

I LIMITI DEL PUNIRE COME FONDAMENTO (*)

Oltre il costituzionalismo penale

di Massimo Donini

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La legge penale come strumento di governo. – 3. In che senso la legge costituzionale è limite e anche fondamento “non originario” del diritto penale. Crisi e risurrezione di un modello. – 4. Necessità di rivedere la subalternità istituzionale della scienza penale a esercizi giudiziari. – 5. In che senso la scienza penale è scienza dei limiti della legislazione. Costruzione vs. interpretazione. – 6. La dimensione più politica della resistenza civile all’abuso della legislazione penale. Una scienza della sussidiarietà. – 7. Il significato storico di una scienza dei limiti.

1. Premessa.

C’è una linea del pensiero penalistico tedesco, che attraverso Radbruch, Hassemer e la scuola di Francoforte arriva fino a Thomas Vormbaum. Il cuore mi ha portato lì, perché ci sono incontri che danno un senso al tutto e non una logica soltanto. C’è la sistematica, c’è il sistema – una passione mai spenta –, ma alla fine si comprende che solo nella sua critica e nella sua ricostruzione a partire dai limiti è possibile trovare le radici. L’incontro con Vormbaum, in questa dimensione della parte non meramente ordinatrice, ma decostruttiva e critica, è stato per me fondamentale. Al di là del debito personale per le numerosissime traduzioni che ha pensato di regalare a me, ma in realtà a decine di studiosi italiani. Dovrebbero riempire questa aula.

È di questa anima che parliamo oggi, dei limiti come fondamento. Non è solo un concetto, ma una vocazione, una chiamata, un compito.

2. La legge penale come strumento di governo.

In un convegno dei romanisti dedicato al diritto penale romano con aperture anche contemporanee, una studiosa asiatica, Mariko Igimi¹, ha ricordato qual è stata, tradizionalmente, la concezione della legge penale nell’Asia orientale.

(*) È il testo, leggermente rivisto, della relazione svolta a Roma, l’11 giugno 2025, al Convegno di Studi e XI Premio Internazionale Silvia Sandano, in onore di Thomas Vormbaum, su *La costruzione del diritto penale come scienza dei limiti. Tra dimensione storica e circolazione dei saperi*.

¹ Mariko IGIMI, Kyushu University. *Lex senza ius. Pensiero giuridico tradizionale in Asia orientale*, relazione al convegno nazionale dei romanisti *Pena privata e pubblica. Genesi, itinerari e prospettive. In ricordo di Cosimo Cascione*, Napoli, 5-6 giugno 2025.

La legge penale è espressione del potere dello Stato, è *uno strumento di governo*. È *lex*, pertanto, e non elaborazione razionale del diritto. Il suo fine è il mantenimento dell'ordine. Si può dire che è una *lex senza ius*.

La contrapposizione tra *lex* e *ius*, che è costitutiva della nostra esperienza giuridica occidentale e nazionale post-illuministica in materia penale, emerge qui platealmente nel titolo stesso della descrizione della situazione asiatica.

Se osserviamo per es. i recenti (plurimi) decreti-sicurezza del governo italiano, dobbiamo prendere atto che questa normativa si colloca in una simile tradizione di pensiero e di azione². Governare attraverso provvedimenti di sicurezza è una invariante politica.

Non si tratta, infatti, di una contingenza dell'attuale politica governativa, è una costante della legislazione penale. Certo, l'attuale esperienza degli ultimi due anni esprime una legislazione penale illiberale spesso contraria allo spirito della Costituzione. Potremmo dire costituzionalmente disorientata. Ma le leggi penali sono sempre state le più autoritarie e illiberali. È vero pure che sullo spirito della legge si può ricordare che Beccaria ammoniva come foriero delle più incontrollabili incertezze il richiamarsi, nell'interpretazione, allo spirito delle leggi.

Si vedrà che cosa c'è di costituzionalmente illegittimo e invece solo di costituzionalmente compatibile³.

Nella nostra identità collettiva il diritto costituzionale penale è oggi una base epistemica e non solo politica. Questo diritto, declinato sempre più su basi giurisprudenziali e giusrazionali, più che testuali, sul terreno dei principi è molto più *ius* che *lex*, è il deposito ermeneutico del diritto penale costituzionale. Esso esprime un insieme di principi destinati a limitare la legge ordinaria. *Nel diritto costituzionale è già contenuta una scienza dei limiti della legislazione penale*. Non è stata scritta da nessun legislatore, e in realtà neppure dai costituenti, se non nelle poche parole dei principi espressi.

Questa scienza, a base legale, ha contenuti giusrazionali, è espressione di un neocostituzionalismo razionalista, ma oggi è a formazione sempre più giudiziaria, direi elitaria, da quando lo *statu nascenti* del movimento costituzionalista penale ha passato la staffetta alla Corte costituzionale e alle Corti europee.

È in atto così *una nuova edizione dell'aristocrazia penale*⁴, dove la dottrina commenta e insegue, mentre prima ha costruito i contenuti di quel diritto. Si tratta comunque di

² Lontani da motivi mazziniani o risorgimentali, dove "pensiero e azione" avevano altri orizzonti, protagonisti, e ideali in un contesto europeo, gli interpreti contemporanei ci offrono con la loro azione politica un pensiero del tutto privo di corale spirito unificante attraverso le leggi. Tanto che la stessa contrapposizione tra *lex* e *ius* è espressione (tra le altre cose) di un frequente distacco valoriale tra legge e diritto.

³ Una panoramica recente in *La Costituzione inattuata. Un commentario articolo per articolo*, a cura di C. F. Ferrajoli, A. Gentilini, V. Marcenò, G. U. Rescigno, Lefebvre Giuffrè, Milano, 2026.

⁴ Il *quivis de populo* può tuttavia seguire, se vuole, i commenti giornalieri che diversi quotidiani e riviste online di libero accesso dedicano ai temi della giustizia. L'IA accresce, per chi sappia utilizzarla, il livello di informazione personale e collettiva in queste materie. Ciò non rende meno "aristocratica" la decisione vera su leggi e sentenze, ma l'elaborazione del *ius legale* e *giudiziale*, perché attinga ai percorsi anche della

una oligarchia a impulso processuale ampio quanto ai soggetti, dove le parti, e gli avvocati in particolare, svolgono una funzione determinante.

Noi invece siamo alla ricerca di radici più profonde di una scienza penale dei limiti al punire.

Vogliamo parlare più precisamente dei limiti come fondamento. Non è solo un concetto, ma una vocazione, una chiamata, un compito⁵.

3. In che senso la legge costituzionale è limite e anche fondamento “non originario” del diritto penale. Crisi e risurrezione di un modello.

Questa idea, del diritto costituzionale come scienza dei limiti riflette un indirizzo di pensiero circoscritto, molto più ridotto di quello che è tradizionalmente definibile come orientamento o approccio costituzionalistico al diritto penale in Italia. Perché per l’indirizzo italiano la Costituzione è *fondamento e non solo limite* del diritto penale.

Lo è magari in una *accezione almeno debole*, non forte, ma comunque nei suoi principi è tracciato un volto del diritto penale e dunque della stessa politica criminale⁶.

Si disegnano alcuni tratti positivi e alcuni vincoli. Ciò *appare fondante, ma non è ancora pienamente identitario* per la scienza giuridica penalistica come scienza dei limiti al punire.

Non solo non c’è *lex senza ius*, ma il *ius* precede la *lex*.

Dovremmo dire che i limiti sono fondamento solo dagli anni 70 del secolo passato?

In realtà non è corretto pensarlo. *Ben da prima la scienza penale era scienza dei limiti: ben prima che si pensasse di “costituzionalizzare” tutto, o troppo, il diritto penale.*

E col tempo abbiamo assistito in Europa alla internazionalizzazione del paradigma come modello europeo: è infatti cresciuto un orientamento sovralegislativo delle Corti Edu e della CGUE il quale per molti versi si aggiunge a quello delle costituzioni nazionali.

La risposta internazionale è andata verso modelli di controllo critico sovralegislativo, verso *una giuridicizzazione dei diritti fondamentali* e di una serie di principi costituzionali in materia penale.

E dunque non è vero affatto che nella nostra tradizione la legislazione penale sia una *lex senza ius*. Essa è sempre più controllata da molti iura.

L’insieme di questi iura consente di descrivere un disegno complessivo dei caratteri essenziali dell’illecito penale e della sanzione penale *in chiave deontologica*,

dottrina giuridica e a dimensioni più discorsive necessita che il livello spesso autoreferenziale delle decisioni delle Corti e dei Tribunali si aprano a un maggiore dibattito, e lo facciano non “in camera di consiglio”, ma pubblicamente, e dunque nelle motivazioni. In questo caso la dimensione sempre oligarchica del sapere giuridico acquisterebbe una ampiezza più discorsiva, vicina a una “democrazia penale” più ampia.

⁵ Cfr. R. v. JHERING, *Unsere Aufgabe* (1857), tr. it. *Il nostro compito*, in *La lotta per il diritto*, Giuffrè, Milano, 1989

⁶ Sintesi recente in M. DONINI, *Diritto penale*, PG, vol. 1, Giuffrè Lefebvre, Milano, 2024, cap. 7 (461-565). V. pure V. MANES, *Introduzione ai principi costituzionali in materia penale*, Giappichelli, Torino, 2023.

prescrittiva. Si tratta dunque della descrizione di regole superiori, di un dover essere che si impone al potere politico.

Tutto il diritto costituzionale, non solo penale, ha questa funzione.

L'indirizzo tradizionale, che ora non sto di nuovo a raccontare e descrivere, è peraltro *fortemente contestato* nelle sue *pretese definitorie generali* da voci importanti che provengono dalle tradizioni penalistiche a noi più vicine, quelle con le quali siamo in dialogo più stretto da decenni⁷.

È in atto da tempo (ma poco commentata e forse misconosciuta) *una certa limitazione del costituzionalismo penale*.

Se per Naucke⁸ « la Costituzione non contiene la verità sul diritto penale e non ci protegge da gravi errori nella costruzione e nell'utilizzo del diritto penale »⁹, la frequente osservazione di una (tradizionale) scarsa capacità "selettiva" della Costituzione in materia penale conduce spesso a scetticismo o tiepidezza. È così che nel più influente manuale di diritto penale tedesco¹⁰ si afferma che la Costituzione fissa limiti, in negativo, mentre è la prospettiva del penalista a cercare la soluzione migliore¹¹, e che se la Costituzione non opera al livello dei dettagli della dogmatica penale, soprattutto « occorre evitare il pericolo di una costituzionalizzazione illimitata della legge ordinaria »¹². Si afferma quindi da altri studiosi che il diritto penale costituzionale non appartiene al canone dei concetti tecnici stabiliti della scienza giuridica, utilizzandolo senza una riflessione contenutistica approfondita¹³.

⁷ V. le citazioni da *Diritto penale*, PG, vol. I, cit., cap. 7, 489 ss.

⁸ Studioso liberale e certo garantista per formazione e indirizzo politico-criminale. In traduzione italiana si veda il suo straordinario *La robusta tradizione del diritto penale della sicurezza: illustrazione con intento critico*, in *Sicurezza e diritto penale*, a cura di M. DONINI, M. PAVARINI, BUP, Bologna, 2011, 79 ss. V. pure W. NAUCKE, *Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts*, Nomos, Baden-Baden, 2000; ID., *Gesetzlichkeit und Kriminalpolitik*, Klostermann, Frankfurt a.M., 1999; ID., *Die Kriminalpolitik des Marburgers Programms 1882*, in *ZStW*, Bd. 94, 1982, 525 ss.; e altresì ID., *Die Wechselwirkung zwischen Strafziel und Verbrechensbegriff*, Franz Steiner Verlag, Stuttgart, 1985; ID., *Die Aushöhlung der strafrechtlichen Gesetzlichkeit durch den relativistischen, politisch aufgeladenen strafrechtlichen Positivismus*, in *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, Hrsg. INSTITUT FÜR KRIMINALWISSENSCHAFTEN FRANKFURT A.M., Peter Lang, Frankfurt a.M., 1995, 483 ss.; ID., *I confini del diritto penale. Abbozzo del problema in sette tesi*, in *Il sistema sanzionatorio penale e le alternative di tutela*, a cura di G. BORRÈ, G. PALOMBARINI, Franco Angeli, Milano, 1998, 95 ss.; ID., *Entwicklungen der allgemeinen Politik und der Zusammenhang dieser Politik mit der Reform des Strafrechts in der Bundesrepublik Deutschland*, in ID., *Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2000, 393 ss.

⁹ W. NAUCKE, *Strafrecht. Eine Einführung*, Luchterhand, 2002, § 2/99. Lo ricorda anche M. JAHN, *Strafverfassungsrecht: die Verfassung als Herausforderung*, in *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege. Erinnerung an Joachim Vogel*, Hrsg. K. Tiedemann, U. Sieber, H. Satzger, C. Burchard, D. Brodowski, Nomos, Baden-Baden, 2016, 85.

¹⁰ C. ROXIN, L. GRECO, *Strafrecht*, AT, Bd. I, § 7/85k-p.

¹¹ C. ROXIN, L. GRECO, *Strafrecht*, AT, Bd. I, § 7/85l.

¹² *Op. loc. ult. cit.*, citando L. KUHLEN, *Die verfassungskoforme Auslegung von Strafgesetzen*, Müller, Heidelberg, 2006, 74 ss. In particolare, sull'utilizzo del principio di proporzione, si sostiene che sia da impiegare con cautela, essendo capace di fungere da grande livellatore di ogni pensiero teorico, perché esso contiene la « tendenza a dissolvere la parte generale in un complesso di singoli prodotti che sono specifici dell'orientamento equitativo a determinate fattispecie »: ROXIN, GRECO, *Strafrecht*, AT, Bd. I, §7/85n, con altri richiami conformi.

¹³ M. JAHN, *Strafverfassungsrecht*, cit., 65.

In Spagna, penalisti come Quintero Olivares da tempo ritengono che non sia possibile desumere dalla Costituzione ciò che deve essere punito e quanto debba esserlo¹⁴; secondo Silva Sánchez nella Costituzione non è dato trovare un ordine gerarchico davvero stringente dei beni tutelabili penalmente¹⁵, perché fino a oggi non esiste un concetto costituzionale di reato¹⁶. Afferma Díez Ripollés la Costituzione non contiene nessun modello penale, né un catalogo di beni giuridici, né una struttura appena iniziale e tanto meno una teoria giuridica del reato¹⁷.

Ovviamente, se nessuno ha “la Costituzione più bella del mondo”, come amano dire i costituzionalisti italiani della Carta del 1948, che pretesa potremo avere di esportare un *modus operandi* costruito su un testo unico? Su un modello “nazionale”? Il paradigma positivisticò dell’approccio costituzionale italiano lo rende (dal tempo della Teoria generale di Bricola) in scarsa misura esportabile e solo nella misura in cui è stato introdotto *ab extra* nel testo costituzionale quello che non c’era, sovrainterpretandolo e aggiornandolo sistematicamente, sì da sconfessare il giuspositivismo dichiarato.

In conclusione, a fronte di importanti studi monografici, rapporti internazionali, consuetudini di relazioni accademiche dove si esaltano vicinanze culturali ancorate a temi quali principi costituzionali, bene giuridico, politica criminale orientata in senso costituzionale e garantista, rimane il fatto che *i principali manuali di parte generale in lingua tedesca, spagnola*, ma anche più tradizionalmente *francese e inglese*, dove viene rappresentata l’identità scientifica (o se vogliamo disciplinare) del diritto penale, sono costruiti su un orientamento costituzionalistico appena abbozzato, neanche lontanamente comparabile con quello italiano.

Si consideri questo dato il fatto che il 90% delle leggi sia forse costituzionalmente conforme, non significa che sia una legislazione espressiva di una società giusta. Riporre tutte le nostre speranze e visioni di giustizia in un testo costituzionale è dunque limitante, espressione della pochezza argomentativa e culturale dei giuristi tecnici. È una forma di tecnicismo giuridico che non appena assume connotati critici si risolve del resto nel suo contrario, cioè in espressioni di giusnaturalismo critico.

Pertanto, le ragioni dei penalisti tedeschi e spagnoli appena ricordate non sono peregrine. Le Costituzioni sono compatibili con applicazioni politiche illiberali.

Ed esattamente per questo che il compito del *ius*, distinto dalla *lex*, è di sapere andare oltre lo stesso diritto costituzionale.

Il limite principale della nostra evoluzione è che è di tipo aristocratico-giudiziario: nasce dai processi, e dunque da una dialettica non accademica, ben più aperta delle politiche interpretative ispirate dalla sola dottrina. Tuttavia, resta un modello *istituzionale*, di una istituzione che non è veramente aperta, più che il prodotto di un collettivo di pensiero, perché tende a tenere sotto tutela giudiziaria i destinatari

¹⁴ G. QUINTERO OLIVARES, *Adonde va el Derecho penal. Reflexiones sobre las leyes penales y los penalistas españoles*, Civitas, Madrid, 2004, 145.

¹⁵ J. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, BdeF, Montevideo, Buenos Aires, 2010, 113 s., 273 ss.

¹⁶ J. SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis. Mitigar el dolor del derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2018, 46

¹⁷ J. L. Díez RIPOLLÉS, *La racionalidad de las leyes penales*, Trotta, Madrid, 2003, 181 s.

della legge: c'è una Corte che alla fine decide per tutti e chiude spesso il dibattito, nato da un contesto che "attende" decisioni ermeneutiche, invece di restare sempre aperto alla elaborazione di nuovi paradigmi.

4. Necessità di rivedere la subalternità istituzionale della scienza penale a esercizi giudiziari.

Ma noi non ci possiamo qui limitare a descrivere un tratto di tipo istituzionale, delegato alle opzioni di qualche giudice supremo nominato o eletto quasi per caso. Il controllo di costituzionalità affidato a giurisdizioni superiori tanto selezionate resta espressione di un diritto penale aristocratico, o se si preferisce organizzato da caste di giuristi.

Il giudizio non deve sorprendere, perché il discorso deve oggi essere collocato in un quadro istituzionale diverso e nuovo. C'è una accentuata organizzazione verticistica delle Corti superiori. Verso il basso, invece, una sorta di burocratizzazione esasperata di una giurisprudenza che deve essere rapida ed efficiente. Questo dato accentua una spinta verso un decisionismo di vertice che depotenzia lo sviluppo dei contrasti sincronici positivi. *Il modello della prevedibilità del diritto*¹⁸ ha sicuramente vantaggi per il consociato, ma potrebbe favorire un appiattimento giurisprudenziale acritico: un affidamento "sicuro" alla IA che ha già inventariato la maggior parte delle soluzioni predate.

Tutto lo sforzo dei giuristi di affidare alle Corti superiori il verbo finale, la definizione dei limiti, rimane nel quadro di una aristocrazia che in Italia non sa neppure esprimere il pluralismo di una *dissenting opinion*. I dissenzienti sono solo le parti, masse di avvocati ciarlieri in udienza, ma tacitati per sempre da una sentenza definitiva.

Senonché compito della scienza non è, e non è mai stato, di circoscrivere il proprio ruolo a sostenere questioni giudiziali.

Questa è solo una parte ermeneutica dell'orizzonte.

¹⁸ Sul principio di "riconoscibilità" della legge penale, oltre a C. cost., n. 364/1988, § 17, v. G.A. DE FRANCESCO, *Il principio della personalità della responsabilità penale, nel quadro delle scelte di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 32 ss., 48 ss.; G. ROTOLO, *'Riconoscibilità' del precetto e modelli innovativi di tutela*, Giappichelli, Torino, 2018, spec. 55 ss.; M. DONINI, *Reati contro la P.A. e riconoscibilità del precetto. L'imputazione del formante amministrativo e di quello giurisprudenziale*, in *AP*, 2020. In seguito, v. in particolare i principali lavori monografici degli autori che hanno poi contribuito anche al recente quaderno M. DONINI, R. KOSTORIS, R. ORLANDI (a cura di), *Conoscibilità del diritto e costruzione del precedente. diritto e processo penale tra massimario, dottrina e prassi*, Jovene, Napoli, 2025, *passim*; D. PERRONE, *Nullum crimen sine iure*, Giappichelli, Torino, 2019, *passim*; A. GALANTE, *Legalità e mutamenti giurisprudenziali*, cit., *passim*; A. SANTANGELO, *Precedente e prevedibilità*, Giappichelli, Torino, 2022, *passim*; S. De BLASIS, *L'intellegibilità come misura oggettiva di prevedibilità della norma penale*, Jovene, Napoli, 2023, *passim*; F.M. DAMOSSO, *Il vincolo del precedente tra sentenza di legittimità e massimazione*, Giappichelli, Torino, 2022, *passim*; E. RECCIA, *Il valore del precedente e il carattere vincolante delle decisioni delle Sezioni Unite*, Giappichelli, Torino, 2020, *passim*; A. MASSARO, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, Ed. Scientifica, Napoli, 2021, *passim*.

Se la scienza è conoscenza falsificabile di una intera materia o suoi istituti, non può limitarsi a collaborazioni interpretative.

Né il suo compito è di elaborare a forza contenuti nuovi di principi costituzionali che alterino progressivamente il diritto costituzionale, affidando alla magistratura tutto il potere definitorio finale di quei limiti. Vediamo del resto ogni giorno quali freni di equilibrio politico condizionino (inevitabilmente) la Consulta.

Compito della scienza penale è elaborare nuove interpretazioni, certo, ma anche costruire idee, principi, valori, paradigmi che non si possono ridurre al perimetro concettuale di un testo e che spaziano nella cultura politica, in quella generale, nelle discipline extragiuridiche, per attingere a *progressi di conoscenze non predefinite da regole*.

Neppure possiamo passare la vita professionale e soprattutto di ricerca a pensare di diventare *influencer* o a occuparci solo di interpretazione di sentenze. Questo profilo, quello dell'efficacia del nostro impegno, è del resto solo un momento, un aspetto della vita dello studioso che abbia anche vocazione di impegno civile e non riduca la sua attività a una sorta di pandettistica penale.

Il momento della critica e dell'impegno civile, e anche quello dell'ermeneutica, resta dunque un aspetto importante, ma *non certo l'unico dell'attività di una disciplina che si colloca comunque nel segno della costruzione dei limiti punitivi*.

Oggi occorre che parliamo dell'apporto del sapere accademico alla costruzione dei limiti. Non tratto dunque dell'apporto del diritto giurisprudenziale costituzionale o ordinario a formazione istituzionale, ma di quello della scienza accademica.

Per molto tempo sembrava passato di moda, e i penalisti hanno cominciato a studiare e commentare solo l'attività dei giudici: commentatori di sentenze. Realisti americani. Il diritto è ciò che decidono o decideranno i giudici.

Credo che sia venuto il tempo di riappropriarci di un ruolo diverso, ma che è sempre stato nostro.

5. In che senso la scienza penale è scienza dei limiti della legislazione. Costruzione vs. interpretazione.

Lex vs. ius.

Se osserviamo l'evoluzione delle *parti generali* del diritto penale, vediamo chiaramente che l'apporto della scienza penale è stato non sempre, ma molto spesso, e a mio avviso in misura prevalente, di costruzione di limiti al potere punitivo: capire il dolo e i motivi a delinquere va benissimo, ma per delimitare e contrastare l'incidenza di spinte espansionistiche settoriali o generali. Si è costruito sempre anche per limitare il potere legislativo, fosse questo lo scopo consapevole o meno, almeno dai tempi che fanno seguito alla stagione illuministica e ancor più nel Novecento.

Occorre osservare il quadro, non le singole ricerche, non le singole teorie che ci possono dividere.

Teorie dell'azione, anche se solo negative (= ciò che azione non è), bene giuridico, delimitazione garantista dell'imputazione causale, il nesso di rischio, concezioni volontaristiche del dolo e non oggettivistiche della colpa, le formule di Frank, critica

all'uso ermeneutico-manipolatorio delle fattispecie in funzione di lotta ai fenomeni generali, estensione delle ipotesi di non punibilità e di inesigibilità. E poi: le concezioni restrittive d'autore, la delimitazione delle posizioni di garanzia, l'invenzione dell'esigenza della motivazione della legge, la ricerca di nuove forme di *drafting* legislativo, cioè di scrivere le leggi (si pensi al modello dello Statuto di Roma e degli *elements of crimes*), la trasformazione dei principi costituzionali da criteri di indirizzo politico a parametri dimostrativi (è successo per l'offensività, deve accedere per l'*ultima ratio*, distinguendo fra *ultima ratio* e sussidiarietà), la spinta verso l'ingresso di più saperi empirici nel controllo dell'*output* delle leggi, l'elaborazione del grande universo della società dei diritti che si esprime nelle scriminanti (un capitolo dove si respira libertà come in nessuna trattazione giuridica extrapenale), l'idea che le cause di giustificazione non sono un momento giudiziale di verifica a tavolino, *ex post*, di una sorta di qualificazione del fatto come antiggiuridico, non sono regole filo-istituzionali, giudiziarie, ma sono regole di condotta operanti *ex ante*, al tempo della condotta, sono regole (di condotta) per il cittadino, non per il giudice. L'elaborazione delle categorie del rischio consentito e del punto di vista *ex ante*, i criteri del *ne bis in idem* sostanziale, la costruzione della *abolitio criminis* parziale, etc.

E poi sul terreno delle sanzioni, la progressiva presa di coscienza che il sistema sanzionatorio, il meno scientifico dei territori legislativi, ha costante bisogno di attenzione critica: la elaborazione dei finalismi della pena in funzione di umanizzazione, risocializzazione, decarcerizzazione. Criteri finalistici di riduzione delle pene carcerarie, *extrema ratio in executivis* (qui sì che è dimostrativa!), analisi comparata dei criteri di deflazione, via via fino alle ipotesi riparatorie in senso lato, la riparazione quale nuova base commisurativa diversa dal raddoppio del male passatista e rimproverante, la pena naturale etc.

Ancora: tutta l'elaborazione di principi oltre le norme costituzionali scritte, la politica dell'interpretazione che, a base ora ermeneutica, ora giusrazionalistica, ha allargato l'intero territorio dei vincoli (non solo dei limiti) costituzionali; la lotta contro alla responsabilità oggettiva in funzione di una responsabilità colpevole, la elaborazione delle scusanti. l'attenzione costante ai pericoli di strumentalizzare le persone mediante pene o fattispecie orientate in senso antiumanistico. I rischi dell'esclusione. L'umanesimo penale.

È questo un deposito e un'eredità culturale che precede e accompagna una scienza dei limiti a contenuto costituzionale. È identitario, riguarda l'essenza dell'attività dei penalisti sulla parte generale.

Non solo. Compito della scienza è fare vedere, ma ad un tempo orientare le evoluzioni del sistema, la cui presa d'atto necessariamente influirà sull'attività legislativa. Certo è tutt'altro tipo di influenza rispetto a quella massmediatica quotidiana. Se si sviluppano istituti legati alla *non punibilità e al non punire*, a interi settori dove lo scopo dell'intervento non è di castigare i colpevoli, ma neutralizzare i rischi e risolvere questioni di post-fatto, queste *scoperte* possono davvero avere conseguenze sulla consapevolezza di nuove forme di limiti all'intervento penale.

Se si costruiscono, tra *scoperte e invenzioni*, nuove categorie in funzione restrittiva della punibilità, capaci di veicolare nuove ermeneutiche, anche questo è compito

strettamente scientifico, non meramente applicativo. Che siano (in passato) le posizioni di garanzia, il reato impossibile e l'esiguità, o la misura soggettiva della colpa, e (più di recente) il rapporto di rischio, la causalità della colpa, il *ne bis in idem* sostanziale, sono tutti risultati costruttivi interni a una scienza dei limiti del punire.

E poi lo stile narrativo, l'apertura alla cultura generale non giuridica, la libertà nel genere letterario: ma scherziamo a prendere come paradigmi argomentativi le sentenze? Quelle sono solo una parte del diritto come *interpretatio*. La loro lettura è spesso una sofferenza, perché il tecnicismo ha soffocato ogni piacere stilistico.

Ciò detto, va ricordato che *l'interpretazione non è la parte più scientifica della nostra attività*¹⁹, che è fatta di storia, comparazione, analisi statistiche, criminologiche, valutazioni dell'*output* e cultura generale. L'interpretazione è ciò che fanno avvocati e magistrati in relazione ai casi, che svolgono compiti di applicazione del ius e non di sua ricostruzione generale. Anzi. Quanto più la magistratura diventa dottrina e compie ricostruzioni generali, tanto più si avvicina ai *limiti della divisione dei poteri*: perché le sue elaborazioni hanno valore prescrittivo e non conoscitivo, ma se è generalizzante deve persuadere come la dottrina, non può comandare.

Dunque, c'è un deposito di elaborazione scientifica che è tutto concentrato sui limiti del punire senza che si possa pensare che sia una "deduzione ermeneutica" da regole sovralegislative, per lo più, del resto, non espresse o non scritte.

La nostra valutazione cambia se passiamo dalla parte generale alle singole incriminazioni, *la c.d. parte speciale e ancor più la legislazione complementare*.

Perché è questo, innanzitutto, il terreno dell'interpretazione.

Orbene, l'interpretazione delle singole fattispecie non è, come detto, una attività eminentemente scientifica.

È un atto di collaborazione o di resistenza critica a programmi di governo, a programmi di tutela, e all'uso di armi (le singole sanzioni minacciate) – la parte speciale come un'armeria – per prevenire anche fenomeni e non solo per applicare una pena proporzionata a comportamenti lesivi.

Qui si nascondono le insidie più rilevanti e risulta spesso difficile l'attività di contenimento.

Il commento al delitto di peculato non potrà non evidenziare anche la sua massima estensione regolativa, non solo quella minima. Come fa a svolgere solo compiti di limitazione di una legge che deve essere applicata? Perché il diritto penale è garantista, ma non è fesso. È in primo luogo minaccia e applicazione di sanzioni. Che sono armi politiche contro il delitto, come scriveva Beccaria. Chi fa ermeneutica, se non tradisce il paradigma deduttivo del sillogismo, e quindi un programma di governo, ne è coinvolto pienamente. Siamo nel territorio della *lex* e la sua ricollocazione nel *ius*, salvo il momento storico-comparato e sistematico ricostruttivo, esige un diverso impegno critico, assai più circoscritto.

Ed è qui che il raccordo con la parte generale attende impegno quotidiano. La dimensione scientifica ritorna tuttavia a dominare l'attenzione, se le singole fattispecie

¹⁹ Lo diceva già R. v. JHERING, *Unsere Aufgabe*, tr. it. *Il nostro compito*, cit., 7.

sono collocate in un complesso sistematico di disciplina, la cui conoscenza e organizzazione culturale appartiene alla costruzione di un sistema che è organizzazione culturale e non solo tecnica: la individuazione dei limiti ritorna così a dominare il campo almeno sul fronte di una razionalità di sistemi e sottosistemi che sono isole e arcipelaghi della frammentarietà²⁰, non derivate punitive in libera espansione politica.

Perché *parte speciale e leggi complementari* sono territori insidiosi e diversi: la prima sembra tradizionalmente oggetto di studio accademico, mentre le leggi speciali sono state più spesso, nel recente passato, affidate alla magistratura o a competenze specialistiche lontane dall'impegno accademico. E qui le espansioni verso un diritto penale di lotta sono state prevalenti.

Se poi l'interprete ha responsabilità di gestione processuale, come magistrato o avvocato, necessariamente resta avvinto in logiche applicative che devono sempre affrontare i conflitti fra autori, vittime, società. Per questi motivi, *l'interpretazione e l'applicazione sono momenti distinti*.

La prima è più spesso anche solo dottrinale, la seconda è avvinta nella evoluzione ermeneutica delle fattispecie e dei casi, che è irriducibile al modello illuministico della *applicatio sine interpretatione*.

La ricerca della *interpretatio stricta*, della riduzione ermeneutica dei testi, è operazione che vede necessariamente una dialettica permanente con le esigenze della prassi, con la politica dei media, dei governi. Solo gli innesti continui di riflessioni di parte generale anche relative al sistema sanzionatorio, possono assicurare all'interprete di conservare la sua *mission* di costruttore dei limiti.

6. La dimensione più politica della resistenza civile all'abuso della legislazione penale. Una scienza della sussidiarietà.

Veniamo adesso all'aspetto più politico e critico della scienza penale come scienza dei limiti. Qui il discorso si sposta dal diritto come disciplina di conoscenze alla *jurisprudence* come ruolo sociologico dei suoi componenti accademici e non. Dalla scienza-disciplina alla scienza-soggetto. Chi fa parte di associazioni di studiosi o della AIPDP, oppure dell'organizzazione di riviste impegnate (non semplicemente nella selezione "scientifica" dei prodotti, ma) nelle questioni della giustizia, è direttamente coinvolto in questo discorso.

Ci sono vincoli superiori per un impegno ermeneutico a trasformare le incriminazioni da armi contro gli autori a programmi di tutela coordinata e dialogica, non guerra contro il malvagio.

Perché la scienza, senza boicottare l'impegno della legislazione per la protezione di diritti e vittime, è sempre stata un grande movimento di riduzione delle passioni punitive? Perché la *lex* è strumento di governo (§ 1 *supra*). Non solo di questo governo,

²⁰ Per queste immagini della frammentarietà v. ancora T. VORMBAUM, *Fragmentarisches Strafrecht in Geschichte und Dogmatik*, in *ZStW*, 2011, tr. it., *Il diritto penale frammentario nella storia e nella dogmatica*, in *DPC*, 1, 2015, 51 ss.

ma di tutti i governi. In questa presa d'atto risiede un *caveat* che riguarda ogni prodotto accademico di ricerca dei giovani in formazione o che fanno carriera. Ricerche che devono sempre collaudare l'ipotesi che le leggi che commentano esprimano strumenti di governo anziché prodotti del pensiero, della cultura e dei saperi, siano molto politica e poco razionalità dell'umanesimo e della civiltà del diritto. La "scientifizzazione" delle leggi è dunque un'operazione ambigua perché a distanza di anni uno sguardo realistico potrebbe illuminare di una luce diversa il significato storico e metodologico delle ricerche.

C'è un assunto di Thomas Vormbaum, scritto qualche anno fa, che nella sua lapidarietà descrive una realtà internazionale: "so viel Strafrecht war noch nie"²¹. Non c'è mai stato così tanto diritto penale.

È illustrato meglio in alcune sue pagine che ho riassunto in uno studio recente²², senza dimenticare che di espansione del diritto penale e di inflazione penale si parla dai primi del Novecento²³.

È qui importante ricordare che, da prospettive differenti, parimenti liberali, ma una retribuzionista, e l'altra a orientamento costituzionale, Wolfgang Naucke e Thomas Vormbaum rispettivamente, hanno già da tempo immaginato la scienza penale come scienza dei limiti del punire, una "Strafbegrenzungswissenschaft".

Naucke critica l'uso politico della legalità in chiave preventiva ed espansiva, espressione di una cultura illuministica non kantiana, ma appunto affidata alle istanze della pura prevenzione e quindi alla strumentalizzazione della persona per finalità estranee a giudizi di merito, distanti da una aderenza retrospettiva al puro fatto illecito commesso²⁴. La sua *pars destruens* è peraltro di grande efficacia corrosiva²⁵.

In questa lettura, un vero limite all'espansione dei confini del penale è rappresentato dalla *depoliticizzazione dei fini della pena*. Anche in Naucke, come per molti altri esponenti della dottrina tedesca, questa valutazione politico-criminale *non ha una base costituzionale*.

Invece, l'esigenza di assegnare al diritto penale uno strumento efficace di delimitazione della sua inusitata espansione *su basi anche costituzionali* è presente nell'opera di Thomas Vormbaum²⁶.

²¹ T. VORMBAUM, *Aktuelles zur Lage des Strafrechts*, in ID., *Beiträge zum Strafrecht und zur Strafrechtspolitik*, Lit Verlag, Berlin, 2018, 129.

²² M. DONINI, *Diritto penale*, PG, vol. I, cit., cap. 7, § 11.8 s., 498 ss.

²³ *Op. ult. cit.*, cap. 1, § 8.1, p. 13 s. con i richiami opportuni.

²⁴ Cfr. i lavori di Naucke citati a nota 8.

²⁵ Cfr. W. NAUCKE, *La robusta tradizione del diritto penale della sicurezza: illustrazione con intento critico*, cit., 79 ss.

²⁶ I lavori di traduzione dall'italiano al tedesco condotti da T. Vormbaum in quell'arco di tempo, e fino ad oggi, sono straordinari, sia per qualità e sia per quantità. Tutta la penalistica italiana deve essergli riconoscente. Basti vedere le pubblicazioni curate nelle collane *Rechtsgeschichte und Rechtsgeschehen* (compresa quella dei *Kleine Schriften*) del LIT Verlag.

Vormbaum assume da Naucke l'idea che occorra una disciplina finalizzata a occuparsi dei limiti del diritto penale²⁷, ma sviluppa autonomamente l'idea di una *scienza dei limiti del punire* (“*Strafbegrenzungswissenschaft*”)²⁸: una scienza dei limiti della pena, o del potere punitivo, una scienza che si occupi soprattutto, se non esclusivamente, dei principi e dei criteri per circoscrivere la potestà punitiva, nel segno della sussidiarietà dei beni e dell'*extrema ratio*, che dovrebbero essere da sempre al centro di una scienza della legislazione limitativa, proprio in quanto sussidiaria. Ma come sappiamo l'*extrema ratio* è abbandonata allo statuto di “principio informatore”, di politica criminale, ad uso argomentativo, non giustiziabile, ed è diventato una sorta di racconto natalizio nella narrazione dei penalisti.

Un vero manifesto è il suo “*politisches Strafrecht*” pubblicato nel 1995 nella *ZStW*.

Il c.d. diritto penale moderno, secondo Vormbaum, ha una sua continuità plurisecolare nel segno di *cinque caratteri fondamentali*: materializzazione (interventi energici, colmare le lacune, i c.d. vuoti di tutela), flessibilizzazione (prevale lo scopo sul diritto: l'utile sulla giustizia, tutto si può piegare verso il risultato perseguito), moralizzazione, soggettivizzazione, e infine funzionalizzazione (leggi di lotta).

In questa direzione il ruolo del *bene giuridico*, dalla sua fondazione²⁹ in poi, è da leggere in chiave *espansionistica, non limitatrice*. In Germania la legislazione repubblicana è in continuità con quella nazionalsocialista (per es. la costruzione soggettivistica del tentativo, il doppio binario). Sul piano legislativo, dagli anni '70 ci sono state solo leggi di lotta o ispirate a bisogni di tutela. Oltre 200 riforme dal codice penale del 1871, di cui oltre 180 negli anni della Repubblica federale³⁰.

La *critica alla prevenzione generale* è decisiva nel programma di Vormbaum: la giustificazione del diritto penale orientata allo scopo ha aiutato l'idea dell'*ultima ratio* solo in una certa misura, in chiave di umanizzazione e differenziazione del sistema sanzionatorio. È invece proprio la tendenza al risultato che ha portato a una notevole espansione della responsabilità penale e non ha creato la limitazione desiderata. Questo

²⁷ W. NAUCKE, *Schwerpunktverlagerungen im Strafrecht*, in *KritV*, 1993, 137 ss.; ID., *Wissenschaftliches Strafrechtssystem und positives Strafrecht*, in *GA*, 1998, 263 ss., 271; ID., *Autobiographie*, in *Die deutsche Strafrechtswissenschaft in Selbstdarstellungen*, Hrsg. HILGENDORF, De Gruyter, Berlin, 2010, 41 ss., 442 s.

²⁸ T. VORMBAUM, “*Politisches Strafrecht*”, in *ZStW*, Bd. 107, 1995, 734 ss., 744 ss.; ID., *Aktuelles zur Lage des Strafrechts*, in *Fest. Tsatsos*, Nomos, Baden-Baden, 2003, 703 ss.; ID., *Fragmentarisches Strafrecht in Geschichte und Dogmatik*, in *ZStW*, 2011, tr. it. *Il diritto penale frammentario nella storia e nella dogmatica*, in *DPC*, 1, 2015, 51 ss. § 5 C 2, poi anche in ID., *Saggi di storia del diritto penale moderno*, ESI, Napoli, 2018, 145 ss.; i saggi in ID., *Beiträge zur juristischen Zeitgeschichte*, Nomos, Baden-Baden, 1999 (e nella 2. Aufl. del 2018). Cfr. anche M. DONINI, *Garantiestrafrecht und Generalprävention. Ein unausweichlicher Gegensatz des zeitgenössischen Strafrechts? Annäherung an die “Strafbegrenzungswissenschaft” von Thomas Vormbaum*, in *Strafrecht und juristische Zeitgeschichte. Symposium anlässlich des 70. Geburtstages von Thomas Vormbaum*, Hrsg. M. Asholt, U. Eisenhardt, Prinz von Sachsen Gessaphe, G. Zwihehoff, Nomos, Baden-Baden, 2014, 48-62.

²⁹ J.M.F. BIRNBAUM, *Ueber das Erforderniß einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens*, 1834.

³⁰ T. VORMBAUM, *Storia moderna del diritto penale tedesco. Una introduzione*, 2ª ed., Cedam, Padova, 2013, 388; ID., *Storia moderna del diritto penale tedesco. Prima lezione*, in ID., *Saggi di storia*, cit., 23 ss.

sviluppo è visibile sin dalla fine del XIX secolo — spesso dimenticato — e non solo negli ultimi 20-30 anni ³¹.

Il fatto che la maggior parte dei reati siano di pericolo dimostra che la prevenzione contribuisce a determinare la struttura della maggior parte degli illeciti nel diritto penale odierno³².

7. Il significato storico di una scienza dei limiti.

Il carattere eminentemente politico della legge penale, non solo quanto alle sanzioni, ma anche nella costruzione dei precetti in organizzazioni normative di linee di intervento (preventive, amministrative, processuali, penali) per contrastare fenomeni generali, destina lo studioso al controllo critico di tutti gli abusi immanenti ad eccessi di prevenzione generale. Questo controllo è parte della vita di studio perché nello statuto epistemico del sapere penalistico ci sono fonti sovralegislative e conoscenze storico-comparate, oltre al collaudo di saperi empirici, che fanno per vocazione del penalista l'esponente di un contropotere critico, e non semplicemente un interprete³³. È questo un destino giusnaturalistico? Il lettore risponda come preferisce a questo interrogativo. Il diritto naturale ha rappresentato nella storia un antidoto a ogni eccesso giuspositivo, ma è dubbio che sia stato così efficace, sul piano politico, quanto invece lo sono oggi i diritti fondamentali, che ne ereditano la funzione secondo un giusrazionalismo storicizzato. C'è quindi una chiara dimensione storicistica e non sovratemporale, di questi stessi limiti.

Sul versante della episteme, e non del ius naturale, l'obiettività descrittiva e valutativa del modello naturalistico di scienza appartiene agli ideali del primo Novecento. Essi entrano anche oggi nell'attività scientifica come una sua componente, senza dubbio. Ma non possono certo contribuire in misura sufficiente a quel duplice

³¹ R. FRANK, *Die Überspannung der staatlichen Strafgewalt*, in *ZStW*, XVIII, 1898, 733 ss., 737; E. BELING, *Die Vergeltungsidee und ihre Bedeutung für das Strafrecht* (Leipzig, 1908), Scientia Verlag, Aalen, 1978, 152: « Il numero di reati la cui realizzazione è punibile è aumentato enormemente. Le vere e proprie "leggi penali" — che richiedono un atto colpevole e un'espiazione proporzionale — oggi non si contano più; c'è un vero e proprio diluvio di leggi penali e ogni anno ne arrivano di nuove, tanto che la denuncia di un eccesso di potere penale dello Stato è sorta non senza ragione ». Cfr. le 800 pagine delle "Leggi complementari al codice penale del Regno d'Italia", Vallardi, Milano, 1889. Nei saggi di Vormbaum sulla *Storia del diritto penale moderno* è ben evidente il trend: T. VORMBAUM, *Storia moderna del diritto penale tedesco. Prima lezione*, in *Id.*, *Saggi di storia*, cit., 9 ss.

³² Non approfondisco qui l'ulteriore sviluppo della ricerca di Vormbaum nel segno di una rilettura delle leggi penali come leggi costituzionali: T. VORMBAUM, *Strafgesetze als Verfassungsgesetze. In memoriam Knut Amelung*, in *JZ*, 2018, 53 ss. Per un ampio commento v. G. FORNASARI, *Argomenti per una riserva di legge rafforzata in materia penale*, in *DPC*, 28 maggio 2018, 9 ss.; e M. DONINI, *La riserva di codice (art. 3-bis c.p.) tra democrazia normante e principi costituzionali. Apertura di un dibattito*, in *LP*, 20 novembre 2018, spec. 14 ss. (§ 7), e la letteratura richiamata in DONINI, *Diritto penale*, vol. I, cit., cap. 7, § 11.10, 501 ss.

³³ Cfr. già quanto detto in *Democrazia penale e ruolo della scienza*, relazione al Convegno dell'Ass. Bricola, Bologna, 5-6 febbraio 2004, su "Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale", pubblicato in *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, a cura di G. Insolera, Monduzzi, Bologna, 2005, 27-40.

compito di legittimazione e di delegittimazione che le fonti superiori assegnano al giurista. La scienza giuridica non è solo descrittiva e avalutativa³⁴.

Noi, infatti, non siamo destinati alla mera legittimazione del sistema, ma anche alla sua possibile delegittimazione.

Sono due poli dialettici della nostra cattiva coscienza: non collaborare mai a produrre un esito detentivo che diventi una sorta di Zyklon B, non collaborare a perdite di diritti ingiustificabili.

Oggi siamo meno liberi dall'universo normativo non perché ci sia troppo penale (fatto vero, del resto), ma perché tutto è più normato. Gli spazi liberi dal diritto sono sempre più esigui. Inevitabile che il momento punitivo ne risulti a sua volta esaltato o accresciuto.

È vero, allora, che il discorso non appare solo circoscritto alla penalità. I limiti devono essere ricostruiti sull'intero ordinamento: ciò che del resto è evidente a ogni iniziativa di depenalizzazione, che se non riesce è perché la sussidiarietà è una risposta che non può essere data solo dal penalista.

L'idea di una scienza della sussidiarietà quale compito collettivo, di cui in un libro di vent'anni fa³⁵ ho immaginato alcune declinazioni attraverso i percorsi della *motivazione della legge* e di *verifiche anche empiriche di legittimità sui programmi legislativi*, appare oggi meno distante dalla realtà: *lo stesso giudizio di proporzione* (che è però soprattutto un giudizio di "sproporzione", un limite, più che un fondamento positivo) si accresce di saperi empirici e verifiche, che oggi la Corte costituzionale tiene presenti nel sindacato ordinario di legittimità, sì che un modello pensato per la scienza può diventare momento di verifica costituzionale³⁶.

Ma prima è venuta quasi sempre la riflessione scientifica.

L'idea che i limiti siano fondamento non coincide con la visione tradizionale della Costituzione come fondamento del diritto penale. Questa è solo una parte del discorso, come abbiamo spiegato.

Il vero nucleo concettuale è che l'attività scientifica si è sempre occupata di costruire un ius come limite della lex. È un destino epistemico, ma politico ad un tempo, che precede lo stesso orientamento costituzionale, anche senza volere risalire all'Antigone di Sofocle. Ad esso si è aggiunto il diritto costituzionale penale come ulteriore e distinto prodotto di una scienza dei limiti. Ma infine il ruolo della scienza

³⁴ Sul suo statuto epistemico v. il cap. 15 di M. DONINI, *Diritto penale*, PG, vol. II, Giuffrè Lefebvre, Milano, 2026, cap. 15, § 10, 131-148. Per un dialogo e confronto sul tema di una scienza giuridica non solo descrittiva, ma anche prescrittiva, cfr. M. DONINI, *Garantismo penale oggi*, in *Criminalia*, 2020, 395 ss., 397 ss.; e le diverse posizioni di D. PULITANÒ, *'Dommatica' e giurisprudenza*, in *Cass. Pen.*, 2015, 4282 e G. FIANDACA, *Il giurista (penalista) tra interpretazione, scienza, e politica. Un confronto con Domenico Pulitanò*, in *Riflessioni sulla giustizia penale. Studi in onore di Domenico Pulitanò*, Giappichelli, Torino, 2022, 77 ss.

³⁵ *Il volto attuale dell'illecito penale*, Giuffrè, Milano, 2004.

³⁶ Una innovazione molto importante, introdotta di fatto, senza troppe declamazioni e in realtà distaccandosi dai percorsi tradizionali della proporzione, che erano più vincolati all'idea dello scopo (teleologia) che non all'attenzione a verifiche empiriche (orientamento alle conseguenze). Ampi richiami in *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria*, in M. DONINI, *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Cedam, Padova, 2003, 115-161, anche in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 141-183.

quale limite investe anche la dimensione sociologica dei suoi esponenti di fronte a continue espressioni di una legislazione come strumento di governo.

Ci ritroviamo così a *comprendere forse per la prima volta che l'elaborazione dei limiti è fondamento epistemico di una intera disciplina*. Chi intende occuparsi del commento del codice della città farà soprattutto interpretazione, o sistematica, e anche l'interpretazione costituzionale diventa neotecnicismo se non attinge linfa nuova dagli studi accademici liberi. Bisogna tuttavia che il loro sviluppo sia incrementato, superando facili ripetizioni di vecchi stili, dogmi, e principi di autorità che sono il contrario del metodo scientifico. Ecco che la falsificazione possibile anche di schemi di analisi pensati ai primi del Novecento, e poi ripetuti fino ai nostri giorni, è segno della vitalità della disciplina, non di irricoscenza verso i Maestri.

In questo bellissimo destino di anticipazioni e scoperte, invenzioni, organizzazione di cultura, noi non siamo la Corte di Cassazione, non siamo le Camere penali. Non siamo neppure i commentatori della Corte costituzionale. Noi siamo l'Accademia. Riappropriamoci del nostro ruolo, che è grande e luminoso³⁷.

³⁷ Certo ciò richiede che ci prefiggiamo di costruire percorsi, anche concreti, programmi di riforma, diversi dalle razionalizzazioni interne a un universo di sole norme, inferiori o superiori che siano, oltre dunque il normativismo integrale del giurista tradizionale, anche se educato al costituzionalismo.