

# — DPU: perché è necessaria una svolta scettica e realista contro le parole vuote del diritto penale dei dogmi

Prima parte.

di Luca Santa Maria

---

## I.

L'orizzonte degli eventi in cui si iscrive DPU è **il tempo della crisi**.

Alcuni tra i più autorevoli penalisti contemporanei<sup>1</sup> riconoscono che – in termini kuhniiani (chi non cita Kuhn e i paradigmi oggi?)<sup>2</sup> – il **paradigma ricevuto**, l'ordine simbolico del **diritto penale fondato sulla ideologia della positivista**, si svela ogni giorno più angusto, sorretto da idoli e finzioni ideologiche sempre meno sostenibili, da anomalie interne al sistema ogni giorno più evidenti e dall'uso di ipotesi *ad hoc* artificiose e fittizie, per tenere in piedi il glorioso edificio che rovina.

---

<sup>1</sup> Il riferimento è in particolare a Domenico Pulitanò (cfr., tra gli altri, D. Pulitanò, *Il giudice e la legge penale*, in *Questione giustizia*, 2, 2017, pp. 149 ss.; *Id.*, *La scienza penale tra fatti e valori*, in *Criminalia*, 2010, pp. 239 ss.; *Id.*, *Colpa ed evoluzione del sapere scientifico*, in *Dir. pen. proc.*, 14/5, 2008, pp. 647 ss.); Carlo Enrico Paliero (cfr. C.E. Paliero, *Il diritto liquido: pensieri post-delmasiani sulla dialettica delle fonti penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 3, 2014, pp. 1099 ss.; *Id.*, *Il principio di effettività nel diritto penale*, ESI, 2011); Emilio Dolcini (cfr. E. Dolcini, C.E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffrè, 2006); M. Vogliotti, *Lo scandalo dell'ermeneutica per la penalistica moderna*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2015, pp. 131 ss.

Quest'ultimo Autore menziona altresì (p. 156), nel panorama della dottrina italiana che ha mostrato di recepire gli insegnamenti dell'ermeneutica giuridica; G. Fiandaca, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, pp. 353 ss.; M. Donini, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Giuffrè, 2011; *Id.*, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Giuffrè, 1991; F. Palazzo, *Regole e prassi dell'interpretazione penalistica nell'attuale momento storico*, in *Aa.Vv.*, *Diritto privato, 2001-2002, VII-VIII. L'interpretazione e il giurista*, 2003, Cedam, pp. 507-556; O. Di Giovine, *L'interpretazione nel diritto penale*, Giuffrè, 2006; M. Ronco, *Precomprensione ermeneutica del tipo legale e divieto di analogia*, in E. Dolcini, C.E. Paliero (a cura di), *Studi in onore*, cit., vol. I, Giuffrè, 2006, pp. 693 ss.

<sup>2</sup> T. Kuhn, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Einaudi, 1979.

DPU nasce con l'intento di **prendere sul serio** questa “**crisi**” del diritto penale – che è una **crisi a un tempo epistemologica ed etica** – per la più semplice delle possibili ragioni, e cioè che la crisi del diritto penale è, allo stesso tempo, **una crisi della società** di cui il diritto penale è da sempre **struttura portante**.

Se **il diritto penale è malato**, e ogni giorno pare più debole – anche quando, anzi soprattutto, quando *crede* di mostrare i “muscoli” –, inefficiente e iniquo, sempre più incerto e sempre più soggetto a venti mutevoli, irragionevoli e spesso incomprensibili che soffiano nella società, vuol dire che **la società stessa**, nel suo insieme, è **malata**, ma dev'essere vero anche l'inverso, e cioè che **una società malata non può che contribuire a riprodurre un diritto penale sempre più malato**.

Il nostro punto di partenza è quindi che **la crisi è vasta e profonda**, forse più ancora di quanto sia già stato detto e scritto, perché il contesto in cui si colloca è quello di una **crisi generale della cultura**, quasi un tempo di – per dirlo con le parole di Gabrio Forti – «**corruzione delle regole e dei saperi**»<sup>3</sup>.

I migliori teorici del diritto condividono, in parte almeno, **questa diagnosi**, ma loro come noi sentono **la grande difficoltà di pensare ad una terapia, e cominciare a pensare un paradigma nuovo è molto difficile**.

DPU nasce quindi per creare **un laboratorio** – un acceleratore di particelle di pensiero per scoprire, se possibile, **le particelle fondamentali** di questo diritto – perché da lì, dal profondo, si può osservare e capire la crisi, e navigherà su questa rotta, aprendo numerosi e differenziati programmi di ricerca e di azione pragmatica – noi li chiamiamo “**cantieri aperti**” – di **inusitata estensione**, perché nulla o quasi del diritto penale che crediamo di conoscere funziona davvero come vorremmo che funzionasse.

## II.

Il rapporto tra diritto penale e società già da tempo è **patologico**, perché lo strumento feroce, che dispensa violenza, da *extrema ratio* che (nella logica del pensiero liberale) dovrebbe essere, ha invece sempre più i connotati di **una ratio ordinaria**, o forse di una *ratio* che non è più razionale, o che forse mai lo è stata, e che oggi funziona male (ora troppo, ora troppo poco) e sempre più fuori d'ogni reale controllo.

Si respira nella società un'intollerabile aria di **rancore e risentimento diffusi**, incapaci d'altro se non di rimuginare su di sé; questi atteggiamenti collettivi e individuali parlano sempre più solo la lingua della violenza della pena come panacea di tutti i mali del mondo, senza avvedersi dell'inganno che quella lingua oscena cela, per la sua (ormai incontrovertibile) **impotenza a mantenere le false promesse che crea**.

Il discorso sul diritto penale contemporaneo, per una sorta di *hybris*, o **illimitata volontà di potenza del diritto penale stesso (e di chi lo fa)**, necessariamente deve occuparsi di **tutto l'esteso campo sociale** che il diritto penale pretende, a torto, di sapere e di poter trattare.

---

<sup>3</sup> G. Forti, *La cura delle norme. Oltre la corruzione delle regole e dei saperi*, Vita e Pensiero, 2018.

Sono consapevole dei pericoli di **riduzionismo e semplificazione** che correremo e possiamo solo sperare che, vagando da un campo all'altro, da un sapere all'altro in caccia dei nessi che essi hanno col diritto penale, senza poter scavare quanto si vorrebbe e si dovrebbe, ci accada di trovare “**il profondo che sta nella superficie**” del diritto penale contemporaneo.

A questi due pericoli – riduzionismo e semplificazione – si aggiunge l'altro pericolo che viene dal fatto che chi ora scrive **non è un professionista della scienza del diritto** ma, semmai, un **pratico del diritto penale** che, quel che sa, lo ha appreso dai libri letti e da esperienze vissute nei tribunali e che, da queste esperienze, si è fatto l'idea che i **problemi epistemologici ed etici** del diritto penale stanno diventando sempre più difficili e pericolosi.

Questo non significa che DPU non si rivolga alla scienza del diritto penale (che sia la teoria del reato o la cosiddetta dogmatica, d'ora in poi parleremo semplicemente di “scienza del diritto”, distinta dalla filosofia del diritto penale).

DPU è un **appello alla migliore scienza** del diritto penale, sempre che voglia accettare il quanto di sfida che indubbiamente DPU lancia.

### III.

Forse il punto di vista pratico di un pratico che, come detto, non è **un professionista della scienza giuridica** può avere anche dei vantaggi.

DPU nasce con la mia consapevolezza – forse solo mia, o forse più condivisa di quanto appaia – che **la crisi del diritto penale non sia “visibile” e quindi non sia adeguatamente “risolvibile” con il solo uso del metodo della scienza penalistica**, la quale, perciò, deve essere chiamata, io credo, ad una vasta e penetrante opera di autoriflessione critica.

Come ho accennato all'inizio, la crisi è innanzitutto la crisi dell'ordine simbolico – il “grande Altro” lacaniano, o il paradigma quasi mistico khuniano, o in qualsiasi modo si voglia chiamare quel che nel nostro discorso prende le forme **dall'ideologia dell'illuminismo giuridico e del giuspositivismo** – nel cui recinto si svolge ancora per intero il gioco linguistico del diritto penale.

Questo **apparato ideologico** – fatto di principi e di garanzie coniate almeno due secoli orsono e ancora ottimisticamente fondate sull'idea che **la loro osservanza dipenda solo dall'umana ragione e dalla buona volontà** – è manifestamente in crisi, più di quanto non possa ammettere di essere.

Qualunque linguaggio interno di un'ideologia rende possibili solo pensieri che siano dicibili con quel linguaggio e in quell'ideologia. Il “resto”, non è nemmeno visibile, perché l'ideologia lo vela, ma cionondimeno sempre esiste.

Fino a che il “resto” è poca cosa, non ci sono problemi: anomalie varie, *rebus* più o meno enigmistici, non sovvertono mai l'ordine delle forme simboliche dell'ideologia.

**Che cosa accade, però, se il “resto” diventa il tutto, o il quasi tutto, cioè quel che conta davvero?**

Se i problemi – là fuori nel mondo – cominciano a complicarsi oltre la soglia di normalità,

e **improvvisamente** appaiono alla vista perché è sempre più difficile renderli invisibili, ci sarà un momento in cui i **vecchi arnesi del vecchio mestiere**, con cui si diceva e faceva diritto penale prima, appariranno francamente **obsoleti e impotenti**, perché sempre più apparirà evidente che essi **lasciano sfuggire, dalle maglie delle reti linguistiche in cui sono stati costretti, problemi o enigmi che quell'ideologia non può risolvere ma che appaiono, di contro, sempre più essenziali e urgenti.**

Per questo **il punto di vista esterno di un dilettante di scienza del diritto, ma professionista di pratica del diritto penale**, può forse cogliere quel che chi sta dentro le mura della scienza forse non vede, o vede male.

Siamo in transizione da un tempo all'altro.

In questo tempo incerto c'è ovviamente il rischio del **reciproco fraintendimento**, come tra chi parli diverse lingue tra loro incommensurabili, ma la conversazione sarà efficace se tutti noi condividiamo una convinzione profonda – **una sorta di precondizione di ragione comunicativa** –, e cioè che un **discorso sul diritto penale che oggi non muova dal pensiero della sua crisi** corra l'alto rischio di essere sospettabile di **anteporre** interessi di varia natura **all'onestà intellettuale** e alla **responsabilità sociale** che incombe su qualunque intellettuale degno di essere chiamato tale.

#### IV.

Vorrei fugare da subito un possibile dubbio.

Il dubbio che, a molti, possa venire il pensiero che DPU, che ha iniziato appena la sua vita, non è una rivista di diritto penale, ma **qualcosa d'altro** il cui posto, dunque, non è certo quello del discorso sul diritto.

Nulla di più infondato.

La scienza del diritto sembra nata con un vizio d'origine, e il vizio è che questa sedicente scienza (perché essa si è data questo nome) da sempre delimita e costruisce il suo oggetto come più le aggrada; decide essa, **cioè, che cosa sia diritto e che cosa no.**

La scienza giuridica – qualunque scienza giuridica –, quindi, **costruisce a priori il suo oggetto**, il diritto, e poi a posteriori stabilisce i canoni di metodo che dovrebbero essere idonei a consentire di conoscere **scientificamente** quell'oggetto ch'essa si è creato.

Di regola, negli altri campi della ricerca umana sull'uomo, sulla società e sul mondo, **accade l'opposto**: prima c'è l'oggetto, che sta là fuori e che è l'*explicandum*, e poi, solo poi, la scienza costruisce se stessa, l'*explicans*, così come creda che debba essere per conoscere l'oggetto.

**Non è difficile vedere la petizione di principio, il peccato originale che non può essere sanato e che infetta ogni sedicente scienza del diritto.**

**Il diritto però è realmente quello che il penalista crede che sia ed è fatto così come il penalista vuole che sia fatto?**

**Perché il diritto dovrebbe essere quel che il penalista dice, se non perché quel penalista vuole così? O (se volete) perché nessuno scienziato del diritto si chiede più perché – cioè sulla base di quali ragioni – si consideri tale, uno scienziato appunto?**

Chi ha deciso che il diritto è come i Giusnaturalisti dicevano che fosse, se non i giusnaturalisti stessi? Non vale lo stesso per i Positivisti del Diritto? O per i discepoli della Scuola Positiva, piuttosto che della Scuola Classica del diritto penale? Chi, se non Kelsen, dice come dev'essere il diritto perché la sua scienza possa dirsi "pura"? Chi ha deciso che il diritto sia quel che qualunque giurista, Engisch, Austin o Hart, o chiunque altro, dice ch'esso è?

Per arrivar subito ai tempi nostri, chi decide che il diritto penale **sta tutto e solo** nel codice penale e quindi il suo studio deve essere racchiuso in **un testo o più testi** che abbiano come... contesto solo la necessità della esegesi oggettiva e imparziale delle parole scritte nel codice penale?

Non ne ho la più pallida idea (cito un magnifico libro scritto da due scienziati a proposito di quel che non sappiamo – quasi tutto – dell'universo e... di noi)<sup>4</sup> ma nessuno sa veramente rispondere a quella domanda.

## V.

Il giurista che aspiri a dirsi scienziato, cioè cultore di un **sistema di conoscenza oggettivo e neutrale** (ammesso e non concesso che una scienza, per essere scienza, debba per forza essere così), deve quindi pretendere che il suo oggetto, il diritto, sia a sua volta **oggettivo e neutrale**, perché solo così definito l'oggetto è **possibile concludere che la scienza – cioè la conoscenza – del diritto è... scientifica.**

**Chi crede davvero che il diritto penale sia così se non chi necessita di questa presupposizione, cioè i professionisti della scienza del diritto?**

Rinunciare a pretese di scientificità, o, al contrario, espandere quasi a dismisura l'oggetto del proprio riflettere, contribuirà almeno a render chiaro che l'uomo, e quindi **il diritto penale, è creazione umana, non è mai oggettivo e imparziale, soprattutto quando pretende di esserlo.**

Anticipo una riflessione che trasparirà dall'impresa (piccola o grande, utile o inutile che sia) cui DPU si accinge, e cioè che **il diritto, da un lato, non si conosce con la scienza del diritto e, dall'altro lato, si fa anche, ma non solo, nella scienza del diritto.**

Il diritto penale si fa, incessantemente, e non si conosce mentre si fa, perché **nessuno è estraneo al processo di produzione del diritto penale**, nessuno può chiamarsi fuori a scrutare la pianura dall'alto di qualche inesistente collina, e quindi tutti, teorici o pratici, dilettanti o professionisti, siamo responsabili di quel che il diritto penale è.

Forse è per questo che, a mio avviso, **le tradizionali divisioni** tra teoria del diritto penale, filosofia del diritto penale positivo, dogmatica, dovrebbero essere superate, per essere rimpiazzate da un sapere, **un "punto di vista", che li include tutti e, anzi, lasci spazio per molto altro che appartiene alla cultura umana e che deve entrare nel gioco linguistico del diritto penale**

---

<sup>4</sup> J. Cham, D. Whiteson, *Non ne abbiamo la più pallida idea. Guida all'universo sconosciuto*, Longanesi, 2019.

(pena la sua inevitabile corruzione per consunzione).

**Il diritto penale è infinitamente più interessante di quanto gli scienziati del diritto penale credano e vogliano far credere.**

**Non dico con questo che l'esegesi delle parole del codice penale non conti.** Tutt'altro. Quel processo di spiegazione razionale e di comprensione umana di un testo, che è **l'interpretazione**, sta al centro del diritto penale, ma **la definizione del testo da interpretare, e soprattutto del contesto in cui l'interpretazione si fa**, è molto più vasta e complessa di quel che comunemente si crede.

## VI.

Il penalista, per essere pari allo *status* intellettuale di scienziato che pretende di avere, è quindi in qualche misura costretto a “costruire” la **realtà giuridica** come **qualcosa d'altro** dalla **realtà empirica**, e a dire che quella realtà esiste, ed è appunto il diritto; ma è ovvio che quella realtà... non c'è, o non è l'unica possibile cui dare il nome di diritto.

Il mondo che non c'è è il **mondo della normatività**, il mondo del dover essere.

Chi parla di un mondo che non c'è non può sottrarsi al pericolo che **l'asserzione di esistenza di quel mondo** sia mal fondata, o fondata su concetti che sarà sempre possibile smascherare come finzioni più o meno diffuse e sistemiche.

Questo è il **rischio del mestiere** del professionista della scienza del diritto.

Nel nostro caso, come accennato all'inizio, le finzioni derivano da una serie di assiomi che il diritto penale di oggi ancora condivide col diritto penale che, nel secolo dei lumi, divenne il diritto penale di una classe sociale che aveva prevalso sull'antico regime e sul diritto che esso emanava.

Il discorso del diritto è da troppo tempo obbligato a stare dentro una **metafisica avvizzita e sterile** (la metafisica della ragione illuminista e positivista), si avvita sempre più su se stesso, diventa un gorgo, nel quale a far da padrone è ormai un – **troppo facile da smascherare** – **catalogo straordinario di finzioni**, assiomi indimostrati e dimostrazioni logicamente fallaci che, fintanto che le finzioni possano essere credute vere, tengono in piedi l'edificio, ma che, una volta che appaiano per quel che sono, cioè finzioni, l'edificio implode.

La madre – o il padre – di tutte le finzioni ha, nel nostro modo di parlare del diritto penale, l'altisonante nome di “sistema” che tuttora è il fiore all'occhiello della nostra scienza, il segno distintivo dell'altezza razionale e morale di una intera cultura giuridica.

**La scienza del diritto penale**, a partire dal XIX secolo, più o meno, si volge al compito di **provare che tutto il diritto penale positivo debba stare dentro le ferree gabbie d'acciaio di un sistema**, e a questo compito i giuristi si accingono proprio quando, nel vicino campo della filosofia, i grandi filosofi provavano a costruire **il sistema dentro cui volevano dare un senso a tutto il mondo**.

I grandi giuristi del tempo cominciano ad erigere questo “sistema” del diritto – o, usando

altre parole, la “teoria del reato” – e i mattoni sono i “concetti giuridici”, **che sono pensati reali, ma che reali ovviamente non sono**, e che vengono estratti, **con l’interpretazione linguistica**, dal composito materiale delle proposizioni, cioè le parole, che sono o sarebbero tutto il diritto penale.

Via via che il processo di astrazione sale verticalmente e vertiginosamente, accade che **l’aria si faccia sempre più rarefatta**, che ci sia sempre meno ossigeno.

Che cosa accade, allora?

**Le parole si alleggeriscono del peso dei fatti, cioè del loro significato.**

## VII.

**Il sistema dovrebbe essere il garante della razionalità del diritto penale ma nessuno sembra farsi carico di spiegare perché un diritto inchiodato in un sistema artificiale e artificioso sia, per ciò solo, razionale.**

Può essere degna di ammirazione **l’algida perfezione** di queste maestose cattedrali e parte dell’ammirazione può risiedere proprio in questo, nel fatto che esse sono state progettate e costruite **con grande dispendio di energie intellettuali, ma non può non venire alla mente che queste energie forse potevano essere investite meglio.**

Proliferano discussioni su esoterici argomenti: se il reato, divenuto concetto di concetti, sempre più aereo e anni luce lontano dal mondo empirico, è – nella sua essenza platonica – “monistico”, o sia invece “una triade” (o “una trinità”) o se, piuttosto, sia “dualistico”, diremmo “bipolare” (non nel senso del disturbo della personalità) o perché no invece, quadripartitico.

Non cambia nulla, ovviamente, sebbene si senta dire che l’analisi del reato – cioè il sistema – è... liberale, mentre la sintesi monistica sarebbe... illiberale, cioè tendenzialmente totalitaria e, davvero, non è da tutti capire che cosa tutto questo voglia dire.

Il discorso sul diritto penale, però, celato da queste maschere, pare sempre più un discorso che diventa quasi un **culto misterico, ed esso serve lo scopo (non innocente) di difendere l’idea (la speranza? O il desiderio?) che il diritto penale – con la sua carica di primordiale violenza – sia stato domato, ridotto a pura ragione.**

Non è vero, ovviamente, perché nessuno crede che quel che accade ogni giorno nelle aule dove si celebra il culto sia l’impresa razionale innocente che, fuori dal processo – magari nella aule delle università o dei convegni, dove **il diritto penale come oggetto di scienza celebra se stesso** –, si dice che sia.

I filosofi, più o meno dopo Hegel, non credono più di poter ingabbiare il mondo in un sistema e ormai da un secolo lamentano la perdita dei fondamenti di ogni discorso.

Il penalista, invece, all’alba del XXI secolo, sembra credere ancora di poter ingabbiare il diritto penale nel sistema e tuttora si deve ripetere il consueto *mantra* – **il diritto penale è prodotto di ragione, tant’è che sta nel sistema razionale che abbiamo costruito** – che cela l’eccezionale fatto che questo nostro discorso è cambiato poco negli ultimi due secoli, mentre

tutto all'intorno cambiava (e ancora oggi cambia) tutto.

È un palese atto di... *hybris*.

Perché?

## VIII.

La teoria del diritto tradisce la sua origine, tant'è che si dà il nome – e l'uso della parola è degno di interesse – di **dogmatica** (c'è, o almeno così si dice, una dogmatica alta e una dogmatica bassa).

Si dovrebbe però dar conto delle ragioni dell'uso di questo curioso aggettivo, che, nella storia delle idee dell'occidente, ha sempre funzionato come contraltare dell'altro aggettivo, **scettica**, che designa il modo opposto di vedere il mondo.

Il dogma **non è espressione di ragione ma del suo opposto**, non è ragione tollerante e critica, ma è piuttosto qualcosa di più prossimo ad una intollerante imposizione priva di ragione.

Il problema della *hybris*, però, sta nascosto da un'altra parte.

Il diritto penale – e in ciò si vede il massimo risultato della propria ragione, cioè della sua volontà di potenza o *hybris* – **crede – o finge di credere – che il sistema – che è un suo artefatto – contenga in sé anche il significato delle parole che esso usa.**

È ovvio che non sia così, perché quando le parole del codice si riferiscano a fatti che accadono nel mondo più ampio, enormemente più ampio, che sta **là fuori dal sistema**, il penalista, in linea di principio, **non ha la competenza per forgiare da sé i significati delle parole** del diritto penale che si riferiscono a quel mondo.

Di qui la necessità costruire e poi di credere (o fingere di credere) ai **dogmi cui, notoriamente, si crede anche *quia absurdum*.**

Nasce cioè **la potente finzione** per cui il sistema del diritto penale, così razionalizzato, **contenga in sé le chiavi linguistiche per risolvere qualunque *rebus*** che i Giudici debbono sciogliere in qualsiasi processo penale dove sia in questione l'applicazione del diritto penale ai fatti del mondo.

È tutto falso.

Che cosa sa il penalista del **rapporto di causalità naturalistico** tra la condotta A e l'evento B, o se A è o non è **pericoloso** per B, senza il riferimento (almeno implicito) ad un'ontologia che dica che cosa esiste e che cosa non esiste nel mondo, e che dica anche qualcosa sui nessi (se ve ne sono) tra evento A ed evento B? Che cosa sa il penalista dello **stato mentale** di A quando agiva o non agiva nel modo B, senza il riferimento (almeno implicito) ad una psicologia, che dica che quegli stati mentali esistono realmente e quando e come si affaccino nella mente dell'uomo (liberamente o no)? Che cosa sa il penalista di quel che il giudice **può conoscere o non conoscere** del mondo, senza il riferimento (almeno implicito) ad un'epistemologia che dica se e fino a che punto la conoscenza del mondo dell'uomo è affidabile?



Faremo esempi a non finire di questo delicato problema.

In Italia, ad esempio, è divampata la questione se e dove la categoria dogmatica dell’**“aumento del rischio”** debba stare nel sistema – se nella causalità, nel pericolo o nella colpa o altrove o in nessun luogo.

Il problema serio di **che cosa sia**, però, e di **come si accerti un “rischio”** – se non si risolve il quale, allora, sarà sempre incerto *se c’è* un rischio (cioè un rapporto di probabilità come frequenze relative, e non solo una correlazione spuria di eventi) e se quel rischio sia aumentato o no –, che io sappia, **non si trova trattato da nessuna parte**, in nessun libro o articolo o nota a sentenza, perché il problema – questo sì razionale – di che cosa sia un “rischio” semplicemente viene ignorato, come fosse *res inter alios acta*.

Vedremo che nelle stanze grigie del diritto penale si aggira uno spettro – **il concetto o i concetti di probabilità** –, che il diritto penale rifiuta di trattare con la serietà scientifica e filosofica che invece sarebbe necessaria.

È evidente che la probabilità è indigeribile per **un diritto penale che ha un DNA storico e culturale opposto a quello della probabilità**.

Un diritto penale geneticamente modificato, che non sia più immerso dentro una finta necessità (e che sia quindi illusoriamente certo), ma sia realmente fondato sul probabile (e che sia quindi consapevolmente fallibile, cioè **sempre e ovunque incerto**, ma più razionale davvero), **sarebbe ancora un diritto penale?**

O sarebbe qualcosa d’altro?

La scienza del diritto serve per tenere celate queste delicate antinomie, cioè i conflitti tra diritto e mondo che non dovrebbero esistere, ma che sono fatti esistere dalla scienza del diritto penale.

## IX.

Si difende l’esistente con l’argomento che il diritto è un **“discorso normativo e non empirico”** che può essere colto solo se i due mondi – il dover essere e l’essere – siano ben separati, e che il penalista si occupa solo del primo e non del secondo.

Si torna allora all’argomento di prima: il mondo del **dover essere non è un mondo reale**, ma un **mondo fittizio costellato di dogmi**, cioè di concetti veri perché creduti veri.

Resta però da aggiungere qualcosa d’altro.

**Il dover essere presuppone, ovviamente, l’essere – o meglio, il poter essere –, e se il dover essere è di pertinenza del giurista, l’essere e il poter essere dovrebbero essere di esclusiva pertinenza di chi è socialmente meglio addestrato a rispondere a questa domanda, cioè lo scienziato (e, chissà, forse anche il filosofo, o addirittura – perché no? – la grande letteratura umana sull’uomo).**

**Non deve esserci frizione tra essere e dover essere, quanto a che cosa sia l'essere.**

Che cos'è un dover essere che non può... essere, se non un comando la cui osservanza non è esigibile? La condanna che fosse fondata su questo comando di un dover essere che non può essere, non è **una tragica ingiustizia, creata e voluta dal diritto penale stesso?**

Il penalista – quante volte l'ho già scritto? – non ha competenza sul poter essere e sfrutta questo limite per farsi il suo mondo senza dover render conto alla ragione (quella vera, non quella del suo sistema).

Il dogmatico del diritto penale lo sa benissimo (o comunque lo sanno i migliori), ma è restio ad accettare una *deminutio capitis* intellettuale che sarebbe necessaria e, quindi, pur di non perdere il monopolio dell'uso delle parole che stanno nel diritto, e il correlato potere, tenderà più che può **a star lontano dal fatto** – perché, in fondo, sa di non sapere quasi nulla dei fatti – e **proverà a parlare quasi solo di diritto**, di cui crede invece di sapere.

Nel mio scritto [\*Il diritto penale dalla A alla Z\*](#), ho provato ad aggiornare il catalogo dei concetti del diritto penale che per essere capiti, dovrebbero essere importati dai più svariati campi della scienza, **perché di essi il penalista sa poco o nulla, e quindi, quando ne parla, corre il gravissimo pericolo del soggetto che si è creduto sapiente senza esserlo**, e molto si potrebbe scrivere delle cadute anche tragicomiche del penalista ogni qualvolta gli tocchi uscire dalle sacre mura della sua cattedrale.

**In quel primo scritto, ho passato in rapidissima rassegna le parole chiave delle regole dell'imputazione e aspetto che mi si confuti, perché se non ho tutti i torti allora non sarà facile sfuggire alla impressione che l'opera autopoietica della attuale scienza del diritto produca ormai solo smorte formule vuote.**

Chiedetevi ora quante monografie, quanti articoli o quante note a sentenza, sono stati pubblicati negli ultimi dieci o venti anni intorno alle **regole dell'uso di quelle parole – causa, pericolo, colpa, imputabilità, dolo – che sono contese tra diritto penale e scienze empiriche.**

Troppo poche. Perché? Perché, su quei grandi problemi, la dottrina del diritto penale **non ha più da tempo quasi nulla da dire e quel che poteva l'ha già detto e, se si avventura là fuori, corre il pericolo di fare pessime figure.**

Il Giudice, però, **ha il problema opposto**, sempre attuale e che, anzi, ogni giorno diventa più difficile, perché sa che **le questioni legate al fatto – cioè all'essere e al poter essere empirico – sono sempre più importanti delle questioni legate al diritto** – cioè al dover essere – e constata che nella letteratura giuridica è sempre più difficile trovare la soluzione della questione da cui dipende l'esito del processo che egli dovrà decidere, e allora **gli tocca far da solo.**

**Si crea un fossato apparentemente incolmabile tra teorico e pratico del diritto e certo non accade per caso.**

X.

La barca sta a galla in qualche modo, tutto pare funzionare, o può esser fatto funzionare, fino a che **il senso comune e il linguaggio ordinario** possono apparire mezzi adeguati per dire **chi è e come si conosce l'uomo, che cosa è e come si conosce il mondo – naturale e culturale – cui il diritto penale si rivolge coi suoi comandi e i suoi divieti.**

Oltre una certa soglia, però, il sistema va in *tilt*.

Quando **la tensione tra fatto conoscibile con la scienza e fatto conoscibile senza l'uso della scienza, ma con l'unico modo che il penalista ha per conoscere quel fatto, che è il senso comune, l'id quod plerumque accidit, la crisi diventa inevitabile.**

E quelli che prima parevano rispettabili concetti, si rivelano finzioni, cioè... dogmi.

Il potere dell'ideologia, però, è forte, e quindi **l'orizzonte della crisi del diritto penale è accuratamente evitato, anzi rimosso.**

Un esempio su tutti.

Che la scienza del diritto penale abbia finora **velato, o meglio rimosso**, i drammatici problemi che le neuroscienze stanno creando nel rimodellare l'immagine stessa dell'uomo del senso comune – tant'è che questa psicologia è definita ormai non a caso *folk psychology* per contrapporla alla psicologia scientifica –, **è un disdicevole incidente intellettuale che tuttora permane**, di cui la casta dei giuristi porta una seria responsabilità e delle ragioni profonde di tale indifferenza abbiamo già detto.

Forse è umano, troppo umano.

**Nessuno parla volentieri di quel che non sa**, ma ciò non toglie che il Giudice e il giurista in generale debbano sapere, perché non è affatto vero che l'ignoranza in cui versano è legittima e se l'immagine d'uomo che il diritto penale presuppone è **un'ingenua finzione**, anche il diritto penale diventa un'ingenua finzione, capace però di tragici effetti.

DPU è solo l'inizio di un viaggio che metterà in discussione tutti o quasi i muri portanti dell'edificio del diritto penale.

## XI.

Ci pare ovvio e ancora ci insegnano che c'è **la quaestio iuris**, e poi **la quaestio facti**; tutto l'edificio del diritto poggia sulla **rigida separazione tra l'una e l'altra**, che, viste da un altro angolo, sono le premesse maggiore e minore del sillogismo giuridico al quale una parte – ancora non minoritaria – della dottrina riduce il ragionamento giuridico.

**C'è però qualcosa che non convince.**

Per quanto mi possa arrovellare, non riesco a pensare alla **causalità in sé**, indipendentemente dal problema empirico se A abbia causato B, così come non mi viene di pensare **al dolo in sé**, indipendentemente dagli stati mentali reali di un uomo in carne ed ossa calato in una situazione reale, ma lo stesso vale **per tutti gli altri concetti che costituiscono il nucleo delle regole d'imputazione, oggettive e soggettive, del diritto penale** (o almeno quei

concetti che dovrebbero essere conosciuti con l'atto dell'affacciarsi alla finestra del diritto e guardare il mondo là fuori, abitudine che alcuni penalisti sembrano non credere necessaria).

La separazione dei due mondi, il fatto e il diritto, l'essere e il dover essere, sembra più precaria di quanto apparisse prima.

**Fatto e diritto sono separabili solo con un'operazione che è essa stessa solo una finzione, perché, senza il fatto, il diritto non c'è, e senza diritto il fatto è irrilevante.**

L'uno, infatti, si compenetra nell'altro e viceversa, come in un gioco di specchi, in cui il fatto contribuisce a definire il diritto e a sua volta è definito dal diritto, in un **gioco intellettuale** che è sempre **circolare** (il grande penalista Engisch chiamava questo procedere **tra fatto e diritto, in cui consiste il mestiere di giurista, un "continuo andirvieni"**)<sup>5</sup>.

In un qualsiasi processo penale, ovunque celebrato, **la forma del diritto penale, il diritto,** fa come lo spazio della relatività generale, cioè **si espande o si restringe o si deforma sotto la pressione del contenuto,** cioè del fatto e della sua materia, perché il diritto **non è solo il contenitore passivo** dentro cui il giurista mette il fatto.

**I fatti, d'altra parte, non sono più solida e dura roccia come apparivano prima,** resistono sempre di più alla chiarificazione razionale di una ragione troppo debole, subiscono **torsioni e mutazioni** che si producono nel processo dove debbono essere accertati (tra processo accusatorio e verità c'è una tensione irriducibile e sovversiva – chi si difende poco e male, così come chi accusi poco e male, soccomberà anche se le sue ragioni erano migliori di quelle dell'avversario).

Il diritto da solo è poco o nulla, ossia, senza il fatto, il diritto non c'è, se pretende di legiferare sul terreno del non poter essere; e allo stesso modo il fatto, senza il diritto, è solo un fatto, uno dei tanti che accadono, ma come l'uno giochi con l'altro è difficilissimo da dire.

Il pensiero giuridico, però, pare talvolta così alienato che lascia l'impressione di pretendere che debbano essere **i fatti a doversi adeguare al diritto e non viceversa, e il pensiero è quantomeno strano.**

## **XII.**

**Il positivismo giuridico in cui è sfociato l'illuminismo** è quindi la lunga storia ancora in corso della fuga del diritto dal mondo della vita, **una fuga nella forma** (o nella parola) di un dover essere svuotato da quel che spaventa, ed infatti appare difficile sfuggire al sospetto che la fuga sia servita – e serva – per evitare, a chi non lo conosca e non voglia conoscerlo, **il brusco atterraggio nel mondo pericoloso e magmatico dei fatti e dei significati delle parole che stanno là fuori.**

La **ragione analitica** – il braccio filosofico del giuspositivismo – si rivela un'utopia che fa poca strada perché, col parlar troppo di forme e troppo poco di contenuti, alla fine le forme si logorano e accade che **si creda di parlare, ma non si dica quasi più nulla, anche perché il**

---

<sup>5</sup> K. Engisch, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, Universitätsverlag Winter GmbH, 1978.

**linguaggio non è l'infinito deposito di significati sempre attuali che si vorrebbe.**

**Anche le parole nascono, crescono, invecchiano e muoiono se non se ne ha cura.**

Negli ultimi tempi ha guadagnato terreno anche in Italia **la corrente ermeneutica** della teoria e della scienza del diritto, che, ad esempio, smaschera come finzioni ideologiche la riduzione del diritto alla sola legge, e porta **al centro della scena** del discorso sul Diritto il Giudice, riconoscendogli il rango che da sempre ha avuto, l'essere, cioè, **fonte naturale e inevitabile di produzione di diritto.**

L'ermeneutica, forse, è disposta a **parlare di "come stanno le cose" nel diritto penale, e di quanto pesi l'oscuro e l'irrazionale nel e del diritto penale,** più di quanto la ragione analitica possa fare, e questo le dà un significativo vantaggio euristico.

Tuttavia, come diremo, a noi pare che l'ermeneutica non sia ancora andata a fondo ancora abbastanza.

Pongo allora un'altra domanda, tornando all'opposizione prima accennata, **dogmatico versus scettico,** traendone l'**intima essenza politica** dell'opposizione.

La **ragione giuridica deve essere dogmatica,** cioè accondiscendente razionalizzazione del diritto, che è la volontà del potere, sapientemente trasformata in finzioni, cioè in dogmi, per non correre il pericolo della falsificazione empirica o razionale? Oppure deve essere piuttosto **ragione scettica,** cioè critica del diritto voluto dal potere, e quindi impegnata ogni giorno a smascherare le finzioni, i dogmi, e volta a creare **giustizia nel diritto** anche a costo del prezzo estremo, cioè **la disubbidienza al diritto ingiusto** che se ingiusto non è diritto?

Il positivista è un alleato del potere che ha emanato il diritto, e quindi è più dogmatico che scettico, e invece **DPU tenderà ad essere più scettico che dogmatico,** perché muoverà da un concetto di diritto molto più ampio di quello del positivismo e proverà ad essere **continua critica del potere che ha espresso quel diritto.**

### **XIII.**

**Se la scienza del diritto guarda solo alle forme – e lo fa come se guardasse alle essenze delle idee iperuraniche –, che chiama diritto, è sicuro che, presto o tardi, finirà col consumare le parole che usa da secoli, e ci sarà un tempo – che forse è già il nostro – in cui essa avrà poco da dire.**

Uno dei miei maestri – il prof. Marinucci – poteva ancora permettersi di dire che ormai il diritto penale non aveva più che da decidere «l'arredo dei mobili della stanza», perché **tutti i problemi del diritto penale erano ormai stati sviscerati quanto potevano ed erano quindi da considerare ormai risolti.**

Forse ieri si poteva dire così, ma forse oggi no, perché forse **qualcosa è cambiato** o forse **tutto è cambiato.**

Il mondo va trasformandosi a velocità forsennata e noi stessi, la specie animale che abbiamo chiamato *homo sapiens*, sembriamo essere divenuti **antiquati.** Se è in questione, nei

nostri tempi, chi in fin dei conti è *homo sapiens*, dovremmo davvero preoccuparci dell'arredo della stanza che *homo sapiens* ha inventato?

A noi oggi è evidente **che la stanza non c'è, l'abbiamo inventata noi**, o, se c'è, è talmente piccola, in confronto al mondo, che starci ancora dentro, **rifiutandosi di guardar fuori**, oggi può essere il sintomo di qualche **distorsione cognitiva, che ieri non si lasciava vedere ma oggi è qui davanti ai nostri occhi**.

Perché dobbiamo stare in quella stanza, come se non ci fosse altro da fare che ammodernare il mobilio, se è vero, come ci pare di aver capito, che **il penalista sceglie da sé l'oggetto della sua scienza** e che, quindi, **non c'è alcuna ragione cogente per concludere che lo spazio del discorso sul diritto debba avere i confini così angusti di quella stanza che il penalista dice che sia il diritto?**

**Tocca a noi, quindi, ridefinire la risposta alla domanda: «che cosa è diritto?», e subito appresso: «che cosa è la scienza del diritto?»; domande, ovviamente, l'una connessa all'altra.**

#### XIV.

L'altro mio grande maestro, Federico Stella, diceva che i penalisti, e lui era tra loro uno dei migliori, amano **«giocare coi trenini elettrici»**; forse esagerava, anche se – come al solito – coglieva con una battuta qualcosa di profondo (il trenino elettrico si muove in mondo che è **un modello del mondo reale**, ed è difficile negare che il penalista faccia spesso proprio questo, **scambiare il suo modello, cioè quel che gli conviene, con la realtà**).

Nel 1975 (!) Stella porta in primo piano i fatti della postmodernità che già si intravedevano all'orizzonte (il caso del talidomide, l'inquinamento del mare coi fanghi rossi, la tragedia tecnologica del Vajont) e per primo, almeno che io sappia, **smaschera il vuoto** che c'è sotto il vestito della dogmatica della causalità fino ad allora tramandata da maestro ad allievo nelle generazioni<sup>6</sup>.

Oggi, in pieno XXI secolo, quei **venti sono divenuti tempesta**.

Stella ha riportato il diritto penale coi piedi per terra. Ora però il paesaggio è molto più complesso di quanto anch'egli potesse credere nel 1975.

La domanda allora è: se dobbiamo rispondere alla domanda «che cosa è diritto?», sapendo di non poter eludere la risposta, dobbiamo scegliere il campo più vasto e difficile o quello che ormai, per il troppo lavoro che in esso è stato fatto, è divenuto più limitato e quindi facile?

Dobbiamo **continuare a guardare il mondo in una stanza, come farebbe e fa il nano che si arrampica sulle spalle dei giganti che sono venuti prima di noi**, o dobbiamo battere altre strade o anche solo sentieri nuovi, pur non sapendo, con esattezza, se e che cosa troveremo?

DPU, come anticipato tante volte, vuol prendere sul serio la crisi attuale del diritto penale

---

<sup>6</sup> F. Stella, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale. Il nesso di condizionamento fra azione ed evento*, Giuffrè, 1975.

e per questo prende da subito la strada più difficile.

Dobbiamo provare ad essere come Stella è stato, senza dimenticare però, al contempo, il rigore di cui Marinucci ha insegnato il valore.

Per parte mia, non avrei pensato alcuno dei pensieri che ora sto provando ad articolare, se non fossi stato tanto vicino e per così tanto tempo al professor Stella.

**XV.**

**Che cosa è diritto penale, allora, per noi, visto che non è più la piccola stanza da ammobiliare che credevamo che fosse?**

«Non ne ho la più pallida idea», anzi, non ne abbiamo la più pallida idea<sup>7</sup>.

**Un'idea, però, qualcosa da cui partire, dobbiamo però pur averla in mente, altrimenti di che cosa parliamo?**

Noi vediamo nel diritto penale del crimine, cioè la colpa e del castigo, cioè la pena, **l'archetipo fondante**, cioè la struttura culturale portante delle società occidentali così come le abbiamo pensate e costruite sinora, e cercheremo di analizzare come questo **archetipo si sia materializzato nella storia delle idee e, quindi, nella storia del diritto penale positivo, per giungere finalmente al diritto penale di oggi e di domani.**

Per noi il diritto penale è allora il grande – forse sterminato – campo **della esperienza collettiva e individuale** di questo primordiale archetipo; la sintesi, se possibile, di tutte **le sue sfaccettate dimensioni antropologiche, psicologiche, letterarie, filosofiche e sociali.**

Questo **misterioso abisso può essere avvicinato infatti in molti diversissimi modi**, cioè attraversando e ibridando molti diversi **discorsi scientifici, filosofici e letterari** e noi proveremo a farlo.

Questo campo è infinitamente più **complesso e profondo** del campo su cui qualunque penalista, teorico o pratico che sia, erroneamente crede di potersi accontentare di lavorare.

DPU proporrà un linguaggio chiaro e franco perché questo è **il tempo del coraggio della radicalità delle idee**, perché altrimenti, se le idee non sono pronunciate con voce chiara e franca, saranno sommerse **nella palude della corruzione della cultura.**

Se non si scende là sotto, nelle oscure pratiche del **sacrificio religioso del capro espiatorio**, per venire fuori dalla caverna, sino a guardare il mondo alla luce del sapere scientifico contemporaneo intorno al cervello umano, che fa affiorare **il nuovo sorprendente volto del capro espiatorio – perché la colpa scompare, e la libertà scompare anch'essa, o pare scomparire nell'era delle neuroscienze** –, e poi non si vada ancora oltre, fino agli inquietanti scenari dell'intelligenza artificiale (il *machine learning*, ad esempio), in cui il cervello pare potersi emancipare anche dalla sua base biologica; senza questo percorso, **il penalista non è realmente**

---

<sup>7</sup> J. Cham, D. Whiteson, *Non ne abbiamo la più pallida idea*, cit.

## **un penalista, ma solo lo scialbo officiante di una falsa cultura già morta.**

Per noi, almeno, il penalista che non scenda là sotto, là fuori, e non approfondisca la cultura con cui comprendere che cosa occulta il diritto penale, crede solo di conoscere il diritto penale e, invece, semplicemente coopera alla **produzione di cattivo e crudele diritto penale.**

### **XVI.**

Un filosofo della scienza, Polanyi, ha parlato di **dimensione tacita della conoscenza** sostenendo che, spesso, la parte più rilevante della scienza sta nel non detto, in quel silenzio volontario intorno a prassi e modi pensare che gli scienziati condividono senza necessità di renderli espliciti<sup>8</sup>.

È vero (anche Wittgenstein sottolineava che il *Tractatus* constava di due parti, una scritta e l'altra non scritta, e che la seconda era di gran lunga più importante della prima) e anche nella letteratura c'è chi sa vedere nel non detto l'essenza vera di quel che pare scritto.

Un giudice, tra i migliori, in una celebre sentenza (caso Thyssen) scrive che il diritto penale ha un suo «**lato oscuro**» col quale si deve fare i conti<sup>9</sup>.

Alla domanda: che cosa è questo “lato oscuro” del diritto penale? La risposta più seria è che **non ne abbiamo la più pallida idea**, anche perché, se sapessimo che cosa è, quella materia non sarebbe più oscura.

Il diritto penale, l'abbiamo appena detto, affonda le sue radici in tempi e spazi antichi, dove scavano la terra oscuri bisogni e pulsioni collettivi ancor poco esplorati, e non è certo un caso essi sono così poco esplorati, perché quegli scavi potrebbero avere **effetti sovversivi** su quel che crediamo che sia il diritto penale.

Il diritto penale, come l'universo, è fatto di materia oscura più che di materia visibile, di energia oscura più che di energia visibile, di **lati oscuri e irrazionali molto più che di luce e di ragione**, ma questo vuol solo dire che la luce della ragione, che dobbiamo mettere in campo oggi, deve essere più forte di prima, di quanto mai sia stata, proprio perché ora sappiamo e non possiamo fingere di non sapere **che il buio e la penombra sono ovunque.**

Proveremo cautamente – come un ladro di notte – a ricevere gli ambigui segnali che questa dimensione oscura del diritto penale ancora rilascia sotto forma di radiazione profonda del tempo degli inizi.

Sarà anche un viaggio nell'inconscio collettivo ma anche in quella sorta di super io collettivo che il diritto penale pare incarnare.

### **XVII.**

---

<sup>8</sup> M. Polanyi, *La conoscenza inespresa*, Armando, 1979.

<sup>9</sup> Cass. pen., S.U., 24 aprile 2014, n. 38343, Pres. Santacroce, Rel. Blaiotta, ric. Espenhahn et al., p. 183 («il Collegio ha la consapevolezza che [...] sovente le formule della teoria vengono distorte più o meno consapevolmente nella prassi: è il lato oscuro del diritto penale»).



L'oscuro c'è e fa sentire i suoi effetti anche se non è visibile.

Tra il **contenuto apparente** del discorso linguistico del diritto e il suo **contenuto latente**, ma vero, c'è sempre uno scarto e, nel gioco linguistico, questo scarto è più ampio che altrove.

Il discorso scientifico consueto del diritto penale trascura totalmente di mettere a fuoco questo scarto, senza poter capire o senza voler capire che invece sta lì, in **quell'interstizio di rocce carsiche dove scorrono acque sotterranee, l'essenziale del diritto penale**.

**Qualunque pratico del diritto, avvocato, pubblico ministero, giudice, lo sa – anche se difficilmente saprebbe definirlo meglio** – ma, cionondimeno, esso è ben noto anche ai teorici del diritto penale, **o almeno ai migliori**, che, però, sono restii a indagare quel fondo.

Anche gli studiosi del diritto penale, o almeno i migliori, sanno perfettamente e da sempre che il loro – il **nostro** – **discorso poggia su basi malferme**, proprio perché tra parole e significati del linguaggio che usiamo ci sono **zone d'ombra recalcitranti ad ogni razionalizzazione**; sanno – sappiamo – che le colonne portanti sono da tempo in pessimo stato di manutenzione e che al loro posto ci sono sempre più quasi solo **fantasmi concettuali**, ma di rado se ne parla chiaramente.

Questo atteggiamento, di chi sa ma finge di non sapere, noi lo chiamiamo, o lo chiamavamo, **la “cattiva coscienza” del penalista** e di che cosa possa essere il contenuto di falsità di questa coscienza, anch'io, come tutti, ho solo qualche idea che non mancherò di esporre.

Intanto tocca a me l'onere della prova di quel che già tante volte ho scritto, e cioè che il diritto penale indossa una maschera ed è fatto di finzioni.

Ho provato ad adempiere l'onere della prova di quel che ho detto nel mio scritto [\*Diritto Penale dalla A alla Z\*](#), parlando fin troppo velocemente del catalogo di concetti che costituiscono **altrettanti assiomi che fanno da premessa al discorso giuridico**, e che sono sistematicamente **sottratti a verifiche empiriche e razionali** proprio perché non si può, o meglio, non si vuole, accettare il pericolo che il discorso cada come un castello di carta.

La novità è che **l'ideologia**, cioè la finzione, ormai, è **visibile da tutti**, se lo è a me lo è a chiunque, anche se **quasi nessuno**, comunque, ancora ne vuol parlare.

**DPU vorrebbe che i ricordi rimossi nel primigenio inconscio collettivo dell'uomo di ieri, di un lontanissimo ieri, tornino alla coscienza dell'uomo di oggi, per capire se quel che pareva necessario ieri era veramente necessario, e soprattutto lo sia davvero anche oggi.**

Il penalista che oggi non abbia il coraggio intellettuale di guardare nel fondo, e di fare questo viaggio, apparirà sempre più, per usare l'espressione del sociologo Bourdieu, «**il custode dell'ipocrisia collettiva**»<sup>10</sup>.

## XVIII.

---

<sup>10</sup> P. Bourdieu, *I giuristi, custodi dell'ipocrisia collettiva*, in *Kainos – Rivista di Critica Filosofica*, 9, 2009.

**Materia oscura, energia oscura, cattiva coscienza, saranno compagni onnipresenti in questo viaggio.**

**Vuol dire che DPU non si occuperà di diritto penale positivo?**

Tutto il contrario.

**La crisi, come detto, sta nel diritto penale positivo, così come lo intendiamo noi tutti, solo che – questo è il nostro pensiero – essa non può essere colta né risolta stando negli angusti limiti del metodo della scienza giuridica.**

Noi auspichiamo che **il diritto penale positivo tragga giovamento da quel che si potrà imparare da queste scorriere transdisciplinari** che DPU promuoverà alla ricerca di quel che c'è anche se non appare, perché quel che di buono nel diritto positivo vi è ancora sarà più visibile e quel che vi è di cattivo, o che addirittura è già morto, morirà davvero, e per sempre.

È proprio vero, ad esempio, che l'unica funzione del diritto penale è la difesa della società e dei diritti dei suoi cittadini? E se, invece, questa fosse solo la comoda narrazione che facciamo a noi stessi, perché la **passione del punire** conta più di qualunque altra cosa? Che conseguenze trarremo quando ci parrà evidente che questa passione oscura fa da sempre solo **il lavoro sporco nella società** – il giardiniere addetto a levare le erbacce dall'orto, come scriveva Bauman<sup>11</sup> – perché difende i potenti per colpire i deboli sempre per conto dei potenti? Che ne sarà degli **ampollosi ed eleganti giochi di parole del liberalismo penalistico** nell'era della globalizzazione del capitalismo di questi tempi?

**Senza un pensiero profondo sulle cose prime e sulle cose ultime, qualunque atto linguistico del Giudice, volto a dare senso alle parole del diritto penale, e a fondare una sentenza di condanna o di assoluzione, è destinato a fallire, cioè a mancare il bersaglio vero (perché ignora quale sia il bersaglio vero!).**

Dobbiamo tornare **alle radici profondissime di un grande albero**, affinché chi, oggi, **coglie dall'albero qualche frutto, lo faccia sapendo quel che fa.**

Bisogna **risanare la corruzione** delle regole, lavorando per ridurre la corruzione generale della cultura.

Parlare allora delle cause profonde della crisi del linguaggio del diritto è e non può non essere parte costitutiva di ogni discorso intorno al diritto penale, e quel che chiamiamo oggi, restrittivamente, “diritto penale”, cioè le proposizioni linguistiche che si trovano nel Codice, **sono solo una parte** e spesso nemmeno la più importante del diritto penale.

DPU, forse anche più di molte riviste che sono oggi le voci della attuale scienza del diritto, merita di chiamarsi – se sarà all'altezza dell'immenso compito cui si trova di fronte – una rivista di scienza del diritto penale.

---

<sup>11</sup> Z. Bauman, *Vite che non possiamo permetterci*, Laterza, 2011, pp. 107-108.