

Massimo Donini (Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia)

**MASSIMO PAVARINI E LA SCIENZA PENALE.
OVVERO, SUL VALORE CONOSCITIVO
DELL'ANTIMODERNO SENTIMENTO
DELLA COMPASSIONE APPLICATO ALLO
STUDIO DELLA QUESTIONE CRIMINALE***

1. Una premessa quasi personale. – 2. La scienza penale come mera tecnica o come disciplina teorico-critica orientata alla riduzione del male? – 3. Tesi (Pulitanò, Ferrajoli) che si oppongono alla scientificità del garantismo o al riconoscimento della dogmatica come sapere fattualmente verificabile o che persegua finalità (non solo scientifico-ricostruttive). – 4. Contro il normativismo integrale e la separatezza incomunicabile dei paradigmi scientifici. – 5. Perché la realtà dialoga con le norme e le può delegittimare. – 6. La realtà della pena come messa in crisi della scienza. – 7. La fragilità della costruzione garantista di fronte alla democrazia penale del populismo. – 8. Un arte abyecto. Un'arte schifosa? – 9. Il modello post-riparatorio della pena e il sentimento critico (la “compassione”) come strumento conoscitivo della penalità.

1. Una premessa quasi personale

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

* È il testo riveduto dell’intervento alla sessione su Massimo Pavarini e la scienza penale, esposto al Convegno dell’Associazione Franco Bricola, svoltosi a Bologna nei giorni 13-14 marzo 2016, su “Il sistema penale messo in discussione. L’opera di Massimo Pavarini fra teoria, ricerca empirica e impegno sociale”.

¹ Per uno schizzo delle tappe teoriche di possibili modelli di integrazione fra scienze penali normative ed empiriche *cfr.*, restando alla letteratura più recente, M. Donini (2016), oltre agli altri contributi del medesimo volume collettaneo: M. Donini (2011, capp. 3 e 4); W. Hassemer (2005); E. R. Zaffaroni (2005, spec. 153 ss.); A. Baratta, M. Pavarini (1998, spec. 10-22); A. Baratta (1998); J. de Figueiredo Dias (2001), via via con altri richiami.

attuale quel progetto, almeno dopo la chiusura dell’esperienza della “Questione criminale” (1981), e tuttavia, ostinatamente, abbia voluto resistere alla separazione delle discipline.

Mi spiego: egli chiedeva prima di tutto al cosiddetto dogmatico o scienziato giurista di mettere prima in crisi radicalmente il proprio punto di vista interno, contaminato da una carente riflessione sulla realtà penale, cioè, innanzitutto, sulla pena e poi da radicale mancanza di collaudo empirico delle proprie basi normative. Infatti, nella sua presentazione didattica del tema, legata almeno agli sviluppi più maturi della sua riflessione, la dogmatica era essenzialmente sinonimo del “ragionare per principi” (M. Pavarini, 2013, 130) e non per esperienza o conoscenze di fatto. Mancando una tale base, anche la scienza penale integrale o integrata risultava un modello insostenibile o apparente e illusorio: l’unica strada per una possibile integrazione era quella di «assumere a modello prescrittivo quanto descrittivamente è nei fatti»².

A partire dalla fine degli anni Novanta Pavarini aveva dato impulso, insieme ad Alessandro Baratta, a un nuovo corso nella prospettazione della scienza penale integrata, proponendo un “nuovo modello integrato” con una interdisciplinarietà “interna” e una “esterna” (A. Baratta, M. Pavarini, 1998, 17-22). Era un percorso nuovo, legato per Pavarini anche all’esperienza di analisi delle politiche locali di sicurezza (il progetto “Città sicure” con la Regione Emilia-Romagna), che prevedeva le possibilità di un controllo critico chiamato “interdisciplinare” all’interno del sistema penale dei principi “liberali”, e che doveva tener conto delle definizioni normative della criminalità, ma inseriva all’interno di esso anche le definizioni dei fenomeni negativi alla luce di parametri diversi da quelli legali (secondo le istanze del *labelling approach*), come quelli della criminologia “critica”. Accanto a questo nuovo tipo di controllo interno restava poi sempre un controllo critico esterno, dove la criminologia non solo continuava a non assumere le definizioni della criminalità adottate dal sistema normativo, ma si allargava a valutazioni di tipo materiale e politico, connesse ad analisi dell’*output* del sistema, dei rapporti costi/benefici ecc. (*ivi*).

Se è vero ciò, non mi pare troppo sorprendente che abbiamo avuto tante occasioni di confronto, più che di vero scontro, ma piuttosto mi colpisce che non vi siano stati analoghi scambi con altri giuristi, salvo isolate eccezioni. Ricordo, nel contesto di quelle premesse “dialogiche”, le comuni ricerche sulla legislazione penale complementare (G. Insolera, M. Pavarini, 2000, 61 ss.; M.

² M. Donini, M. Pavarini (2006, 17 ss.), rileggendo il lascito di Alessandro Baratta sul punto. Si sarebbe voluto fare un documento unitario, ma le due anime, giuridica e criminologica, hanno imposto una distinta attribuzione dell’unico documento introduttivo agli atti del Convegno di Macerata, dell’Associazione Franco Bricola, 17-18 gennaio 2005.

Pavarini, 2003, 25 ss.), le discussioni sul diritto penale del nemico e sul diritto penale di lotta (M. Pavarini, 2014, 2007, 2009), il convegno su sicurezza e diritto penale (M. Donini, M. Pavarini, 2011) e infine un dibattito sulla pena in senso stretto (M. Pavarini, 2015) dopo una divergenza più risalente su teoria della pena e scienza penale (M. Donini, M. Pavarini, 2006). Almeno cinque occasioni pubbliche o scritte di riflessioni incrociate, muovendo da punti di vista sicuramente diversi: esterno il suo, prevalentemente interno il mio. Non mi consta che ciò sia accaduto a qualche altro penalista “dogmatico”. Sono stati interventi che hanno cercato un dialogo a venire, che chiedevano una risposta. Per parte mia credo di averla data (tardivamente?) soprattutto con lo scritto del 2013 sulla concezione post-riparatoria della pena (M. Donini, 2013), con uno su scienza penale e potere politico del 2015 (M. Donini, 2015a), e con un altro del 2015 sul delitto riparato che forse Massimo non ha mai letto (M. Donini, 2015b).

Penso che soprattutto ciò giustifichi la mia presenza per introdurre il tema del rapporto tra l’opera e la figura di Massimo Pavarini e la scienza penale. Perché è inutile negare che la sua opera è rimasta per il resto scarsamente frequentata dagli studiosi del SSD Ius17 non bolognesi, non penologi e non seguaci delle teorie del diritto penale minimo, anche nelle analisi più empiriche e criminologiche in senso stretto, quelle più “obiettive” che Massimo ha compiuto (M. Pavarini, D. Bertaccini, 2004; M. Pavarini, 2014)³. Il convegno che lo celebra, dunque, ha voluto essere, nelle intenzioni di chi lo ha concepito, un’occasione per riannodare i fili di una conoscenza capace di diffondere il suo pensiero. Ciò esige che il punto di vista di Massimo sia veramente chiarito senza veli. Vediamo quindi di collocare, ma non di addomesticare, il suo discorso dentro al linguaggio del penalista tecnico.

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

Massimo Pavarini condivideva con Alessandro Baratta un giudizio sulla scienza penale che vede quest’ultima come una *mera tecnica*, qualora non sia informata, educata, e diretta dal sapere empirico-criminologico (A. Baratta, 1975, 1982). Ma anche in questo caso, a mio avviso, per lui la disciplina *giuridico-penale*, vista dall’esterno, rimaneva nel complesso, nelle sue principali manifestazioni, una tecnica del potere e del controllo sociale: *non una vera scienza*. Troppo condizionata dal potere, da logiche legislative impermeabili

³ Vanno inoltre ricordati i vari *Quaderni di Città sicure* della Regione Emilia-Romagna pubblicati dalla seconda metà degli anni Novanta.

o disinteressate al sapere empirico o in ogni caso coinvolta in un'opzione punitiva di fondo irrazionale e dannosa, tale da compromettere *ab origine* il valore scientifico di ogni costruzione teorica, interpretativa, dogmatica, legata a una definizione non scientifica, ma solo legale (*labelling*) della criminalità, tanto più se la “scienza di tale definizione” non si limiti a descrivere obiettivamente e disinteressatamente i prodotti legislativi o i loro meccanismi applicativi, come faceva il vecchio tecnicismo – che però restava comunque contaminato dalle politiche che semplicemente contribuiva a realizzare –, ma invece si senta persino compromessa nel progetto legislativo, per attuarlo al meglio, anche con le migliori intenzioni di realizzare il patto costituzionale o principi sovraordinati⁴.

Pesò su questa valutazione un giudizio che in origine fu di matrice marxista. Anche Baratta, nella seconda metà degli anni Settanta, aveva rievocato il materialismo storico a proposito delle basi stesse della precomprensione della criminologia critica. Il suo programma di disvelamento della disuguaglianza in ambito penale, punitivo e penitenziario, e del diritto penale come ideologia negativa, corrispondeva alla *Critica del programma di Gotha* di Marx che aveva disvelato la disuguaglianza del diritto (civile) borghese⁵. E anche Pavarini discuteva analogamente, allora, della «necessità del materialismo per una “criminologia critica”»⁶.

⁴ Ricostruendo dopo la morte di Baratta il suo pensiero, Pavarini (2001) ricorda in modo in realtà adesivo il giudizio dello stesso Baratta sulla scienza penale, anche la migliore di quegli anni, quella di Bricola e del suo orientamento costituzionalistico: «Il ritardo della scienza giuridica nei confronti del pensiero criminologico contemporaneo è tale da fare intendere che esso non possa più essere recuperato attraverso una critica immanente o autocritica situata all'interno della scienza giuridica» (A. Baratta, 1975, 9). Solo il punto di vista esterno poteva salvare la scienza penale da una deriva ideologica di mascheramento della realtà. Iniziò così l'avventura de “La questione criminale” (1975-1981). Dopo sette anni di ricerca di una “integrazione”, proprio su quel punto la rivista si divise e cessò di esistere. Quel giudizio di Baratta, e anche di Pavarini, da allora non cambiò più e resta presente anche nella ridefinizione del “nuovo modello integrato” compiuta nel 1998. In particolare merita di essere riletta, sotto questo profilo, in funzione davvero esplicativa del punto di vista di Baratta, ma anche di Pavarini, sul punto, la replica a Marinucci (1981), dopo una nota del 1981, da parte di A. Baratta (1981).

⁵ Per questa lettura congiunta della *Critica del Programma di Gotha* di Marx per il diritto civile e della criminologia critica per il diritto penale cfr. A. Baratta (1982). In realtà, il richiamo di Marx è più riferito al diritto borghese (*bürgerlich* è qui diritto civile, ma anche e soprattutto borghese) come diritto solo formalmente uguale (*gleiches Recht*), contenuto in quel documento contingente del 1875 sul programma del partito operaio tedesco: infatti, Marx generalizza e afferma che «questo diritto uguale è diritto diseguale per lavoro diseguale», non riconoscendo nessuna distinzione di classe, e così conclude: «esso è perciò, per il suo contenuto, un diritto della disuguaglianza, come ogni diritto» («Es ist daher ein Recht der Ungleichheit, seinem Inhalt nach, wie alles Recht») (K. Marx, K [1875], Stuttgart 1890-91, trad. it. 2008, 49-51).

⁶ M. Pavarini (1980), dopo lo storico scritto con Dario Melossi, di dichiarata matrice marxista, oltre che “francofortese”, sulle origini del sistema penitenziario: D. Melossi, M. Pavarini (1977, spec. 239 ss., 242 ss.), e già M. Pavarini (1978), oltre che in *Appendice* a G. Rusche, O. Kirchheimer

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

Certo, Pavarini attribuiva alla scienza penale – *in senso complessivo*, quale complesso delle discipline sulla criminalità: altra possibile traduzione della “gesamte” Strafrechtswissenschaft –, come modello idealtipico di scienza penale multidisciplinare⁷, un obiettivo che inevitabilmente è anche un compito di garanzia: *la riduzione del male che il diritto penale reca con sé*⁸. Io condivido pienamente questo obiettivo, che passa attraverso la realizzazione di una serie di principi e valori sovraordinati che devono assicurare diritti fondamentali di autori, vittime, cittadini. *In questa subordinazione* del diritto a vincoli di garanzia e a scopi di riduzione teleologica della sofferenza per quella triade di soggetti, risiede *una componente essenziale di ciò che intendiamo con garantismo in materia penale*⁹. Un garantismo triadico e non binario rispetto allo Stato (Stato *vs.* cittadino e autore, ma anche *vs.* vittima).

Secondo Pavarini, che così si compiaceva di reinterpretare l’evoluzione intellettuale e politica di Raúl Zaffaroni, *la stessa dogmatica penale*, quale componente giuridica della scienza penale, avrebbe potuto/dovuto essere riconvertita in strumento non di legittimazione del sistema punitivo reale,

(1978, ed. or. *Punishment and social Structure*, 1968, e in tedesco già nel 1939, 341 ss.); M. Pavarini (1976).

⁷ Multidisciplinare, ma non veramente “interdisciplinare”, nel senso che il punto di vista giuridico non può annullarsi o confondersi o con quello empírico-descrittivo-criminologico e viceversa. Cfr. al riguardo J. de Figueiredo Dias (1997), e similmente W. Hassemer (2005).

⁸ Questo compito è nell’essenza del modello epistemologico ricostruito in forma storica da F. Carrara (1864-63), in F. Carrara (1898, 169 ss.), là dove si considera un’“arte schifosa” il giure penale, prima che diventasse “scienza”: ciò che ha cominciato a essere solo riportando a ragione e umanità il suo orientamento. Un passo che ha dato il titolo a un libro di Pavarini pubblicato in America Latina.

⁹ Su questa specifica declinazione “triadica” del garantismo, ripresa anche qui di seguito nel testo, cfr. M. Donini (2015, § 14).

vigente, ma al contrario di delegittimazione, o comunque usato anche in modo forse innaturale per la progressiva riduzione della sofferenza da esso prodotta, in chiave dunque di delimitazione o riduzione del male (M. Pavarini, 2006c). Sembrava così che per ammettere un vero statuto scientifico alla scienza cosiddetta dogmatica si dovesse chiederle il *sacrificio di Origene* di tramutarsi in una disciplina per lo smantellamento del diritto penale vigente. Tuttavia, se la scienza dogmatico-penale è comunque qualificata dal garantismo (cioè dall'obiettivo complessivo di riduzione del male insito nel potere punitivo), l'idea di quel sacrificio di Origene, e del suicidio programmato del giure punitivo¹⁰, ne risulta allontanata o meglio ricondotta su sentieri più congrui di riduzione progressiva e fondamentale della sofferenza, e dunque della pena, più che del “diritto” punitivo.

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

Di recente è stato osservato che non sarebbe corretto vedere nel diritto penale una *scienza delle garanzie*. Le garanzie, infatti, seguirebbero parametri di valore e di scelte di campo estranei a un approccio strettamente scientifico, che dovrebbe rimanere “ricognitivo”, mentre quell’obiettivo apparterrebbe alla politicità dell’impegno del giurista (D. Pulitanò, 2015, nota 37).

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

L’approccio costituzionalistico in quanto tale *esige* una diversa connotazione della scienza penale come scienza delle garanzie: non è la sua definizione sostanziale, ma un suo attributo qualificante. *Come scienza* essa rimane conoscenza metodologicamente sistematica di dati e saperi normativi a collaudo empirico, ma *come garanzia* è finalizzata alla riduzione del male, all’attuazione complessiva di diritti fondamentali anche dell’imputato o del colpevole. Ciò è costituzionalmente imposto. Anche se non è il garantismo come “sinonimo” di diritto penale minimo nella declinazione ferrajoliana (L. Ferrajoli, 2014), esso esprime comunque la prospettiva della dimensione critica e dei principi sovralegislativi che delimitano e fondano il diritto penale. L’interprete è “coinvolto” in questo programma normativo, ne è corresponsabile. E poiché l’interpretazione è base costitutiva del sapere scientifico del giurista, anche se non isolata da altri saperi, se non si converte tutta l’interpretazione in un’attività meramente politica (poiché solo in parte lo è), il

¹⁰ Nel significato carrariano che vedremo *infra*, par. 7.

sapere ermeneutico, sistematico, conoscitivo che su di essa si fonda recherà l'imprinting di quel programma precostituito di principi e valori. E dunque come può essere non garantista e solo ricognitivo? Per restare *apparentemente* immune dal coinvolgimento il penalista dovrebbe ritornare un tecnico-giuridico "pre-costituzionale". E se, viceversa, escluso quel tecnicismo avalutativo¹¹, fosse possibile fare "scienza" solo restando fuori dall'impegno ermeneutico-ricostruttivo, fuori dal mondo normativo e dunque solo come criminologi, sociologi ecc., una scienza *giuridico-penale* sarebbe interdetta per definizione, rimanendo scientifico solo il *diverso* punto di vista 'esterno'.

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

Ma *parimenti irrisolta* rispetto alla posizione di Baratta e dello stesso Pavarini mi pare la tesi per esempio *di Ferrajoli*, che dissolve in pura politicità il garantismo *penale* là dove lo declina concretamente, per il giurista, con il progetto politico del diritto penale minimo¹², ma nello stesso tempo diffe-

¹¹ Che peraltro mai è stato veramente avalutativo nei suoi migliori esponenti.

¹² In vari scritti Luigi Ferrajoli identifica garantismo *penale* e diritto penale minimo (si veda da ultimo il lavoro di sintesi 2014). Vero che il garantismo non è solo penale, nella sua lettura, e diventa anche sinonimo di una teoria dei diritti fondamentali, di una particolare teoria del diritto, ma anche di una filosofia politica o sinonimo di Stato costituzionale di diritto e dunque di giurisdizionalizzazione di tutti i diritti – tante cose, forse troppe, ci sembrano per quest'unico termine polisenso. Ma è vero anche che nella sua dimensione *penalistica* questa teoria politica, o filosofia politica, o teoria del diritto (che di avalutativo però non ha davvero niente), si concretizza nella versione più compiuta in un programma tutto *de lege ferenda*, cioè il diritto penale minimo, essendo ormai lontani i tempi nei quali si ancorava a interpretazioni puntuali del testo costituzionale (più diffuse e ricorrenti in L. Ferrajoli, 1989). Orbene i *contenuti* di questo programma legislativo – che fra l'altro si prefigge l'abolizione della legislazione penale complementare, dei reati di pericolo astratto, l'abolizione delle contravvenzioni e la reintroduzione del principio *ignorantia legis neminem excusat* – sono ormai chiaramente politici, non sono più "norme" o elaborazioni basate su norme. Come si possa fondare una scienza *giuridica* del diritto vigente, anche costituzionale, su tale modello pare difficile comprendere. È un vero progetto politico nella sua essenza. In parte quel progetto ha basi normative sì, ma solo nella misura in cui alcune norme a cui ricondurre certi principi possono vincolare organi dello Stato alla loro applicazione nel sistema (garantismo giurisdizionale), mentre in larga parte no, essendo il futuro di quei principi destinato al solo Parlamento (garantismo politico) e non anche alla Corte costituzionale (garantismo giuridico-costituzionale). Infatti, come lo stesso Ferrajoli (1998, 121) da tempo precisa, «se è vero che il garantismo è un modello teorico e normativo del diritto, ossia un insieme di tecniche normative volte ad assicurare effettività a diritti e principi fondamentali, la sua effettività non può dipendere a sua volta da norme di diritto positivo. Sarebbe illusorio, in altre parole, pensare che le garanzie di effettività delle garanzie giuridiche siano a loro volta garanzie giuridiche. Queste garanzie sono bensì garanzie politiche e sociali». Se è vero che il mondo si appoggia su una tartaruga, la tartaruga su che cosa si appoggia? Ecco dunque che

renzia fra teoria del diritto e dogmatica: la *teoria del diritto* sarebbe descrittiva, formale e tendenzialmente avalutativa¹³, mentre invece «*le tesi giuridiche della dogmatica non sono [sarebbero] confutabili fattualmente*» (L. Ferrajoli, 2007, 11, corsivo mio).

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

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

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

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

Chi scrive ha sempre combattuto il normativismo integrale, che produce la sterilizzazione della scienza giuridica in formalismo e tecnicismo in senso deteriore (M. Donini, 2004, cap. 9).

questo garantismo, che in diritto penale coinciderebbe col diritto penale minimo, si basa in definitiva sulle forze politiche e sociali che possono sostenerne il programma. Considerazione realistica in termini di filosofia politica, e di politica del diritto, ma è chiaro che non è questo il garantismo quale contrassegno epistemologico della scienza penale, nel significato di cui discutiamo nel testo. Della scienza penale come garantismo fa parte il progetto giuridico-costituzionale, non quello politico ancorato a qualche principio sovralegislativo, ma in definitiva (giustamente) libero da esso nel suo svolgimento e programma.

¹³ Sul carattere astratto, formale e tendenzialmente avalutativo della teoria del diritto, ben distinta sia dalla dogmatica, sia dalla sociologia del diritto, sia dalla filosofia della giustizia (parrebbe quasi distinzioni da tecnico giuridico... se l'autore non usasse il termine tecnicismo in senso solo, e penso troppo, negativo), si veda ora la ponderosa ricerca di L. Ferrajoli (2007, 9 ss., 21 ss., 33 ss., 39 ss.). Ferrajoli, del resto, non sposa certo una concezione “avalutativa” dell'interpretazione – che non è “teoria del diritto”, infatti – e ammette che la dogmatica (di cui segue una nozione restrittiva: *ivi*, vol. I, cit., 69, nota 9) dipende geneticamente da un determinato ordinamento, a differenza della teoria del diritto che ne astrae, e riconosce che queste divisioni concettuali di discipline, sono peraltro ampiamente superate nei fatti della vita concreta del diritto: dove dogmatica, sociologia e filosofia della giustizia si mescolano anche nel lavoro quotidiano dell'interprete (*ivi*, 21 s., 70, nota 10). E tuttavia Ferrajoli, dopo aver in parte criticato la tradizione (da Kelsen a Bobbio) e la tesi “prevalente” che assegna alla teoria del diritto un carattere avalutativo rigoroso (*ivi*, 21 ss.), continua a riproporre la “grande divisione” tra proposizioni descrittive e prescrittive nel prospettare una teoria del diritto “rigorosamente avalutativa”: così L. Ferrajoli (2013, 58): «La teoria del diritto, come io la concepisco, non comporta alcuna valutazione». Nondimeno, sono sempre sue parole, essa conserverebbe una dimensione “prescrittiva” (L. Ferrajoli, 2007, 21 s.), legata al carattere stipulativo delle sue definizioni.

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

Come la bioetica e il biodiritto sono un “ponte” fra natura e morale¹⁴, tra fatti e valori, così lo è la scienza giuridica.

Se sono vere queste premesse, va da sé che dobbiamo finalmente *affrancarci dai vincoli definitori dei paradigmi epistemologici del primo Novecento*: nella prima metà del XXI secolo noi sappiamo perfettamente che se *ex cathedra* insegniamo un diritto improntato a principi sovraordinati e dunque a criteri valoriali, a scelte di campo, *non diventiamo* dei tribuni, dei demagoghi o dei profeti (anziché dei maestri o degli scienziati), come invece obiettava Max Weber cent'anni fa (M. Weber, 1918, trad. it. 1971).

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

Perché? Perché il momento conoscitivo-descrittivo, separato da quello limitativo e dunque garantista, è costituzionalmente ed epistemologicamente inservibile per scopi di legittimazione e giustizia. È infatti compito della scienza giuridica, e di quella penale in particolare, quello di *porre il tema della propria legittimazione al suo interno*¹⁵, perché la pena (la sanzione) ha così tante spiegazioni perché non si giustifica, ma semplicemente si realizza, da sé¹⁶, e perché è impossibile “spiegare” un sistema normativo orientato giuri-

¹⁴ Sulle origini (e in realtà le insuperabili connotazioni) *neo-cognitiviste* della bioetica, disciplina-ponte tra essere e dover essere, e dunque orientata a individuare *il miglior punto di raccordo tra conoscenze empirico-scientifiche e scelte di valore*, al di là di premesse ideologiche connesse a forme tradizionali di cognitivismo (per esempio cattolico-tomista, per intenderci), o di separatismo non cognitivistico (incomunicabilità assoluta tra fatti e valori), si veda il classico E. Van R. Potter (1970, 127-53, 1971).

¹⁵ In questi termini, esattamente, anche se da ben diverse premesse culturali e metodologiche, G. Jakobs (2008, 21 ss.), ma anche M. Pavarini (2015, 122): «una scienza può definirsi tale, pur restando ‘critica rispetto all’oggetto’».

¹⁶ Cfr. l'elenco, riconosciuto incompleto, ma pur sempre della maggior parte delle possibili

dicamente a valori superiori ma anche a risultati che lo fondano o invalidano, senza porsi il tema della “giustificazione” di quel sistema in ordine ai criteri di costruzione e anche di realizzazione del suo programma.

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

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

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

Perché?

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

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

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

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

finalità/funzioni della pena, in F. Nietzsche (1887, trad. it. 1989, Seconda dissertazione, § 13, 69 s.) e qui, in precedenza, la anticipata conclusione: «si punisce viceversa, allo stesso modo con cui ancor oggi i genitori castigano i loro figli, per ira di un danno sofferto, alla quale si dà sfogo sul danneggiante – una collera, tuttavia, mantenuta nei limiti e modificata dall’idea che ogni danno abbia in qualche modo il suo *equivalente* e realmente possa essere soddisfatto, sia pure mediante una sofferenza di chi lo ha provocato» (*ivi*, 51, § 4).

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

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

Infatti, il 35% della popolazione carceraria italiana, più o meno corrispondente nel 2013 (59.000 ingressi) a quella del 1960 (61.000 ingressi), anche se detenuta ora per più lunga durata (M. Pavarini, 2014), è composta da immigrati extracomunitari; il 30% da giovani tossicodipendenti; un altro 20% da giovani marginali, professionalizzati in piccoli e medi reati predatori. Solo il 5% di quella popolazione è invece composta da esponenti di una criminalità più pericolosa, che impone esigenze di neutralizzazione in senso stretto, sul paradigma delle misure di sicurezza per imputabili, più che di una pena “retributiva” o “risocializzante” (*ivi*, 155). Premesso che la prevenzione generale rispetto a tutte queste tipologie è di scarso o nullo impatto, che la risocializzazione è del tutto indimostrata e anzi sconfessata dagli effetti recidivanti della carcerizzazione, che la “colpevolezza” di queste categorie appare semmai riddotta dalle condizioni di marginalità di partenza, Pavarini si chiede che cosa c’entra questa razionalità di *mass imprisonment* nell’amministrazione della neutralizzazione selettiva con quanto la scienza del diritto penale e la filosofia chiamano “pena”. Gli autori più duramente puniti o hanno meno meritevolezza di castigo, o sono irrecuperabili, o non sono suscettibili di deterrenza. C’è poi il sistema penale dell’ontologica ineffettività sanzionatoria, degli illeciti artificiali, che non esigono difesa sociale o neutralizzazione mediante perdita della libertà. Qui si rinnova la categoria della meritevolezza del castigo, ma per finalità di mera censura. A questo punto la conclusione finale è la seguente: «*la sola pena che possiamo giustificare non è socialmente praticabile; la sola sofferenza che di fatto irroghiamo, non è giustificabile*» (*ivi*, 157).

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

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

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

Nella sua voce “Pena” nell’Enciclopedia delle scienze sociali Treccani, del 1996, Pavarini così concludeva lo scritto: «*Di una cosa siamo ormai certi: la pena legale non è stata, non è, né potrà mai essere utile. Di essa, possiamo dire a posteriori che, pur consapevoli che si tratta di un veleno, ci siamo illusi che fosse anche un farmacum* (v. Resta, 1992), *un rimedio estremo in grado di guarire. Oggi sappiamo che è solo un male, che oltre a uccidere il corpo sofferto del condannato, non è in grado di arrestare l’epidemia criminale*». Nel 2006, redigendo la prima parte del documento introduttivo ai lavori su “Teoria della pena e scienza penalistica, oggi”, egli afferma che la scienza come dogmatica ha potuto svilupparsi tra Otto e Novecento proprio perché non ha fatto i conti con la realtà: fingendo che la base retributiva, priva di scopi, potesse garantire la razionalità del sistema (M. Pavarini, 2006b, 11). Nel 2015 non aveva mutato opinione. Nel suo ultimo volume, intitolato *Governare la penalità*, uscito nel 2015 anche se datato come numero 3/2013 di “Ius17@unibo.it”, riprendendo quasi testualmente, in una pagina, quei concetti, scrive ancora: «*Per quel poco che riesco ad intendere, lo sviluppo della scienza penale nel suo esito di scienza dogmatica non solo ha potuto compiersi, tra Otto e Novecento, mettendo tra parentesi la questione dello scopo, ma affermerei che ha potuto svilupparsi all’origine proprio perché mise tra parentesi questo*» (M. Pavarini, 2014, 105). Si riferiva sempre alle concezioni retributive, cioè assolute, della pena.

Ma anche nel prosieguo, recuperata una dimensione teleologica e utilitarista, e non più retributiva, la scienza dogmatica avrebbe continuato a operare deduttivamente dal mero dover essere: «dall’art. 3 cpv. Cost. all’art. 27, co. 3, Cost.», la *scienza deduttiva* del dogmatico non può infatti che scontrarsi con la realtà della pena come fatto sociale. Invalidate tutte le finalità che via via si sono dimostrate inconsistenti, «*alla fine, si punisce... a prescindere. Questo è il solo fatto che – nella storia – non è mai (ancora) venuto meno*» (ivi, 111).

Ancora nel suo ultimo scritto, uscito postumo, la sentenza sulla pena *in action* come riproduzione di una disuguaglianza è radicale: «*strumento di governo della povertà attraverso l’esclusione istituzionale di quella (povertà) ‘colpevole’, cioè di quella marginalità che scompostamente reagisce allo status di esclusione*» (ivi, 119).

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

Pavarini prende atto che ci sono posizioni che cercano di fondare la legittimazione della scienza normativa anche su premesse di *contropotere critico* rispetto all’esistente, pur restando interne al punto di vista dell’ordinamento

punitivo (M. Pavarini, 2013, 115). Conosce perfettamente le tesi influenti e a lui vicine che hanno propagandato il messaggio di un *diritto penale minimo*¹⁷. Tuttavia, le considera sterili o isolate o inefficaci. Egli già da tempo ritiene di poter sottolineare quella che chiama «*l'estrema fragilità della costruzione garantista*» (M. Pavarini, 2006b, 19): di fronte alla democrazia penale dei media, dello scambio elettorale tra politica e opinione pubblica avente oggetto le scelte politico-criminali, il ruolo della scienza penale, delle sue élites risulta azzerato, anche solo come movimento di possibile “resistenza”, di contenimento del punire (*ivi*, 20).

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

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

8. Un arte abyecto. Un’arte schifosa?

Un arte abyecto è il titolo di un suo libro pubblicato in Sudamerica (M. Pavarini, 2006b): un’arte schifosa. Erano *le parole di Francesco Carrara*, riferite però dal grande penalista lucchese al giure penale *prima che diventasse una scienza*. «Scienza sublime: che sente la sua nobile missione di perfezionatrice della umanità, e che sdegna di neppure riconoscere come sorella l’arte schifosa che nei tempi passati chiamossi gius criminale: la quale consisteva nello insegnare i dettati positivi di legislatori autonomi e crudeli; nel disegnare i modi di circonvenire un accusato; e le misure per regolare i tratti di corda, e le strette delle tenaglie» (F. Carrara, 1864-63, 94). Però dentro al libro di Pavarini, a parte il titolo, non c’è una discussione sulla scienza penale, ma solo sulla politica criminale e il diritto penale applicato. Quest’arte *schifosa* restava per lui non tanto una qualificazione della scienza, quanto dell’oggetto della scienza penale, anche di quella criminologica critica però, non solo di quella dogmatica.

¹⁷ Dal suo Maestro filosofo-criminologo Alessandro Baratta all’amico filosofo Luigi Ferrajoli. Cfr. al riguardo M. Pavarini (1998, 125, 2000, 563 ss., 2006a, 44 ss.). Noto *en passant* che, secondo Pavarini, Baratta non sarebbe mai stato veramente criminologo, ma sempre e soltanto filosofo. Ricorda infatti che Baratta, fra l’altro, non condusse mai una ricerca empirica in campo criminologico: così M. Pavarini (2003, § 3). Su Baratta filosofo si vedano comunque vari tra i numerosi contributi nel citato volume curato da R. Marra (2005), nonché quelli raccolti in F. Pérez-Álvarez (1994).

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

Anche nella sua ultimissima produzione, il dialogo non si è interrotto, come se Massimo cercasse comunque attorno a sé la possibilità di trovare una via di salvezza, e non una perenne abiura, della costruzione se non scientifica, comunque politica, del diritto penale. Certo *che la scienza vera restava per lui quella empiricamente fondata: non direi però che dovesse essere anche avalutativa*, perché il sapere critico delle *humanities* espresso anche attraverso scelte di valore non era meritevole, nella sua cultura, di essere etichettato come metafisico o irrazionale o comunque privo di significato conoscitivo, al contrario di quanto pensavano i teorici del circolo di Vienna o i maestri borghesi del Novecento, da Weber a Kelsen di fronte alle scelte valutative, e che tanto hanno condizionato altra parte della nostra cultura giuridica del Novecento. Nella sua diversa cultura Massimo Pavarini era *erede della riflessione sulla scienza postmarxiana della Scuola di Francoforte e della teoria critica della società*¹⁸, più che della filosofia analitica. La prassi falsifica la teoria e svela l’ideologia.

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

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

Devo ora dare atto di un momento autobiografico di tipo strettamente intellettuale nei miei rapporti con Massimo Pavarini. Circa quattro anni fa, nel valorizzare e riconoscere come premessa che la scienza giuridico-penale è messa in crisi dal momento meno scientifico del diritto penale, cioè la realtà e la teoria della pena, prospettavo una riconversione epistemologica del diritto penale in un apparato completamente rimodellato sulla *pena post-riparatoria*,

¹⁸ L’idea di una scienza divenuta meramente tecnica in quanto non riflette sui propri fini è alla base della critica all’illuminismo tecnocratico nella visione di M. Horkheimer e T. W. Adorno (1974, trad. it. 1974, 94 ss.), e sul carcere (*ivi*, 241 ss.), e ritorna poi in H. Marcuse (1967). In questa visione, comunque, *i fatti inverano o falsificano le idee*, anche quelle sul dover essere: la *critica dell’ideologia* implica che non ci sia separazione epistemologica tra i due mondi dell’essere e del dover essere.

che riconosca il nulla scientifico dell'idea retributiva, e su una revisione profonda delle scale sanzionatorie a partire *non* dai beni giuridici per duplicarne il valore punitivo (il “raddoppio del male”), ma dai massimi edittali dei crimini più gravi, spesso irreparabili, in una scala via decrescente per tutti gli altri, ma tali comunque da svelare che la vita stessa del colpevole resta incomensurabile rispetto ai misfatti più enormi della storia (M. Donini, 2013, 1162 ss., 2015). È dunque accaduto che *Pavarini non si sia sentito di contestare*, o di negare, che queste prospettive siano una speranza anche per il discorso giuridico-scientifico sul sistema penale.

È così che in uno scritto uscito postumo (M. Pavarini, 2015), messo di fronte a quella prospettiva di *rifondazione radicale di un sistema punitivo non più duplicante il male ma riparatorio*, è diventato sempre più chiaro che Pavarini, *non essendo mai stato abolizionista, ma abolizionista del carcere*, non poteva non fare i conti, sia pur dialetticamente, con le indicazioni di *una visione che intenda rovesciare la dialettica del male*, anche se finalizzata a rilegittimare, come tale, tutta l'impalcatura conoscitiva e critica di una scienza penale a base costituzionale. *Ha così ammesso di condividere, almeno sul piano politico, queste indicazioni* (M. Pavarini, 2014)¹⁹.

Restava per lui comunque insuperabile l'obiezione della disuguaglianza. In un contesto diseguale, la riparazione soprattutto economica non è alla portata dei poveri che sono per lo più le categorie ospitate nel carcere. Per loro resta solo il prezzo della libertà senza *restorative justice* (M. Pavarini, 2015, 120). Osservato in senso contrario che la riparazione non ha solo contenuti economici (riguardando l'offesa e non solo il danno), allargandosi a condotte attive (pena “agita”) più ampie e diverse, occorre comunque chiedersi come può una semplice disciplina scientifica cambiare i dati strutturali di un sistema economico-sociale. Ed è poi giusto o corretto imputare a essa

¹⁹ Veramente, Pavarini ha voluto intravedere addirittura in questa proposta *una prospettiva abolizionista vera*, e forse per questo a suo avviso *non originale*, salvo che in Italia. Ma il primo giudizio (di abolizionismo) è del tutto estraneo al testo e al suo autore. Il secondo non merita di essere discusso qui. Certo le tesi che ho sostenuto non mi sembrano presenti negli studiosi americani (Hulsman, Christie, Mathiesen) citati da Massimo Pavarini (2014, 124) al riguardo. Abolizionista, semmai, può sembrare la visione della riparazione come *sostitutiva* della pena, per esempio, in Francesco Cavalla (non considerato da Pavarini); cfr. F. Cavalla (2004, 1 ss., 88 ss.). Sennonché tale posizione segue percorsi (non tecnico-giuridici) diversi da quelli della nostra proposta (la pena *come riparazione* è alla base del discorso di Cavalla, non la pena subita come sanzione che, comunque mai duplicante il male, si giustifica solo in quanto la riparazione sia *impossibile o rifiutata*, e dunque solo in quanto la pena subita sia concepita e declinata anche quantitativamente come *post-riparatoria*: pena agita e pena subita sono dunque compresenti, potendo la vera sostituzione funzionare solo in alcuni casi, e restando su tali basi assicurata la distinzione fra pena e risarcimento del danno civile, anche se ne condividiamo l'afflato umanistico di fondo e le premesse antropologiche di critica al retribuzionismo e all'idea che la vita umana sia commensurabile a un parametro punitivo qualsiasi).

questi limiti politico-economici? Del resto quelle indicazioni, nelle premesse di chi scrive, erano e sono basi epistemologiche – cioè: una diversa pena quale postulato epistemico per una nuova scienza penale – per una rifondazione della stessa conoscenza della realtà penalistica, che tuttavia ha anche oggetti e compiti distinti dalla mera ricostruzione della base punitiva del sistema, e che non mira necessariamente alla sola riduzione (di estensione e gravità) del penale, conservando compiti conoscitivi più vasti rispetto allo stesso reato come fenomeno giuridico (teoria del reato), e non solo punitivo (teoria della pena) (M. Donini, 2015a, 95 ss.).

Le basi epistemologiche del calcolo, in ogni caso, sono l'essenza di un istituto come la pena: premesso che è fondamentalmente solo politica la scelta di ridurre, cambiare o sostituire il carcere, rimane il fatto che, con o senza di esso, la *disequazione* che portasse a riconoscere la *formula* che il delitto riparato è al massimo egualmente grave, o più facilmente meno grave del delitto tentato (*delitto riparato* \leq *delitto tentato*) (M. Donini, 2015b, 247 ss.), aprirebbe un meccanismo sanzionatorio che non parte più dal bene giuridico e dalle modalità di offesa, e neppure dalla sola colpevolezza “per il fatto”, con commisurazione “proporzionata in aumento” (il raddoppio). Esso inquadrebbe infatti quei parametri *dentro a una nuova cornice* ripensata dall'origine come diversa e largamente inferiore, se ci sono stati riparazione e/o risarcimento, e tale da condizionare comunque la cornice anche in caso di delitto non ancora riparato. Così riordinando tutto l'universo commisurativo – riscrivendo la commisurazione della pena – non solo *ex ante*, ma anche *ex post*, anche in corso di eventuale irrogazione ed esecuzione in una dialettica del coinvolgimento attivo in un progetto che aumenta il bene nel sistema (il segno +), anziché accrescere il male inflitto dopo quello del reato (due segni –). Infatti, anche se si abolisse il carcere, il problema della pena duplicante (misurata sull'offesa e il danno, o sul “blame”) ovvero invece post-riparatoria (depotenziata nell'essenza in caso di costruzione delle cornici di pena proporzionalmente “a scendere” dai delitti più gravi e meno riparabili, ma necessariamente sproporzionati per difetto, e comunque svuotata di contenuto afflittivo in caso di pena agita riparatoria) resta un problema di fondo più radicale della stessa (almeno larga) decarcerizzazione e più universale della stessa disuguaglianza sociale.

Questa radicale trasformazione delle basi epistemiche della pena condurrebbe anche a una risposta all'ultima domanda che Massimo Pavarini ci ha lasciato. Sono le ultime due pagine del suo ultimo scritto (M. Pavarini, 2015, 125-7). L'ipotesi è che nonostante la laicizzazione e razionalizzazione della pena che la modernità ha strenuamente tentato e in realtà fallito di realizzare, questo istituto rimanga una categoria antropologica di natura diciamo (con

parole nostre) tribale. La pena rimarrebbe occultamente equivalente all'antica risposta al sacro violato, al *sacrilegium*, come sanzione contro i capri espiatori, come reazione violenta e collettiva contro il diverso che vuole sembrare uguale e deve invece restare differenziato, la violenza cominciata *in primis* dagli dèi assassini e ripetuta dagli uomini per placarli, in una logica scarificale pubblica e collettiva, secondo la ricostruzione di René Girard. «Ove questa ipotesi esplicativa fosse scientificamente verificata, allora...», conclude così Pavarini il suo messaggio finale, che ricorda implicitamente le note riflessioni schmittiane sui concetti teologici secolarizzati del diritto pubblico, quale apparente e in realtà malriuscita demistificazione operata dalla modernità. Ebbene la logica riparativa come obiettivo dello Stato *prima* della sanzione afflittiva-coercitiva spezza radicalmente la reazione irrazionale, la spinta della vendetta, dell'azione-reazione, e del *sacrificium*, declinando la pena a razionale imposizione di un percorso e non di una sofferenza senza scopo. Ciò che è “sostanzialmente penale”, a questo punto, anche nella sua differenza dalla sanzione civile, non conterebbe l'imprescindibile duplicazione di una sofferenza “a prescindere”, perché dal momento riparativo quella sanzione non potrebbe prescindere mai, potendo il suo raggiungimento placare o assorbire in potenza ogni esigenza punitiva.

Certo Massimo rimane pieno di scetticismo sino alla fine, e anche quando a denti stretti ammette che attraverso istituti di non punibilità ci possa essere un'opzione riduzionista *ragionevole*, aggiunge l'inciso: «*per quanto ci si possa esprimere in questi termini parlando di categorie dogmatiche*» (*ivi*, 119)²⁰; egli è dunque sempre piegato dai dubbi, paragona ancora con compiacimento il sapere penalistico, almeno quello più diffuso, alla *strategia militare* che, non interrogandosi sui fini della guerra, gli appare appunto *una tecnica e non una scienza*. E soprattutto gli appare come una tecnica per combattere nemici quali sono coloro che il sistema destina al carcere: vero luogo dell'esclusione²¹.

Dubbi o certezze negative che adombrano la solarità del suo carattere e della sua persona, che ha sempre fatto da contraltare e quasi da contraddizione a quella costante visione cupa della questione punitiva e criminale, originata dal suo “*sentimento critico*” che coinvolge lo studio della questione criminale. È così che vorrei definirlo, un coinvolgente sentimento critico, fatto di passione e ragione, e persino di quella *antimoderna virtù della com-*

²⁰ Sulle affinità di questo approccio con la critica alla scienza nella riflessione della teoria critica della società della Scuola di Francoforte si veda *supra*, nota 19.

²¹ Sul diritto che conduce al carcere come vero diritto penale del nemico cfr. M. Pavarini (2014, 2007, 2009).

*passione*²², a testimonianza dell'inseparabile componente emotiva e morale del suo voler conoscere i fenomeni penali.

La *compassione* resta dunque, per Massimo Pavarini, uno *strumento conoscitivo della realtà*²³. Per questo i fatti, fuori dei sentieri della logica formale e del “ragionare per principi”, possono sconfessare le teorie: perché i fatti ci perseguitano, dovendo essere percepiti e compresi direttamente. E non c’è dubbio alcuno che per tutta la sua vita egli abbia perseguitato intellettualmente il penalista “interno” al sistema.

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

²² Sul carattere antimoderno (non illuministico, né virtù “borghese”) della compassione, si vedano le pagine memorabili dell'*Excursus* su “Juliette, o illuminismo e morale” di M. Horkheimer, T. W. Adorno (1974). *Juliette, ovvero le prosperità del vizio* resta un libro proibito, che è generalmente insopportabile nelle parti violente e criminali, ma ne basta solo un assaggio per risvegliare il sonno della ragione distogliendolo dall’idea che i buoni sentimenti non abbiano a che vedere con la conoscenza umana, ma solo con le passioni, e che non possano veicolare sul ponte tra essere e dover essere. Lo stesso accade con l’esperienza del carcere.

²³ Certo questa è una mia chiave di lettura. Alla base di tutta la sua critica c’è il valore conoscitivo che si basa su un’esperienza emotiva: quella del male della pena, del carcere e delle disugaglianze riprodotte dal sistema carcerario. La compassione non è una semplice empatia, e non è neppure la romanistica *pietas* degli affetti e doveri familiari. Non è solo cristiana ma anche greca, trovando nella sofistica e nella tragedia greca importanti espressioni umanistiche. Infatti, va oltre la *polis*, e si universalizza come fondamento della morale. Per questa lettura del valore fondante per la morale della “conoscenza intuitiva”, conoscenza non astratta, ma empatica, assicurata dal sentimento della compassione, rinvio agli “antikantiani” §§ 66 e 67 di A. Schopenhauer (1859, trad. it. 2008, 405 ss.). Per una encyclopedica trattazione contemporanea da Platone e Aristotele, e dagli stoici a noi dell’importanza cognitiva della compassione per la scelta morale dei valori, si veda soprattutto M. Nussbaum (2001), in particolare tutta la II parte dedicata alla “Compassion”. Tradizione diversa è quella inglese, dalla versione utilitaristica-sensistica di D. Hume, *Treatise on Human Nature* (1740), II, parte II, sez. VII sulla compassione e III, parte I, sez. II, sull’origine delle distinzioni morali da un “moral sense” e non da un “judgment”, e quindi D. Hume (1997), o di J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (1823²), a quella antiutilitaristica di A. Smith, *Theory of moral Sentiments* (1759), o di J. Butler, *Sermon VIII. Upon Resentment and Forgiveness of Injuries* (1726), dove si fonda lo stesso blame/rimprovero penale sul sentimento e sul risentimento: in ogni caso si genera qui l’idea che il giudizio morale non sia razionale e che la ragione ne rimanga separata, come *res cogitans* e *res extensa*. Si veda la ricostruzione storica di L. Bagolini (1975). Sull’«errore di Cartesio» storicamente all’origine della separazione mente/corpo, sensazioni-sentimenti/ragione, si veda nella letteratura neuroscientifica contemporanea l’istruttivo saggio di A. R. Damasio (1995).

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

Per quello futuro, ciò che anche Massimo Pavarini sapeva benissimo, la riduzione della pena o l'abolizione o marginalizzazione del carcere (più che dei suoi tradizionali ospiti) non significano affatto abolizione del diritto penale, e perfino forse neppure una radicale riduzione dei suoi precetti: ciò che proprio lo studio dell'«altro diritto penale», come lo chiamava Pavarini, di larga parte di quello complementare, contravvenzionale o comunque non carcerario, dimostra²⁴.

Alla fine di tutto, se mi è consentito redigere un bilancio, direi che il suo impegno intellettuale, politico, esistenziale e morale, orientato alla decarcerizzazione del sistema punitivo, ma anche positivamente alla costruzione di sistemi di sicurezza alternativi, è stato in pari tempo un servizio alla scienza penale, al fine di rendere accettabili le *basi cognitive* dello stesso punto di vista interno, su quelle mutate premesse. Credo pertanto che oggi il suo messaggio – diversamente forse da quello che è sembrato a lui e a noi per lungo tempo – risulti più chiaro, condivisibile e fruttuoso, proprio per il giurista che opera in un contesto di possibile ri-legittimazione del sistema penale.

Riferimenti bibliografici

- BAGOLINI Luigi (1975), *La simpatia nella morale e nel diritto*, Giappichelli, Torino.
- BARATTA Alessandro (1975), *Criminologia liberale e ideologia della difesa sociale*, in “La questione criminale”, I, 2, pp. 7-65.
- BARATTA Alessandro (1981), *Criminologia critica e riforma penale. Osservazioni conclusive sul dibattito “Il codice Rocco cinquant'anni dopo”*, in “La questione criminale”, 3, pp. 349-90.
- BARATTA Alessandro (1982), *Criminologia critica e critica del diritto penale*, il Mulino, Bologna.
- BARATTA Alessandro (1998), *La politica criminale e il diritto penale della Costituzione. Nuove riflessioni sul modello integrato delle scienze penali*, in “Dei delitti e delle pene”, 3.
- BARATTA Alessandro, PAVARINI Massimo (1998), *La frontiera mobile della penalità nei sistemi di controllo sociale della seconda metà del ventesimo secolo*, in “Dei delitti e delle pene”, 1, pp. 7-28.
- CARRARA Franco (1898), *Opuscoli di diritto criminale*, Fratelli Cammelli, Firenze.

²⁴ Si vedano i risultati empirici, ma anche “teorici”, della ricerca sulla riforma del diritto penale complementare che avevamo condotto insieme, e con Gaetano Insolera. Cfr. M. Pavarini, D. Bertaccini (2004), A. Baratta, M. Pavarini (1998).

- CAVALLA Francesco (2004), *La pena come riparazione. Oltre la concezione liberale dello stato: per una teoria radicale della pena*, in ZANUSO Francesca, FUSELLI Stefano, a cura di, *Ripensare la pena. Teorie e problemi nella riflessione moderna*, Cedam, Padova, pp. 1-100.
- DAMASIO Antonio (1995), *L'errore di Cartesio. Emozione, ragione e cervello umano*, Adelphi, Milano.
- DE FIGUEREIDO DIAS Jorge (1997), *Temas basicos do doutrina penal*, Coimbra Editora, Coimbra.
- DE FIGUEREIDO DIAS Jorge (2001), *Ciencia conjunta do direito penal*, in DE FIGUEREIDO DIAS Jorge, a cura di, *Temas básicos do doutrina penal*, Coimbra Editora, Coimbra.
- DONINI Massimo (2004), *Il volto attuale dell'illecito penale*, Giuffrè, Milano.
- DONINI Massimo (2011), *Europeismo giudiziario e scienza penale*, Giuffrè, Milano.
- DONINI Massimo (2013), *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in "Rivista italiana di diritto e procedura penale", 56, pp. 1162-218.
- DONINI Massimo (2015a), *Scienza penale e potere politico*, in "Rivista italiana di diritto e procedura penale", 1, pp. 95-136.
- DONINI Massimo (2015b), *Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in www.penalcontemporaneo.it, 18 maggio.
- DONINI Massimo (2016), *La scienza penale integrale fra utopia e limiti garantistici*, in MOCCIA Sandro, CAVALIERE Antonio, a cura di, *Il modello integrato di scienza penale di fronte alle nuove questioni sociali*, ESI, Napoli, pp. 7-67.
- DONINI Massimo, PAVARINI Massimo (2006), *Siléte poenologi in munere alieno*, in PAVARINI Massimo, a cura di, *Siléte poenologi in munere alieno. Teoria della pena e scienza penalistica oggi*, Monduzzi, Bologna, pp. 11-33.
- DONINI Massimo, PAVARINI Massimo, a cura di (2011), *Sicurezza e diritto penale*, Bononia University Press, Bologna.
- FERRAJOLI Luigi (1989), *Diritto e ragione*, Laterza, Roma-Bari.
- FERRAJOLI Luigi (1998), *Garantismo e diritto penale*, in "Dei delitti e delle pene", 3, pp. 107-23.
- FERRAJOLI Luigi (2007), *Principia juris. Teoria del diritto e della democrazia*, Laterza, Roma-Bari.
- FERRAJOLI Luigi (2013), *Dei diritti e delle garanzie. Conversazione con Mauro Barberis*, il Mulino, Bologna.
- FERRAJOLI Luigi (2014), *Il paradigma garantista*, ESI, Napoli.
- HASSEMER Wienfred (2005), *Konturen einer gesamten Strafrechtswissenschaft heute*, in *Festschrift fur Albin Eser zum 70. Geburstag*, Beck, München, pp. 115-49.
- HORKHEIMER Max, ADORNO Theodore W. (1974), *Dialectica dell'illuminismo*, Torino, Einaudi.
- INSOLERA Gaetano, PAVARINI Massimo (2000), *Quale ordine al disordine penale? Riflettendo sul saggio di Massimo Donini*, in DONINI Massimo, a cura di, *La riforma della legislazione penale complementare. Studi di diritto comparato*, Cedam, Padova, pp. 61-83.
- JACOBS Gunther (2008), *El derecho penal como disciplina científica*, Thomson Civitas, Aranzadi, Cisur Menor.

- MARCUSE Herbert (1965), *Saggi di teoria critica (1933-1965)*, Einaudi, Torino.
- MARCUSE Herbert (1967), *L'uomo ad una dimensione*, Einaudi, Torino.
- MARINUCCI Guido (1981), *L'abbandono del Codice Rocco: tra rassegnazione e utopia*, in “La questione criminale”, 2, pp. 297-318.
- MARX Karl (2008), *Critica del Programma di Gotha*, Massari, Bolsena (ed. or. 1875).
- MELOSSI Dario, PAVARINI Massimo (1977), *Carcere e fabbrica*, il Mulino, Bologna.
- NIETZSCHE Friedrich (1989), *Genealogia della morale. Uno scritto polemico*, Adelphi, Milano.
- NUSSBAUM Martha (2001), *Upheavals of Thought. The Influence of Emotions*, Cambridge University Press, New York.
- PAVARINI Massimo (1976), *In tema di economia politica della pena: i rapporti tra struttura economica e lavoro penitenziario alle origini del sistema capitalistico di produzione*, in “La questione criminale”, 2-3, pp. 263-92.
- PAVARINI Massimo (1978), “Concentrazione” e “diffusione” del penitenziario. *Le tesi di Rusche e Kirchheimer*, in “Studi sulla questione criminale”, 1, pp. 39-61.
- PAVARINI Massimo (1980), *La criminologia*, Le Monnier, Firenze.
- PAVARINI Massimo (1997), *La criminalità punita. Processi di cancerizzazione nell'Italia del XX secolo*, in VIOLANTE Luciano, a cura di, *Storia d'Italia*, Annale 12, Einaudi, Torino, pp. 981-1031.
- PAVARINI Massimo (1998), *Per un diritto penale minimo: "in the books" o "in the facts"?*, in “Dei delitti e delle pene”, 3, pp. 124-56.
- PAVARINI Massimo (2000), *La penalistica civile e la criminologia, ovvero discutendo di diritto penale minimo*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, Giuffrè, Milano, vol. III, pp. 563-99.
- PAVARINI Massimo (2001), *Per una critica dell'ideologia penale. Un primo approccio all'opera di Alessandro Baratta*, in “Dei delitti e delle pene”, 1-2-3, pp. 7-30.
- PAVARINI Massimo (2003), *Sistema di informatizzazione del diritto penale complementare*, in DONINI Massimo, a cura di, *Modelli ed esperienze di riforma del diritto penale complementare*, Giuffrè, Milano, pp. 25-50.
- PAVARINI Massimo (2006a), *Dell'insostenibile prevenzione. Alcuni spunti di Alessandro Baratta su scienza penale e teoria della pena*, in MARRA Realino, a cura di, *Filosofia e sociologia del diritto penale*, Giappichelli, Torino, pp. 44-64.
- PAVARINI Massimo (2006b), *Silète poenologi in munere alieno! Teoria della pena e scienza penalistica*, Monduzzi, Bologna.
- PAVARINI Massimo (2006c), *Un arte abyecto. Ensayo sobre el gobierno de la penalidad*, Ad Hoc, Buenos Aires.
- PAVARINI Massimo (2007), *La giustizia penale ostile: un'introduzione*, in “Studi sulla questione criminale”, 2, pp. 7-20.
- PAVARINI Massimo (2009), *Castigar al enemigo. Criminalidad, exclusión e inseguridad*, Flacso, Quito.
- PAVARINI Massimo (2013), *Corso di istituzioni di diritto penale*, Bononia University Press, Bologna.
- PAVARINI Massimo (2014), *Governare la penalità. Struttura sociale, processi decisionali e discorsi pubblici sulla pena*, Bononia University Press, Bologna.
- PAVARINI Massimo (2015), *Leggendoti... note a margine di un saggio di Massimo Donini*, in “Ius17@unibo.it”.

- PAVARINI Massimo, BERTACCINI Davide (2004), *L'altro diritto penale*, Giappichelli, Torino.
- PÉREZ-ÁLVAREZ Fernando, a cura di (1994), *Serta. In memoriam Alexandri Baratta*, Ed. Universidad de Salamanca, Salamanca.
- POTTER VAN Esselear (1970), *Bioethics. Science of Survival*, in "Biology and Medicine", 14, pp. 127-53.
- POTTER VAN Esselear (1971), *Bioethics. Bridge to the Future*, Prentice-Hall, Englewood Cliffs (NJ).
- PULITANO Domenico (2015), "Dommatica" e giurisprudenza, in Cassazione Penale, 4282, nota 37.
- SCHOPENHAUER Arthur (2008), *Il mondo come volontà e rappresentazione*, Laterza, Roma-Bari.
- WEBER Max (1971), *Il lavoro intellettuale come professione*, Einaudi, Torino.
- ZAFFARONI Raul (2005), *Derecho penal*, Ediar, Buenos Aires.