « seriamente » confidare che esso comunque non si sarebbe realizzato ⁽¹²⁶⁾: il problema è così riproposto, ma senza sostanziali delucidazioni, al giudice competente in sede di rinvio. Certo, una cosa quest'ultimo potrebbe senz'altro fare: interrogare accuratamente l'imputato per cercare di capire se, nel momento in cui accecato dall'ira ha investito i due malcapitati, aveva 'accettato' la possibilità che morissero, o si fosse almeno 'rassegnato' alla loro fine ⁽¹²⁷⁾. Può anche essere che, in qualche caso, un giudice tanto versato nelle tecniche di interrogatorio 'psicologico' ed un imputato tanto ben disposto alla collaborazione si incontrino in un processo non assillato dal ricatto del tempo: qualcosa di utile potrebbe pure venir fuori ⁽¹²⁸⁾. Ma allora perché non chiamare l'esperto? Chi aveva

⁽¹²⁵⁾ Almeno nei casi, appunto, in cui l'evento stimoli nell'agente una percezione soggettiva di ripulsa. Il che pone, d'altra parte, il problema del risultato soggettivamente *indifferente*: su questa problematica v. soprattutto H. J. RUDOLPHI, *Systematischer Kommentar*, cit., 66 e G. STRATENWERTH, *Strafrecht*, cit., 110.

⁽¹²⁶⁾ V. n. 120.

⁽¹²⁷⁾ Ritiene H. J. RUDOLPHI che « in via di principio è possibile svolgere un'indagine psicologica volta ad accertare l'atteggiamento di volontà del soggetto verso la riconosciuta possibilità dell'evento »: *Systematischer Kommentar*, cit., 66.

⁽¹²⁸⁾ Almeno in tutti i casi in cui l'imputato non decida di far uso del suo diritto di tacere: di questo problema è consapevole anche RUDOLPHI (op. loc. ult. cit.). *Contra*: D. KRAUSS, *Der psychologische Gehalt subjektiver Elemente im Strafrecht*, in: *Fest. Bruns*, cit., (11 ss.) 26-7. Ma il vero punto debole di questa proposta è in realtà un altro: affidare la distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente ai

paventato che la strada della « psicologizzazione » del diritto penale avrebbe condotto alla progressiva « compressione » del giudice attraverso il perito, avrebbe certo ragione di esclamare: ' l'avevo pur detto !' (¹²⁹).

La persistente incapacità di risolvere un problema *normativo* comporta invariabilmente la tendenza a sospingerlo su un altro terreno, quello che più sembra ad esso vicino (¹³⁰). La distanza che ancora separa la dommatica del dolo eventuale da una metodologia di lavoro che fin dall'inizio includa nel suo oggetto di ricerca — con pari dignità, si direbbe — i contenuti del criterio di delimitazione *ed* il problema della sua ' maneggevolezza ' applicativa, è valutabile in tutta la sua portata in una proposta che, con cautela, viene pur di recente ripresentata: « quanto maggiore la probabilità dell'evento e quanto più elevato il valore del bene minacciato », tanto più forte dovrebbe essere la propensione del giudice a favore del dolo eventuale (¹³¹). Se le migliaia di motociclisti ' d'assalto ' e gli infiniti piloti ' della domenica ' — per fare solo un'esempio — continueranno a beneficiare della colpa con previsione non sarà certo perché la prassi si senta « controllata e guidata » dalla teoria o faccia uso di criteri discretivi opportunamente integrati dalle teorie ' del senso comune '. Sarà ancora soltanto questione di

risultati dell'indagine psicologica dibattimentale comporta l'enorme rischio — chiaramente sottolineato da B. SCHÜNEMANN — di far dipendere in ultima analisi la valutazione penale dell'episodio dalle « capacità linguistiche » del singolo individuo, con la conseguenza di macroscopiche discriminazioni « secondo le rispettive classi sociali » (*Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeit und Gefährdungsdelikte*, in: *Juristische Arbeitsblätter* 1975, (787 ss.) 790).

(¹²⁹) P. BOCKELMANN, *Bemerkungen zum Verhältnis des Strafrechts zur Moral und Psychologie*, cit. n. 38, 253.

(¹³⁰) Cfr. D. KRAUSS, *Der psychologische Gehalt*, cit. n. 128, 27 e G. JAKOBS, *Die subjektive Tatseite*, cit. n. 124, 37-8. Sui rischi di questo pericoloso trasferimento, v. le osservazioni di M. WALTER, *Die subjektive Struktur der Handlung*, cit. n. 43, il quale accenna a taluni criteri orientativi di ordine politico-criminale da rispettare in sede di definizione del contenuto normativo degli elementi soggettivi (212).

(¹³¹) H. J. RUDOLPHI, in: *Systematischer Kommentar*, cit., 66.

buon senso, oppure — come nel caso deciso dalla Corte suprema tedesca — sarà la 'vecchia 'logica' del risultato quella che, in ultima istanza, farà valere le sue leggi (¹³²).

7. - *Criminologia e dommatica: le difficoltà ed i limiti di un confronto necessario.*

Per questo tipo di lavoro — un lavoro che servirebbe non poco ad avvicinare norma ed empiria, dommatica e sociologia — il criminologo non ha tempo, e tanto meno voglia. Almeno attualmente, è esclusivamente impegnato a cercare ciò che lo divide dal penalista, e da un sistema giuridico di cui teme un « troppo stretto contatto » (¹³³): se così non facesse, a sentir lui, non potrebbe evitare la sgradita esperienza che già altri fece nella zona di Canne (¹³⁴). Del resto: come escludere che abbia ragione? Se il criminologo afferma di avere con la norma un rapporto fin troppo diverso da quello del giurista, bisognerà pur credergli. Certo, sarebbe auspicabile che egli spiegasse dettagliatamente qual è infine il suo rapporto con la norma. Come bisognerà d'altra parte che egli apprenda come il « feticistico » rapporto del giurista verso la norma — un rapporto che il giurista suole definire, meno rudemente: principio del vincolo alla legge — ha pur qualche ragione d'essere, soprattutto quando la norma in questione è una norma di diritto penale (¹³⁵). Se

(¹³²) V. da ultimo K. LÜDERSSEN, *Erfolgsrechnung und Kriminalisierung*, in: *Fest für P. Bockelmann*, (181 ss.) soprattutto 190 ss.

(¹³³) F. SACK, *Die Chancen der Kooperation*, cit. n. 30, 350.

(¹³⁴) F. SACK, op. ult. cit., 349.

(¹³⁵) Sull'imprescindibile significato ideologico e politico del principio del vincolo alla legge, v. da ultimo G. JAKOBS, *Strafrecht A.*, 1983, 55 (« il vincolo deve garantire obbiettività »); cfr. altresì H. L. SCHREIBER, *Gesetz und Richter*, 1976, 213 ss. Sui limiti del vincolo, v. soprattutto W. HASSEMER, *Rechtssystem und Kodifikation*, cit. n. 38, P. I, 82 ss. e B. SCHÜNEMANN, *Nulla poena sine lege?*, 1978, passim.

tra quelle « certe posizioni di fondo » che il penalista non è disposto a « cedere », come lamenta il criminologo ⁽¹³⁶⁾, c'è anche questa, è bene per lui che si rassegni: se poi le 'altre' posizioni fossero più o meno della stessa specie, ci sarebbe davvero da domandarsi se abbia un senso continuare a discutere ⁽¹³⁷⁾.

Ma nonostante tutto un senso c'è, ed è al di sopra della volontà delle parti: è possibile ignorare tutta l'« empiria » che c'è nella « norma », e viceversa, ma non si può cancellarla ⁽¹³⁸⁾. Il problema è che a ricostruire ogni volta il loro giusto rapporto ci vuol purtroppo ben altro che una « *unverfälschte Absorption* » dei risultati dell'una (le scienze empiriche) nella struttura dell'altro (il sistema delle norme penali), come un po' troppo sbrigativamente pretende talvolta il criminologo ⁽¹³⁹⁾. Almeno quando ha scritto che se sarà possibile andare avanti — e dovrà esserlo — si potrà farlo solo « passo per passo » ⁽¹⁴⁰⁾ (leggi: norma per norma, empiria per empiria) il giurista ha sicuramente avuto ragione. Se poi dalle sue recenti esperienze col sociologo questo giurista avesse altresì tratto la conclusione che per lo meno non tutta la criminologia attestata « alle porte della giurisprudenza » ha un reale interesse ad entrarvi, non potrebbe

⁽¹³⁶⁾ F. SACK, *Die Chancen der Kooperation*, cit. n. 30, 357.

⁽¹³⁷⁾ Tra le « altre » posizioni rientra l'atteggiamento del giurista verso la *dommatica*: F. SACK, op. ult. cit., 352-3. Da questo punto di vista, la « *double-bind-situation* » di cui parla SACK ha certamente un riscontro oggettivo. Tanto più opportunamente ribadisce perciò K. TIEDEMANN che « c'è oggi amplissimo consenso sul fatto che la *dommatica penale* esplica una funzione essenziale ed insostituibile, che è quella di garantire la *libertà del singolo* dinanzi al potere punitivo statale » (*Stand und Tendenzen von Strafrechtswissenschaft und Kriminologie*, in: *JZ* 1980, (489 ss.) 490).

⁽¹³⁸⁾ V. le bellissime pagine di K. ENGISCH su: « la concretizzazione quale svolta verso il reale, nel diritto e nella scienza giuridica », in: *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, II Aufl., 1968, (84 ss.) soprattutto 90 s. e 120 ss.

⁽¹³⁹⁾ F. SACK, *Die Chancen der Kooperation*, cit. n. 30, 364.

⁽¹⁴⁰⁾ K. LÜDERSSEN, *Kollektive Zurechnung*, cit. n. 90, 740.

far meraviglia (¹⁴¹). Un fatto è certo : alla verifica dei « vantaggi e svantaggi delle scienze sociali nel diritto penale » (¹⁴²) segue ora l'interrogativo : « progressi nel diritto penale attraverso le scienze sociali? » (¹⁴³). La risposta non può che essere cercata nel dettaglio (¹⁴⁴). Ma sarebbe grave se a cercarla fosse solo il giurista.

(¹⁴¹) Sottolinea apertamente K. LÜDERSSEN, op. ult. cit., 739, la necessità di differenziare le diverse posizioni dell'odierna criminologia soprattutto nei confronti della politica criminale.

(¹⁴²) Così il titolo del volume in due tomi curato da K. LÜDERSSEN e F. SACK: *Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht*, contenente molti contributi cui più volte si è fatto richiamo.

(¹⁴³) Questo il titolo del volume da ultimo pubblicato da W. HASSEMER-K. LÜDERSSEN-W. NAUCKE: *Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften?*, 1983.

(¹⁴⁴) Nel prosieguo di questo lavoro tale approccio viene concretizzato in relazione alla problematica delle prognosi nella teoria e nella prassi della commisurazione della pena.