

IL DIRITTO PENALE DELLA SOCIETÀ
PUNITIVA. L'ECCEZIONE DELLA LIBERTÀ
NELLA NORMALITÀ DELLA COERCIZIONE

Criminalia
Annuario di scienze penalistiche

in disCrimen dal 15.9.2020

Gabriele Marra

SOMMARIO 1. Premessa. Tra garantismo illiberale e populismo penale. — 1.1. Attraverso il prisma dell'idea dello scopo. — 1.2. Uno sguardo all'attualità (ed oltre). I trionfi dell'idea punitiva. — 1.3. Per un diritto penale non ablativo delle libertà che vivono nell'autonomia sociale. Lineamenti dell'indagine. — 2. Il credo moderno della legge (anche) penale: tra volontà politica e difesa contro i nemici sociali. — 2.1. Il diritto penale della prevenzione. Il volto presentabile del diritto penale del nemico? — 2.1.1. Prevenzione mediante rinnovate decisioni sulla necessità di pena? — 2.1.2. Semantiche dell'obbligo di protezione. — 2.1.3. La logica assolutistica dei (dis)valori. — 3. Fondamenti pre-politici e funzione ordinativa del diritto penale. — 4. L'ordinamento della prevenzione decentrata dei rischi (tra legislazione, dottrina e giurisprudenza) — 4.1. La sicurezza dei beni giuridici tra obblighi statuali di tutela e regolazione privata del rischio-reato. Temi e problemi. — 4.1.1. Opposizione costituzionale? — 4.1.2. Compattezza coercitiva *versus* ordinamento delle distinzioni. — 4.1.3. L'organizzazione delle istituzioni sociali tra legge penale ed autonomia. — 5. La garanzia sociale dell'*extrema ratio* e la radice liberale del diritto di punire. — 5.1. Diritto penale del fatto lesivo di beni giuridici, ordini pubblici deontologici ed organizzazione tecnologica dell'ordine sociale. — 6. Conclusioni.

1. Premessa. Tra garantismo illiberale e populismo penale

In una pagina programmatica della politica-criminale di una recente legislatura si legge che compito del diritto penale è soltanto quello di lottare contro l'ostilità sociale, comunque si manifesti, ovunque si nasconda. A tal fine occorre «*ridurre sensibilmente ogni eventuale margine di impunità*»¹. La pena, detto altrimenti, deve essere una presenza sociale certa², imprescrittibile e onnipresente, sempre pronta ad

¹ E. AMODIO, *A furor di popolo*, Donzelli, Milano, 2019 (anche per tutti i necessari riferimenti).

² Nella Relazione che accompagna una proposta di legge, promossa per l'abrogazione dell'art. 131-bis c.p., si legge che l'istituto «*rappresenta un quid pluris all'interno di un assetto normativo già colmo di istituti lassisti e favorevoli ai rei, la cui introduzione, nel corso degli anni, si ritiene abbia prodotto pericolosi meccanismi di disattivazione dell'effettività della pena*». L'ordinamento, conformemente a quanto richiesto da «*un diligente allarmismo sociale*» (sic!), va liberato da questa 'sinistra' presenza per consentirgli di «*tutelare maggiormente [sia] le vittime*» quanto la stessa funzione repressiva della pena (che dunque si immagina come un valore in sé). PdL del 25 luglio 2019, A.C. n. 2024, Cirielli. Per la sintonia di queste parole d'ordine con talune opposizioni manifestate dalla *law in action* contro tratta-

accorrere in soccorso della *sanior pars* del corpo sociale, qualunque sia la sua richiesta³. Premessa che ha come logico corollario la giustificazione di un potere punitivo tanto esteso quanto lo sono le varietà di domande di protezione formulate da una società frammentata, che per di più plasma e aggiorna le sue opinioni con la velocità consentitagli dai moderni mezzi informatici⁴. La legge penale appare così sempre più illimitata nei suoi contenuti e relativistica nelle sue forme, sottoposte ad un *test* di funzionalità di fatto, che può dirsi superato solo se la formalizzazione non ostacola troppo la pronta e completa risposta alla domanda di pena. In breve: dato uno scopo – ascrivibile al *topos* della «sicurezza collettiva» – il mezzo è giustificato dall'esclusiva necessità di realizzare quel fine⁵.

Imperativo, quello della necessità senza aggettivi⁶, che da tempo aleggia sulla

menti differenziati per gli illeciti esigui, cfr. M. DONINI, *Garantismo penale oggi*, *disCrimen*, 16 dicembre 2019, spec. 26 s. Più in generale cfr. L. RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Giappichelli, Torino, 2019.

³ F. SGUBBI, *Il diritto penale totale*, Il Mulino, Bologna, 2019, 46 ss. Nulla si tollera e niente di conseguenza sfugge alla repressione, neppure l'atto visivo. Per concorde opinione del legislatore (art. li 270-*quinquies* e 600-*quater* c.p.) e del diritto vivente, gli sguardi non sfuggono alla repressione (art. 612-*bis* c.p.), con il solo limite di quelli che, sebbene fissi e torvi, non vengono giudicati minacciosi (Cass., sez. V, n. 38090/2016). Fuori da questi casi, contro le occhiate può addirittura intervenire il giudice cautelare, ordinando all'autore il divieto di contatto con l'osservato (Cass., sez. V, n. 5664/2015). In merito all'applicabilità del delitto di cui all'art. 600-*quater* c.p., anche in caso di semplice visione del materiale illecito, si richiamano Cass., sez. III, n. 41570/2007 e Cass., sez. III, n. 639/2011; in senso contrario, tuttavia, Cass., sez. III, n. 39282/2005. Il giudice di legittimità si è spinto fino a ritenere che costituisce fatto punibile, quale potenzialità dell'atto visivo, anche l'esistenza di tracce informatiche di passate visioni del materiale interdetto (Cass., sez. III, n. 43246/2010 e Cass. sez. III, n. 24345/2015; *contra* Cass., sez. III, n. 12458/2016). La mera visione è astrattamente interdetta, infine, anche dal disposto dell'art. 270-*quinquies* c.p., al netto della restrizione imposta da Cass., sez. V, n. 6061/2016.

⁴ T. HÖRNLE, *Das Ideal des Bürgerstrafrechts vor dem Hintergrund gesellschaftlicher Fragmentierung*, *Festschrift für Reinhard Merkel*, vol. I, Duncker & Humblot, Berlin, 2020, 511 ss.

⁵ E. AMODIO, *A furor di popolo*, cit., 10 s.

⁶ Il sapere pressoché comune dei penalisti descrive il diritto penale come diritto pubblico di stretta, se non di assoluta, necessità, la cui legittimazione risiede nell'indisponibilità di alternative di tutela equivalenti. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Cedam, Padova, 2011, VII ed., XLIII; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2019, VIII ed., 20; G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, Laterza, Roma-Bari, 52. Attingendo alla linfa della tradizione, il diritto pubblico può essere definito in termini 'sostanziali' come disciplina dello Stato agente per la costruzione di un ordine sociale privo d'ogni antecedente autonomia. In un simile quadro, la prescrizione di limiti al diritto pubblico coercitivo, dettati dal principio di qualificata necessità, scinde l'equivalenza tra ordine ed azione potestativa. L. MANNORI / B. SORDI, *Giustizia e amministrazione*, (cura di) M. Fioravanti, *Lo Stato Moderno*, Laterza, Roma-Bari, 2002, 79. Di conseguenza sottrae l'ordine spontaneo delle materie regolate al destino di passività al quale è invece consegnato da quella tradizione. Elevando l'autorganizzazione al

prassi penalistica, ma che regna addirittura incontrastato nella politica-criminale del «*populismo penale*». Si tratta di una miscela di antigarantismo – sparisce ogni attributo qualificativo/limitativo nel riferimento allo scopo – e di vocazione al rinnovamento – , ove è irrilevante ogni ragione opposta alle urgenze dettate della programmazione sociale – che scioglie la coercizione penale dai suoi vincoli interni (*extrema ratio*, presunzione di innocenza) e dalle limitazioni esterne imposte dall’ordinamento generale (separazione dei poteri, democrazia parlamentare). *Leitmotiv* che travolge la fondamentale distinzione tra legge penale e politica-criminale, dalle cui macerie prende vita una spirale punitiva sempre più ampia e neutralizzante, degna di una repubblica «*nazional-popolare*»⁷.

Ad essere così descritta non è però una nuova pagina del diritto penale dell’emergenza: una parentesi interna ad un sistema di complessiva impronta liberale. Si assiste a «*movimenti più o meno sotterranei*» che spingono per una messa in crisi «*del vecchio paradigma*» fondativo del diritto di punire⁸, il cui tradizionale personalismo, che ne faceva la *Magna Charta* del reo, è abbattuto dall’affermazione che compito del ‘nuovo’ diritto penale è solo quello di proteggere la società, o, per meglio dire, di soddisfare i bisogni di protezione che vengono ascritti al corpo sociale.

Ad installarsi così nella sala di controllo della politica-criminale sono forze volontaristiche che accelerano esponenzialmente il processo di dissoluzione del diritto penale classico, le cui fondamenta liberali sono, peraltro, già da tempo largamente infiltrate, e compromesse, dal funzionalismo tecnologico che orienta larghissima parte del moderno diritto penale del rischio: «*lontano da ogni ambizione di rimanere frammentario*» nell’esercizio del proprio impegno a criminalizzare sempre più comportamenti, affinché ciascuno di essi possa venir giudicato come «*socialmente inadeguato*»⁹.

rango di alternativa all’intervento gerarchico della legislazione amplia, infatti, al massimo grado il quadro dei motivi che, anche in una prospettiva di giustificazione sociale della potestà punitiva, possono essere adottati in senso contrario alla necessità dell’intervento penalistico.

⁷ G. FLORA, *Il diritto penale del contratto (di governo)*, *disCrimen*, 22 novembre 2018, spec. 2. Per una efficace sintesi di tratti qualificanti il populismo penale cfr. E. AMATI, *Insorgenze populiste e produzione del penale*, *disCrimen*, 3 giugno 2019.

⁸ F. PALAZZO, F. PALAZZO / F. VIGANÒ, *Diritto penale. Una conversazione*, Il Mulino, Bologna, 2018, 101. «*Dove non sono arrivate le rivoluzioni culturali del fascismo e del costituzionalismo*» prevede «*la rivoluzione sociale prodotta dalla complessità cosiddetta postmoderna*»

⁹ C. PRITZWITZ, *Diritto penale del nemico*, (a cura di) M. Donini / M. Papa, *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Giuffrè, Milano, 2007, 130 ss.; spec. 149. Lo studio sostiene che il *Risikostrafrecht* è già il paradigma egemone della penalità. Ciò significa che il nucleo della legittimazione penalistica coincide con un dovere statutale di provvedere («*Daseinvorsorge*») che compendia indistintamente necessità obbiettive e bisogni soggettivi di protezione. Un criterio lontano dall’impronta

Un'accelerazione, anche promozionale, che guardando più in dettaglio la recente esperienza italiana, si deve in larga parte a processi deliberativi sostenuti da visioni 'ermeneutiche' del mondo, dove la verità, non esclusa quella empirica, è rimpiazzata dalla sua interpretazione, valendo quest'ultima, da sola, a stabilire quanto deve essere oggetto di tutela penale. Soggettivismo mal celato dal diretto riferimento al popolo quale unico referente delle scelte di criminalizzazione, nonché altrettanto mal dissimulato dalla rivendicazione del proprio impegno contro ogni tecnocrazia che, anche ripristinando la «verità di fatto»¹⁰, avanzi la pretesa di contrastare il pieno dispiegarsi della volontà politica/rappresentativa riguardo a ciò che è necessario punire¹¹.

liberale del diritto penale classico, contrario ad accordare «*all'autorità sociale la tirannia dell'arbitrario*» che consegue al principio della proteiforme difesa; prossimo, invece, a quella dissoluzione totale del diritto penale dello stato-di-diritto che va sotto il nome di *Feindstrafrecht*. Cfr. F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, Il Mulino, Bologna, 1993, 43.

¹⁰ La verità di fatto è una proposizione descrittiva di nuclei minimali di empiria rispetto ai quali «*il potere [...] non può mai produrre un sostituto*». In questo senso, il concetto vale come costante di natura anti-politica, nel senso che fissa tanto il punto di origine della prassi di organizzare politicamente i fatti sociali, quanto i limiti al dispiegarsi della stessa. H. ARENDT, *Verità e politica*, Bollati Boringhieri, Torino, 1995, 70. Appartiene a questa classe di affermazioni il riferimento all'autonomia dell'organizzazione sociale e alla sua capacità di resistenza, quale verità di fatto, a tutti i tentativi di sua obliterazione. F. von HAYEK, *Legge, legislazione e libertà*, Il Saggiatore, Milano, 1994. Orbene, la fattualità di un ordine che precede la legge è resiliente: la realtà non è infinitamente programmabile mediante schemi *command and control*, opponendo al demiurgo le proprie dinamiche comportamentali. L'autonomia dei fatti sociali resiste contro il giudizio che riduce i movimenti dell'organizzazione decentrata della società – che evolvono per coordinazione spontanea tra individui e con la mediazione delle loro formazioni sociali – ad un disordine senza valore: perché figlio della cieca casualità o comunque privo dell'intenzionalità che distingue l'ordine dall'altrimenti caotica disposizione dei suoi elementi. Conclusioni contro le quali l'autonomia evidenzia che la variabilità degli affari umani non è da intendersi come contingenza, ma come dinamica ingenerata e controllata dall'esercizio delle libertà individuali. Un ordine imperfetto, come lo sono tutte le realizzazioni umane, ma pregno di valore personalistico. Lo stigma che, con il segno del *caos*, segna la nascita, l'evoluzione e il deperimento di regolarità comportamentali non positivistiche è, detto altrimenti, conseguenza dell'ignoranza dell'autorità del fatto empirico dell'auto-organizzazione o, peggio, della volontà di esorcizzarne la matrice liberatoria. Valore conferitogli dalla forza oppositiva che gli ordini sociali spontanei mettono in campo contro l'esistenza e la difesa autoritaria «*di un ordine [della convivenza] che [pretende] d'essere riconosciuto come valido e, quindi*» d'essere coercitivamente tutelato come il solo universalmente possibile. H. KELSEN, *La democrazia*, Il Mulino, Bologna, 2010, 262, nt. 1. La filosofia politica di un ordine della convivenza che, sconfitto ogni assoluto, può essere solo civile, porta così alla luce argomenti profondi che, proprio per questa loro natura, restano silenti tra le pagine di una scienza giuridica che, per diversi motivi, partecipa alla tradizione della separatezza disciplinare. F. STELLA, *Giustizia e modernità*, Giuffrè, Milano, 2001, 45. D'altra parte, il riposizionamento di quest'ultima come contributo specialistico alla risoluzione di problemi sociali conferisce storicità ed effettività a quegli argomenti. In prospettiva diacronica, cfr. P. COSTA, voce *Diritti fondamentali (storia)*, *Enc. dir.*, Annali, vol. II, 2007, 365 ss.; spec. 379 ss. D. PULITANÒ, *Diritti umani e diritto penale*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1613 ss.

¹¹ Esempio in proposito l'impianto della riforma della legittima difesa, caratterizzato sia dalla volontà di abbattere ogni limite all'esplicarsi della violenza difensiva, sia dall'intenzione di neutralizzare

1.1 - Attraverso il prisma dell'idea dello scopo

Queste osservazioni generali vanno ora registrate e filtrate attraverso il prisma dell'idea dello scopo, quale criterio identificativo del minimo nucleo normativo del diritto penale posto dalla società statale¹². Paradigma che, detto altrimenti, considera l'equilibrio dei reciproci condizionamenti tra idoneità del mezzo e necessità del fine il banco di prova della giustificazione razionale del diritto penale positivo¹³. Una dinamica fondamentale, quanto complessa, risultando dall'intreccio tra la specificità dei problemi suscitati dall'oggettiva aggressività del mezzo penalistico e gli altrettanto specifici temi posti dal dissenso rispetto alla decisione sui fini che, prevalendo su altri, orientano la scelta delle modalità attuative dello scopo. Complessità foriera d'inevitabili esiti relativistici, la cui accettabilità, nella prospettiva dell'ordinamento penale di una società liberale, risulta sottoposta all'esito positivo di un ulteriore vaglio, da svolgersi in termini empirici ed assiologici¹⁴. Nessun impiego della coercizione può dirsi infatti legittimo se la sua necessità può essere difesa solo controfattualmente: come nessun fine può giustificare l'applicazione non parsimoniosa della pena stabilita per necessaria difesa dei beni giuridici. Con il risultato che anche una coercizione penale contenuta (*id est*: una penalità individualmente garantita) può dirsi de-legittimata, in quanto illiberale, se si dimostra comunque inidonea ad apportare un effettivo contributo al miglioramento dell'ordine, altrimenti spontaneo, della società¹⁵. Massima opposta alla regola che ispira ogni riduzione del sistema penale a *prima ratio* della tutela sociale. Esperienza che pur non rifiutando, almeno a parole, l'invito alla convivenza formale con motivi garantistici, di certo avversa, sul piano sostanziale, ogni limitazione liberale, nel senso appena chiarito,

il controllo giurisdizionale sull'esercizio di tale diritto 'naturale'. Variamente, D. PULITANÒ, *Legittima difesa. Ragioni della necessità e necessità della ragionevolezza, Diritto penale contemporaneo*, 21 maggio 2019, 206; F. CONSULICH, *La legittima difesa tra ascesa della forza privata e declino del potere pubblico, disCrimen*, 11 novembre 2019.

¹² È «chiaro che il più elementare rapporto fondamentale di qualsiasi ordinamento giuridico è quello tra fine e mezzo». W. BENJAMIN, *Per una critica della violenza*, Alegre, Roma, 2010, 57. T. VORMBAUM, *Saggi di storia del diritto penale moderno*, Esi, Napoli, 2018, 39. «Dopo la secolarizzazione il cielo è vuoto, la ricerca di un surrogato ha condotto i pensatori illuministici ad intronizzare l'idea dello scopo».

¹³ F. von LISZT, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1962, 46.

¹⁴ M. WEBER, *Politeismo dei valori*, Morcelliana, Brescia, 2010, 95. In una convivenza civile che ha ripudiato ogni vincolo superiore e diverso dal relativistico consenso intersoggettivo sui fini, la critica empirica dell'evitabilità o meno della coercizione penalistica è l'unica possibile. Osservazione che conferisce alla positività costituzionale dei valori personalistici, che sono stati acconsentiti quali criteri ordinativi fondamentali per ogni futura organizzazione sociale, un significato decisivo per le sorti del garantismo penale. A. NISCO, *Neokatismo e scienza del diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2019, spec. 214 ss.

¹⁵ M. DONINI, *Populismo e ragione pubblica*, Mucchi, Modena, 2019, 8.

della potestà punitiva¹⁶. L'esito può dirsi così chiaro: patrocinare le fortune di un diritto penale che vede inquinate le proprie garanzie oggettive in nome del valore soggettivo delle finalità che si intendono perseguire. Un passo oltre e si spalanca il baratro di matrice totalitaria che giustifica ogni mezzo in nome della supremazia del fine.

Un garantismo illiberale che, nonostante le già ampie concessioni anti-individualistiche che rilascia alla politica-criminale, non soddisfa appieno la ragione populistica, la quale, dinanzi ad una necessità di pena incondizionata e del tutto soggettivizzata – in quanto chiusa ad ogni critica empirica, soprattutto sulla necessità finalistica perseguita – rifiuta ogni minimalismo. Il verbo populistico mira, infatti, a risultati decisamente più ambiziosi: niente di meno dell'instaurazione, quale nuovo fondamento della potestà punitiva, di una logica collettiva, tanto astratta quanto olistica, che aspira alla compattezza della coercizione penale quale incondizionato strumento di socializzazione individuale e di promozione sociale¹⁷.

1.2 - Uno sguardo all'attualità (ed oltre). I trionfi dell'idea punitiva

Di questo assolutismo penale fornisce prova inconfutabile la decretata sospensione *sine die* dell'istituto della prescrizione (art. 3, comma 1 lett. c) l. n. 3/2019). Riforma giustificata dal disordine sociale che, si dice, sarebbe innescato da ogni tentativo

¹⁶ M. DONINI, *Perché il garantismo non rende liberali la pena e il "diritto" penale, ma solo legittimi. Riflessioni a margine del manifesto del diritto penale liberale dell'Unione delle Camere Penali Italiane, disCrimen*, 24 maggio 2019.

¹⁷ In senso contrario non possono citarsi i massicci investimenti in misure assistenziali che pur caratterizzano l'attuale onda politica. L. VIOLANTE, *L'infuosto riemergere del tipo d'autore, Questione giustizia*, 2019, n. 1, 101 ss.; spec. 103. Si tratta infatti di beneficienze concesse solo a chi è giudicato già socializzato (per appartenenza di classe o rappresentazione politica). Si è dunque molto lontani dalle coordinate affrancatorie all'interno delle quali, ancora in un recente passato, sono stati discussi, in termini di alternative, i nessi tra *welfare state*, quale ambiente di socializzazione primaria, e politica-penale, quale vettore delle sole istanze di difesa coercitiva della società che non possono essere altrimenti soddisfatte. Da ultimo, D. PULITANÒ, *Welfare e diritto penale. Divagazioni su di un tema di Garland*, in questa Rivista, 2016, 77 ss. Neppure può valere, per criticare la diagnosi, il fatto che il diritto penale, trasformato in strumento di vendetta sociale, sembra avere gli occhi puntati sul solo passato. L'abbattimento del nemico, che tale si è dimostrato partecipando fino a ieri ad un sistema di ingiustizie sociali, deve essere anche letto come primo passo verso l'ordine nuovo. Rimossi gli ostacoli al fluire dell'azione degli uomini nuovi tutto il meglio vedrà finalmente la luce. L. VIOLANTE, *L'infuosto riemergere*, cit., 102. M. DONINI, *Populismo penale e ruolo del giurista, Scritti in onore di Gaetano Insolera*, 2020, in corso di pubblicazione, 21 (del dattiloscritto). Qui la precisazione che «*la fede nel diritto penale come religione di massa*» è una dottrina che conosce molti praticanti, ulteriori a populistici e sovranisti.

incompiuto di corrispondere ai bisogni della società-vittima, rappresentando, tale lacuna, un'inammissibile concessione, da parte del potere statale, all'ostilità che pochi hanno manifestato contro molti.

Imprescrittibilità della pretesa punitiva che la politica alla fine è riuscita ad affermare, sostenendola contro i generali limiti di natura, qual è l'oblio sociale che l'inesorabile decorrere del tempo stende su grandissima parte delle vicende umane; a discapito della gerarchia assiologica scolpita dalla Costituzione, che decreta, prima del diritto alla ragionevole durata del processo (art. 111 Cost.), l'inviolabilità della libertà personale (art. 13 Cost.). Principio di «*immensa portata*», anche perché il suo valore non si esaurisce sul piano strettamente individuale. L'immunità della libertà personale da limitazioni arbitrarie, che la Costituzione intende promuovere dichiarando inviolabile l'autonomia personale, è infatti un interesse dotato di un rilievo sociale non meno essenziale, identificando niente di meno del nucleo di ogni ordinamento della convivenza in senso democratico¹⁸.

Ciò è quanto può dirsi travolto dalla riforma del 2019, che consegna alla volontà della macchina processuale la libertà personale di chi si trova coinvolto nella sua dinamica, lasciandolo così esposto, senza rimedi, tanto all'arbitrio di chi voglia prolungare il tempo della 'sottomissione' individuale alla coercizione informale del processo come pena, quanto alle forze inerziali che albergano nella burocrazia dell'organizzazione giudiziaria. Annotazioni che valgono ad appuntare il trionfo di elementi che sigillano una

¹⁸ F. STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., 56 ss.; 194 ss.; 414 ss. La duplice natura dell'autonomia individuale – quale limite all'esercizio di poteri di autorità sull'individuo e quale oggetto di promozione per finalità collettive, in quanto formante dei processi evolutivi di una società democratica – offre l'occasione per evidenziare la dimensione sociale propria del discorso garantistico: fermo nella difesa statica del singolo individuo contro l'arbitrio, ma altresì votato al sostegno di un modello sociale la cui dinamica beneficia dei risultati delle sperimentazioni dell'autonomia individuale. Scopo in vista del quale, oggi sotto gli auspici della teoria del bene giuridico e del principio di offensività, il garantismo declina il proprio compito limitativo, sottraendo spazi alla coercizione non necessaria, mentre gli altri presidi, a valle, obbligano la potestà punitiva al rispetto di date condizioni; in primo luogo, quelle dettate dal principio di legalità formale. F. GIUNTA, *Ghiribizzi penalistici per colpevoli*, Ets, Pisa, 2019, spec. 61 ss. I dubbi sulla tenuta del *nullum crimen sine iniuria* – sospetti che derivano dalla stretta dipendenza dei suoi contenuti dalla volontà d'organizzazione politica che dovrebbe essere oggetto delle sue limitazioni – consigliano di allargare lo spettro della ricerca delle tutele necessarie affinché il legislatore storico non sia libero di riempire a suo personale, e pressoché esclusivo, giudizio le forme tipiche del garantismo individuale, compromettendone così la co-essenziale funzione di assicurazione della dinamica sociale contro la deprimente funzione organizzativa dell'iper-criminalizzazione. Nella prospettiva qui di interesse, su taluni limiti del principio di offensività, F. VIGANÒ, F. PALAZZO / F. VIGANÒ, *Diritto penale*, cit., 31 ss. Al momento può essere solo accennata la diversa accezione di «*garantismo sociale*» utilizzata da Luigi Ferrajoli per denotare il necessario massimalismo dell'intervento non coercitivo dello stato sociale. L. FERRAJOLI, *Che cos'è il garantismo*, in questa *Rivista*, 2014, 129 ss.

visione penalistica «*della democrazia, che [nell'opinione di cittadini ed élites,] assegna alla giustizia penale una funzione suprema di controllo dell'intero spazio civile*»¹⁹.

Lo specifico contesto settoriale in cui è maturata questa radicale riforma non può far velo né alla portata sistemica della novità, che interessa ogni reato, né all'aspirazione fondazionale che ha mosso la mano del legislatore. La qualità della legge 3/2019 è ben sintetizzata dal messaggio veicolato dalla minacciosa etichetta («*spazzacorrotti*») con la quale la novella in commento è stata consegnata alla cronaca e da questa al pubblico²⁰: così indotto a familiarizzare con l'idea che una politica criminale adeguata a programmi di cambiamento risponde, in prima istanza, alla sola necessità di rimuovere ciò che ne ostacola realizzazione²¹. Scopo di fronte al quale nessun singolo ha più diritti di quelli giudicati compatibili con l'attuazione della suprema legge costituente della *salus populi*²²;

¹⁹ A. BARBANO, *La condanna degli innocenti*, *Il Foglio*, 3 febbraio 2019. Conseguente è la messa in opera di strumenti di controllo totale dell'agire individuale dei sospetti, ma anche di chi con questi intrattiene rapporti. Relazioni che secondo una logica sbrigativa e popolare («*chi va con lo zoppo...*») dimostrano che si tratta di soggetti egualmente equivoci che però, fino al momento dell'attivazione del «*cavallo di Troia*», l'avevano fatta franca senza motivo. V. MANES, *I trojan, un cortocircuito del diritto*, *Il Foglio*, 12 giugno 2019.

²⁰ D. PULITANÒ, *Tempeste sul penale. Spazzacorrotti ed altro*, *Diritto penale contemporaneo*, 26 marzo 2019.

²¹ È di questi giorni la notizia della pubblicazione di un decreto legge (16 luglio 2020, n. 76) di riforma dell'art. 323 c.p. G. L. GATTA, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura': il decreto-semplificazioni e la riforma con parziale abolizione dell'abuso d'ufficio, approvata dal Governo 'salvo intese' (e la riserva di legge?)*, *Sistema penale*, 17 luglio 2020. Iniziativa che realizza un significativo alleggerimento della densità del controllo penale sulla prassi politico-amministrativa. Ai fini di questo studio preme solo sottolineare che il contesto emergenziale in cui è maturata la decisione governativa non consente di escludere che si tratti dell'eccezione che conferma la regola del massimalismo penalistico. V. però T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, n. 7-8, 1 ss.

²² Questo nodo merita d'essere più distesamente sciolto. Qui è però possibile solo un'annotazione del tutto preliminare. Il diritto penale come scienza dei limiti – dei *Bolwerke* di lisztiana memoria – è cosa diversa dal diritto penale quale custode delle garanzie. La nozione di limite appartiene infatti alla natura stessa del potere. «*La violenza lasciata a sé stessa finisce per far scomparire ogni potere*». H. ARENDT, *Sulla violenza*, Guanda, Parma, 1996, 61. Assicurare il rispetto dei limiti non identifica, dunque, un impegno a favore della limitazione del potere. Non è infatti escluso, in forza di quelle premesse, che l'esito di tale operazione sia quello di rendere il potere più funzionale e più stabilizzato, mentre il cittadino è lasciato complessivamente meno protetto di fronte alla volontà di quella forza direttrice. Diverse, e non solo sul piano terminologico, le implicazioni se la tutela si deve invece alla necessaria effettività di garanzie contro l'arbitrio punitivo statutale. A venire così in rilievo è, infatti, un compito più disteso della salvaguardia dei soli argini contenitivi del comando. L'alternativa implica infatti la messa in discussione della «*grande quantità di opportunità (di affrancamento, di repressione e di organizzazione) accumulate*» nell'ormai lunga prassi del diritto penale funzionale a scopi sociali e la contestuale liberazione delle forze che risiedono nell'ordinamento democratico. W. NAUCKE, *I confini del diritto penale. Un abbozzo in sette tesi*, (a cura di) G. Palombarini / G. Borré, *Il sistema sanzionatorio penale e le alternative di tutela*, Franco Angeli, Milano, 1998, 104. V. anche F. BRICOLA, voce *Teoria*

scopo di fronte al quale cadono colletti-bianchi e *outsiders* sociali²³: entrambi appartenenti a classi che, sebbene con ragioni diversissime, sono giudicate egualmente ostili alla funzionalità di un ordine sociale sul cui funzionamento la società punitiva rivendica il proprio esclusivo protettorato teleologico. Il tutto sul presupposto che non c'è ordine senza legge, perché nessuno può dirsi innocente dinanzi al potere costituente fino a quando tale *status* non risulti positivamente vagliato dall'autorità che interpreta la *vox populi*²⁴. Fuori dalla sfera del riconosciuto civismo c'è dunque solo spazio per la necessaria organizzazione di un «*popolo* [di sospetti] *pregiudicati*». Non diversamente da quanto poteva dire, nel 1936, un commentatore del «*Das Strafrecht des Deutschen Volkes*»²⁵.

Di fronte a questa macroscopica torsione funzionalistica del codice genetico del diritto penale, sarebbe però riduttivo arrestare la ricerca delle cause nella contingenza politica. Le correnti forzature sono state infatti preparate, quando non addirittura anticipate, da un dispositivo espansivo già florido e distesamente operativo nell'ordinario, oltre che nell'emergenza²⁶, ben prima, ad esempio, dell'avvio della XVIII legislatura²⁷.

La limitazione della potestà punitiva per ragioni di garanzia individuale non è infatti solo la *bête noir* d'ogni giustizia amministrata dalle Erinni. Suscita, infatti, analoghi sentimenti d'avversione, o comunque di sospetto, anche all'interno di quella ben più risalente e strutturale tradizione positivista che consegna alla sovranità statale

generale del reato, N.mo Dig. it., vol. XIX, Utet, Torino, 1973, 3 ss. In questo senso sembra potersi dire che ogni garanzia sostanziale apposta alla potestà punitiva è liberale; mentre non lo sono necessariamente i limiti formali associati al suo funzionamento. Cfr. A. MARGALIT, *Sporchi compromessi*, Il Mulino, Bologna, 2011, 131 s.

²³ M. DONINI, *Il diritto penale come etica pubblica*, Mucchi, Modena, 2014. La (non lieve) differenza tra tali categorie di autori si colloca a valle delle scelte di criminalizzazione e dell'attivazione dell'azione penale, come dimostra la composizione della popolazione carceraria. Verità che apre un ulteriore fronte di urgente impegno per i fautori del garantismo sociale. Qui è sufficiente rinviare a E. DOLCINI, *La pena ai tempi del diritto penale illiberale, Diritto penale contemporaneo*, 22 maggio 2019, il quale, a proposito dei più recenti interventi di riforma del sistema delle pene, parla «*di una sorta di museo degli orrori della politica sanzionatoria penale*».

²⁴ G. MARRA, *I fondamenti liberali del diritto di punire, oggi: tra norma e società, Ind. pen.*, 2019, n. 3, 631 ss.; § 5.3. Per una cronaca di quanto va analogamente emergendo negli USA, cfr. M. FERRARESI, *La grande guerra alla presunzione di innocenza, Il Foglio*, 1 settembre 2019. Più in generale, v. invece F. SGUBBI, *Il diritto penale totale*, cit., 70 ss.

²⁵ W. NAUCKE, *I confini del diritto penale*, cit., 97.

²⁶ M. DONINI, *Mafia e terrorismo come "parte generale" del diritto penale. Il problema della normalizzazione del diritto di eccezione, tra identità costituzionale e riserva di codice, disCrimen*, 30 maggio 2019, 1 ss.

²⁷ G. FIANDACA, *Populismo penale e populismo giudiziario*, in questa *Rivista*, 2013, 22 ss. E. MUSCO, *L'illusione penalistica*, Giuffrè, Milano, 2004.

il monopolio della tutela penale²⁸. Ordine e disordine, al pari della dicotomia tra la sicurezza e il suo contrario, si riducono così a grandezze in balia del solo «*normativismo integrale*»²⁹. Il tutto nonostante l'avvento della Costituzione, la cui vigenza non ha però impedito di ritenere legittimo «*tutto quello che è uscito dal Parlamento [...] e anche dalla concretizzazione giudiziaria [...] a parte puntiformi declaratorie di illegittimità*»³⁰. Risultato reso possibile anche in ragione della trasformazione del suo impianto da quello tipico di un testo di legge – rigido – a quello, del tutto diverso, di una fluida Costituzione-fonte-di-valori: custode, cioè, di una normatività corrispondente a quanto i suoi interpreti, frugando nel non detto dall'eticità presupposta alle parole oracolari dei padri costituenti, ritengono di poter ascrivere al rango di valore meritevole *hinc et nunc* della doverosa protezione della legge penale³¹.

1.3 - Per un diritto penale non ablativo delle libertà che vivono nell'autonomia sociale. Lineamenti dell'indagine

Di fronte alla realtà di una giustizia penale illimitata, ogni progetto di riscatto del modello garantistico del diritto penale dello stato-di-diritto richiede qualcosa di più – e di più profondo – della semplice invocazione della necessaria restaurazione dei presidi di garanzia travolti dalla moderna politica-criminale³². Limitarsi a ciò sarebbe come voler rafforzare i nodi della rete che si pensa di impiegare per trattenere l'acqua di un fiume in piena³³. Per restare alla metafora, ciò che appare invece necessario è

²⁸ T. VORMBAUM, *Politische Strafrecht, ZStW*, 1995, 750 ss. M. VOGLIOTTI, voce *Legalità*, *Enc. dir., Annali*, vol. VI, 2013, 371 ss.; spec. 376 ss. Per la persistente validità dell'ispirazione illuministica del diritto di punire cfr. G. COCCO, *L'eredità illuministico-liberale: principi forti per affrontare le sfide contemporanee*, (a cura di) G. Cocco, *Per un manifesto del neoilluminismo penale*, Cedam, Padova, 2016, 1 ss.

²⁹ M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Giuffrè, Milano, 2004, 281 ss.

³⁰ M. DONINI, *Garantismo penale oggi*, cit., 23 s.

³¹ M. DONINI, *Populismo e ragione pubblica*, cit., § 9. V. anche E. AMATI, *Insorgenze populiste*, cit., 22 ss.; F. SGUBBI, *Il diritto penale totale*, cit., 5. Per un aggiornato quadro del problema posto dai doveri di tutela penale si veda C. PAONESSA, *Obblighi di tutela penale*, Ets, Pisa, 2009.

³² «*Tutti gli stati di diritto possono essere sempre e soltanto stati eccezionali, essendo parziali restrizioni della peculiare volontà di vivere che ha di mira la potenza*». F. NIETZSCHE, *Genealogia della morale*, Adelphi, Milano, 1989, 65.

³³ «*I principi del garantismo convivono da decenni con varie migliaia di incriminazioni*» e con la prassi di aumenti esponenziali delle cornici di pena. Poiché «*la scienza penale, salvo ben poche ed individuate eccezioni, non ha mai inteso delegittimare il 90% del diritto penale vigente come costituzionalmente invalido, ciò significa che quei principi sono di fatto piuttosto addomesticati*». M. DONINI, *Perché il garantismo non rende liberali*, cit., 2 s.

l'approntamento di selettivi filtri 'a monte' – qual è il principio assiologico di una Costituzione realmente scettica sull'uso della forza penalistica come strumento di programmazione dell'ordine sociale delle azioni individuali³⁴ – accompagnati dalla progettazione, a valle, di nuovi bacini di 'decantazione' sistematica della coercizione che, in quanto strettamente necessaria, ha superato il setaccio iniziale³⁵. Disegno che, lo si anticipa, per essere effettivo dovrà porsi in linea di assoluta continuità con la legittimazione anti-autoritaria del diritto di punire³⁶.

Operazione svolgibile, in prima istanza, nel segno dell'autonoma valenza normativa del predicato di inviolabilità che, contro l'arbitrio della volontà legale, assiste la consacrazione costituzionale della libertà personale (art. 13 Cost.): in aderenza con l'affermazione del doveroso riconoscimento, da parte della Repubblica, dei diritti fondamentali che nascono nella dinamica pluralistica dell'autonomia sociale (art. 2 Cost.). Annotazioni che non valgono più solo come richiami a nobili ideali, come se si trattasse di «*valori [...] da difendere fino al sacrificio estremo*»³⁷. Si riferiscono, infatti, a criteri di giudizio dotati di specifica caratura positiva, per di più assistita da una validità superiore alla disponibilità del contingente legislatore; capaci, pertanto, di frenare gli impeti iper-criminalizzanti trasfusi dall'intenzione maggioritaria di questo nella riforma della legislazione penale³⁸. In questo senso, codificano un potere di sindacato sulla sovranità che si esercita per mandato dell'atomistica libertà individuale (art. 13

³⁴ W. NAUCKE, *Negatives Strafrecht*, Lit, Berlin, 2015. Già netto è il contributo in tale senso offerto della Corte costituzionale. Dopo gli omaggi non sempre sinceri tributati in passato alla prevenzione speciale (Corte cost. n. 313/ 1990) il giudice delle leggi, di fronte alla volontà punitiva illimitata del populismo penale, è tornato ad applicare quel principio con tutto il necessario rigore. Corte cost. n. 188/2019. Cfr. L. MONACO / C.E. PALIERO, *Variazioni in tema di «crisi della sanzione»: la diaspora dei sistemi commisurativi*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 422 ss.

³⁵ In questa prospettiva, per limitarsi ad un esempio, la categoria dell'adeguatezza sociale non sembra di per sé un utile strumento di lavoro. La sua apertura agli ordini spontanei, oltre a non escludere la rilevanza immunitaria anche di manifestazioni arbitrarie del loro funzionamento (*non vivere sed navigare necesse est*), neppure si sottrae ad accogliere a-criticamente le domande di pena formulate dalle immediate passioni della società punitiva. U. KINDHÄUSER, *Straf-recht und ultima-ratio-Prinzip*, *ZStW*, 2017, 382 ss; spec. 387 ss.

³⁶ Necessità particolarmente acuta nel settore della responsabilità colposa. F. GIUNTA, *Culpa, culpa, disCrimen*, 4 giugno 2019.

³⁷ N. IRTI, *Destino di Nomos*, M. CACCIARI / N. IRTI, *Elogio del diritto*, La Nave di Teseo, Milano, 26.

³⁸ Detto altrimenti sono espressioni di un diritto che esiste prima dello Stato ed è indipendente da esso, in contrapposizione al diritto statale, che è invece «*diritto al servizio di, orientato allo scopo, mediatore, [...] la cui finalizzazione [...] risiede nella [...] accettazione del mondo empirico come campo d'azione*». Distinzione sulla quale scorre la dicotomia tra diritto penale, caratterizzato da componenti di «*diritto originario*» e diritto amministrativo/di polizia. C. SCHMITT, *Il valore dello Stato e il significato dell'individuo*, Il Mulino, Bologna, 2013, 74.

Cost.)³⁹ e di quel suo rafforzamento rappresentato dall'autonomia della persona che vive nel pluralismo sociale (art. 2 Cost.)⁴⁰. Valore che, per sua natura, sostiene il ritirarsi della coercizione penale da compiti di organizzazione gerarchica dell'altrimenti spontanea dinamica sociale; non quale ossequio a pretese minimalistiche avanzate da un «*insalubre individualismo atomistico*», ma sul ben diverso presupposto che è proprio «*l'uomo come essere sociale [ad avere] il minimo bisogno di ricorrere al potere pubblico proprio perché produce cooperazione volontaria*».⁴¹ Argomento empirico che fornisce un sicuro indirizzo all'eventuale volontà di interrompere la spirale del massimalismo penalistico e all'intenzione di asciugare la massa di coercizione penale già presente nel sistema, drenandola con interventi di de-criminalizzazione delle tante incriminazioni che, insensibili a quel presupposto, risultano eccessive, inutili, oltre che dannose⁴².

Quanto si cercherà di argomentare nelle pagine seguenti, cercandone le tracce già disperse nell'ordinamento vigente, è l'idea che, conservato il presidio penalistico a garanzia delle condizioni necessarie a prevenire fughe centrifughe nella dinamica plurale degli interessi e delle diversità, la rinuncia alla tutela penale, che presidia la compattezza teleologica dell'ordine positivistico del reale, non è un salto nel vuoto dello stato di natura dominato dalla legge del più forte, ma la prima condizione che consente

³⁹ F. GIUNTA, *Ghiribizzi*, cit., 23; W. NAUCKE, *Der Begriffe der politischen Wirtschaftsstrafrecht*, Lit, Berlin, 4. Nonostante un certo impegno profuso dalla Corte Costituzionale per circoscrivere i teleologismi ammessi, alcuni commentatori evidenziano la loro sovrapposizione ai fini della giustizia penale. Rilievo che vale quale segno della permanente porosità rispetto alla necessità politico-criminale della tutela costituzionale della libertà come diritto soggettivo perfetto, dunque valido *erga omnes* (Corte cost. n. 11/1956). R. D'ALESSIO, *Articolo 13*, (a cura di) S. Bartole / R. Bin, *Commentario breve alla Costituzione*, Cedam, Padova, 2008, II ed., 103. Argomento che si salda, per inciso, con le profonde incertezze che segnano il dibattito sulla finalità della pena. Con il risultato di rendere quel relativismo ancora più lasco.

⁴⁰ Corte cost. n. 242/2019. V. anche F. BRICOLA, *Carattere «sussidiario» del diritto penale e oggetto della tutela*, Id., *Politica criminale e scienza del diritto penale*, Il Mulino, Bologna, 1997, 213; 216 s.; 219. A. BARBANO / V. MANES, *Giudici che decidono sul fine vita*, *Il Foglio*, 21 ottobre 2019. «Se l'ordinamento può ritirarsi [...] dallo spazio pubblico senza che questo diventi una giungla abitata da soggettivismi in conflitto» è perché quello spazio è coordinato dalla vita spontanea dei principi di «*difesa della vita e della dignità della persona*», dal valore del rispetto «*della libertà individuale*» e «*dallo spirito di solidarietà*».

⁴¹ A. De JASAY, *Before Resorting to Politics*, (eds) C.K. Rowley, *The Political Economy of Minimal State*, Elgar, Cheltenham, 1996, 55. Principio traducibile osservando che non è vero che il diritto penale sa sempre da sé «*ciò che è vero e ciò che è falso, quanto può dirsi [socialmente] adeguato, ciò che è plausibile, quanto deve essere tollerato e ciò che invece deve essere sanzionato*». W. HASSEMER, *Die Basis des Wirtschaftsstrafrecht*, Wistra, 2009, 171. Corte cost. n. 312/1996.

⁴² G. FORTI, *Introduzione. Una attesa di luce dalla carità*, (a cura di) G. Forti, *Le regole e la vita*, Vita e Pensiero, Milano, 2020, 12 ss.; spec. 21 ss.

all'ordine sociale spontaneo di ri-espandersi a beneficio della «*sue interne differenziazioni*, [della] *sua intrinseca complessità, traducentesi sempre in autentica ricchezza*», individuale e collettiva⁴³.

⁴³ P. GROSSI, *Introduzione al Novecento giuridico*, Laterza, Roma-Bari, 2012, 95 ss. F. STELLA, *Giustizia e modernità*, cit. Occorre, però, avere sensibilità per il fatto che quando ad essere bandito penalmente è solo il dare inizio alla violenza o il fatto di imporre scambi comunque non assentiti, i benefici sociali ed individuali di un ordine decentrato non sono necessariamente buoni, né soddisfano il giudizio morale della maggioranza. Quel principio regolativo afferma che sono da tollerare anche meretricio, favoreggiatori della prostituzione, commercianti di sostanze stupefacenti, presta-denari, mediatori, speculatori ecc. Ciascuno si limita infatti a scambiare volontariamente con altri beni e prestazioni, con un'operazione che consente ad entrambe le parti di ottenere un beneficio che non avrebbero potuto ottenere in un regime di divieto. W. BLOCK, *Difendere l'indifendibile*, Liberilibri, Macerata, 2015, 10 ss. Un realismo utilitaristico che, osservato nella sua completezza, ha indotto mitigazioni anche nell'originario pensiero dell'autore. Si tratta, comunque, di un paradigma decisamente rifiutato da Corte cost. n. 141/2019, che, sul presupposto del rilievo costituzionale della 'dignità obbiettiva' – che vieta ogni mercimonio dell'intimità umana – ha giudicato conformi a Costituzione, sotto il profilo dell'astratta offensività delle fattispecie scrutinate, certi aspetti del controllo penale della prostituzione (art. 2, comma 1 nr.i 4) e 8) L. n. 75/1958). Risulta, pertanto, sconfessata la lettura del giudice remittente che dubitava della compatibilità di quelle tipologie delittuose con il principio di offensività, ascrivendo l'offerta non disinteressata della propria sessualità nell'area della attività economica tutelata dall'art. 41 Cost., facendo da ciò derivare l'impunità per le condotte necessarie all'esercizio di tale diritto. Nondimeno, anche il giudice delle leggi, osservando l'empiria dell'(auto)organizzazione dei legami sociali, non ha potuto fare a meno di aprire la propria argomentazione a considerazioni realistiche, che hanno relativizzato le conclusioni imposte da un confronto dialettico, tutto interno ad un orizzonte normativo, tra la componente individualistica e l'anima solidale dell'art. 2 Cost., dominata la prima da quest'ultima. La Corte ha, infatti, sostenuto la necessità di una verifica in concreto dell'offensività delle singole vicende portate al banco del giudice. Così facendo, ha finito per ammettere, in ultima analisi, che quell'ordinamento decentrato che è il 'libero mercato' della sessualità, quando è davvero tale, deve restare sottratto alla presa del più arcigno tra gli strumenti a disposizione dell'ordine gerarchico. Non si tratta, però, in alcun modo di una concessione – e tantomeno di una difesa – rilasciata alle tesi propugnate dal più spinto libertarismo. È vero che si tratta 'solo' della dimostrazione della valenza costituzionale che, per il tramite della vocazione anti-potestativa del principio di offensività, riveste ciò che è proprio dell'organizzazione sociale e, dunque, pre-esiste alla *ratio legis*. Funzione che al principio in parola è conferita dalle componenti 'recettive' che lo connotano. Caratteristica che, per quanto qui interessa, risulta allineata al dovere di riconoscimento, da parte della Repubblica, della dinamica spontanea dei diritti fondamentali di cui all'art. 2 Cost. Convergenza rappresentativa, al più alto livello normativo, di un legislatore poco paternalistico ma significativamente liberale. Come dimostrano anche le puntuali osservazioni che, in una prospettiva più generale, evidenziano e sviluppano le negative correlazioni esistenti tra l'oblio che, nella modernità penalistica, copre l'esperienza degli ordini sociali spontanei e l'espandersi di una coercizione saturativa delle dinamiche dell'organizzazione sociale in ogni loro aspetto. F. SGUBBI, *Il diritto penale totale*, cit., spec. 36 s.; 47; 77 ss. Argomento di rilievo anche comparatistico. E. LUNA, *The Overcriminalization Phenomenon*, *American University Law Review*, vol. 54, fasc. 3, 2005, 703 ss. Tra i risultati di una simile chiusura spicca la curvatura in senso moralistico della legislazione e del diritto penale in azione. F. GIUNTA, *Le prostituzioni: tra fatto e diritto*, *Giustizia penale*, 2013, II, 474 ss.; spec. 477.

2. Il credo moderno della legge (anche) penale: tra volontà politica e difesa contro i nemici sociali

Una descrizione delle forze in campo, che non escluda di prendere in esame anche la composizione delle retrovie, è un primo passo nella giusta direzione.

Da tempo «*la penalità è da cima a fondo, politica*»⁴⁴. Lo è diventata almeno da quando è stata ‘ufficialmente’ liberata dalle «*leggi degli antichi nostri padri*»⁴⁵, da trascendenze varie, oltre che dai vincoli di valore dedotti da regolarità naturali. Abbattuto altresì ogni particolarismo, la decisione sul punire risiede ormai solo nella sovranità (del popolo, di un monarca ecc.): potere perpetuo e senza concorrenti – né sopra, né sotto, né accanto⁴⁶ – che, per conservare la pace interna contro l’insicurezza in cui vivono gli uomini «*senza un potere comune che [altrimenti] li tenga tutti in soggezione*»⁴⁷, si erge a «*legge [per] se stesso*»⁴⁸.

Lo Stato diviene così monopolista della «*violenza legittima*» volta a garantire progetti «*di normalità da cui l’eccezione è bandita*»⁴⁹. Solo rispondendo a tale scopo la legislazione sfugge al giudizio di arbitrarietà. Nel dominio della volontà politica, che si instaura con la fine della «*dignità sovra-empirica del diritto*»⁵⁰, la legge penale legittima è, infatti, solo quella promulgata ed applicata allo scopo – soggettivo⁵¹ – di contrastare l’insicurezza propria dell’«*accidentalità dei fatti*» e «*degli affari umani*»⁵²: per evitare, detto altrimenti, che la società paghi «*il prezzo della libertà*» dei suoi membri⁵³. Motivo anche paternalistico che, da un lato, giustifica la normalizzazione dell’intervento gerarchico dell’autorità, mentre dall’altro rende eccezionale, se non

⁴⁴ M. FOUCAULT, *Teoria ed istituzioni penali*, Feltrinelli, Milano, 2019, 208.

⁴⁵ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Feltrinelli, Milano, 1996, § IV.

⁴⁶ M. FOUCAULT, *Teoria ed istituzioni penali*, cit., 208 s. Ciò che «*il crimine è supposto prendere di mira non è [solo] il potere*», secondo la persistente logica del «*crimen maiestatis*», bensì «*la natura, la morale, la legge naturale e l’interesse generale*» in quanto domini del potere politico-statuale sulla società.

⁴⁷ T. HOBBS, *Leviatano*, Laterza, Roma-Bari, 2008, 101.

⁴⁸ C. GALLI, *Sovranità*, Il Mulino, Bologna, 2019, 11.

⁴⁹ C. GALLI, *Sovranità*, cit., 69 s.

⁵⁰ M. WEBER, *Economia e società. Vol. III, Sociologia del diritto*, Edizioni Comunità, Milano, 1995, 184.

⁵¹ «*Il concetto di necessità*» del mezzo «*è un concetto tutto subbiiettivo, relativo allo scopo che si vuole raggiungere*». P. BALLADORE-PALLIERI, *Diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1970, 168. Matrice di fondo anche dello *Zweckgedanke im Strafrecht* quale vaso comunicante tra il volontarismo dell’azione politico-criminale e l’intervento della legislazione. Anche per la scienza penale solo la «*volontà è [infatti] libertà*». Cfr. A. KOCH, *Der unbekannte Franz von Liszt (02.03.1851 – 21.06.1919). Schlaglichter auf das Spätwerke anlässlich des 100. Todestages*, ZStW, 2019, 451 ss.

⁵² H. ARENDT, *Verità e politica*, cit., 49 s.

⁵³ H. ARENDT, *Verità e politica*, cit., 50.

del tutto screditata, la pretesa di apporre limiti, soprattutto finalistici, all'agire dei pubblici poteri⁵⁴.

In un simile quadro, l'individuo, ontologicamente opposto alla «*totalità della società*»⁵⁵, si riduce ad ostacolo da rimuovere o ad un ingranaggio da ingegnerizzare per l'ottimale funzionamento di quella gran macchina della rettitudine che ha preso il posto del diritto penale come mezzo di tutela dei beni giuridici⁵⁶. Comunque sia, resta certo il fatto che la persona si trova al centro di una sinergia che la espone alle urgenze del legislatore, ai rigori del massimalismo penalistico, ai vasti programmi di controllo sociale affidati ai vari protagonisti della *matière pénale*, al proliferare delle misure di prevenzione e, infine, all'azione di ulteriori poteri di polizia organizzativa dello spazio sociale⁵⁷. In breve: salvo saltuarie concessioni ai principi di antica tradizione⁵⁸, è la libertà personale a dover essere giustificata.

⁵⁴ Nella realtà il diritto positivo «è andato espandendosi [...] in modo inquietante» per quantità e qualità, «smentendo l'ottimistica previsione illuministica sull'evoluzione del diritto verso ordinamenti composti prevalentemente di essenziali divieti e non di comandi». F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., XLIII. La connessione tra questa ipertrofia penalistica e il venir meno del dualismo tra ordine spontaneo e ordinamento positivistico del reale è dimostrata, tra gli altri, da K. AMELUNG, *Rechtsgüter-schutz und Schutz der Gesellschaft*, Athenäum, Frankfurt am Main, 1972, 350 ss.

⁵⁵ M. FOUCAULT, *La società punitiva*, Feltrinelli, Milano, 2016, 56 s. Sul presupposto del venir meno di ogni dualismo tra ordine spontaneo e ordinamento gerarchico – superato dal monismo imposto dall'ordinamento giuridico positivo a proprio favore – l'inosservante dei comandi della legislazione non nega soltanto gli interessi immediatamente protetti dalla singola norma violata. Infatti, in quanto portatore della pretesa di organizzare autonomamente lo spazio sociale, il reo promuove anche un conflitto radicale con l'ordinamento della società-statuale, il cui dover-essere, in quanto comunità politica (d'ogni possibile colore), consiste essenzialmente nell'affermare l'esclusività del proprio ordine contro ogni diversa contingenza. In questo senso, può dirsi che il reo è sempre un «*nemico sociale*» (M. FOUCAULT, *La società punitiva*, cit., 56) e che tutta la coercizione penale che lo contrasta è diritto penale politico. T. PADOVANI, *Alla ricerca di una razionalità penale*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1087 ss.; spec. 1091 ss.

⁵⁶ Realtà che s'agita e si impone soprattutto nel segno di beni giuridici super-individuali. Cfr. W. HASSEMER, *Grundlinien einer personalen Rechtsgutlehre*, (hrsg) L. Philipps / H. Scholler, *Jenseits des Funktionalismus. Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag*, Decker & Müller, Heidelberg, 1989, 85 ss.; spec. 90; 92 ss.

⁵⁷ G. AMARELLI, *Interdittive antimafia e i «valori fondamentali della democrazia»: gli equivoci da evitare*, *disCrimen*, 21 giugno 2020.

⁵⁸ Appartiene a questa storia anche la massima secondo la quale la «*legge tiene conto di ciò che accade per lo più, senza ignorare l'errore. Ciononostante essa è formulata correttamente, dato che l'errore non sta nella legge, né nel legislatore, ma nella natura delle cose*». ARISTOTELE, *Etica nicomachea*, V, 1137 b, Laterza, Roma-Bari, 1999, 215. D. FALCINELLI, *Per una cultura penale dell'errore umano*, *Archivio penale*, 2019, n. 2. V. anche M. DONINI, *Garantismo penale oggi*, cit., 31; T. PADOVANI, *Prefazione*, in F. SGUBBI, *Diritto penale totale*, cit., 19 ss.; L. FERRAJOLI, *Che cos'è il garantismo?*, cit., 129 ss. (diritto penale minimo + diritti sociali massimizzati: questa è la risposta a quell'interrogativo).

2.1 - *Il diritto penale della prevenzione. Il volto presentabile del diritto penale del nemico?*

Se queste sono le premesse, la sostanziale ipertrofia dell'odierna esperienza penalistica non può certo sorprendere, qualunque sia l'etichetta utilizzata per ufficializzarne la presenza nella prassi e nella riforma del sistema penale (diritto penale del rischio, del nemico, della sicurezza, ecc.)⁵⁹.

Di fronte ai critici di questa «*fiumana* [di] *progresso*» coercitivo⁶⁰, l'idea della necessaria centralità sociale del diritto penale resiste e si consolida, esibendo la propria appartenenza al nucleo costitutivo dell'esperienza politica moderna; prima ancora di rivendicare la sua consonanza con i principi di fondo di un diritto utilitaristico e post-retributivo. Alla crescita e diversificazione delle competenze statuali si accompagna l'ampliamento del ventaglio delle generali ragioni giustificative dell'intervento penale; in entrambi i casi fermo restando, però, il nucleo illiberale e sociale che codifica la genetica del Leviatano: per il quale non è mai opportuno punire ogni condotta, pur nel rispetto di taluni limiti di legalità, senza ciò esentare dalla coercizione l'esercizio delle libertà naturali più inutili⁶¹!

Se questo è il cuore pulsante del discorso politico sulla sicurezza, le cui ultime propaggini caratterizzano larghissima parte della moderna penalità⁶², allora deve ritenersi molto netta la conclusione che può essere tratta da quella premessa: «*il diritto penale non è più un diritto che aspira a non essere e, quando è, a non apparire*»⁶³. «*Il lavoro che impone il sospetto è [infatti] una fatica di Sisifo*»⁶⁴, mai conclusa e sempre nuova, che neppure può essere svolta in silenzio, tutti devono sapere che c'è sempre

⁵⁹ Una fondamentale tematizzazione di quest'universo si legge in C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale*, Giuffrè, Milano, 2004. Non può sorprendere la strutturale tensione di questa assolutizzazione del *favor societatis* con la dimensione costituzionale della penalità, considerato il divieto che colpisce, a garanzia della dignità della persona, legislazioni che rendano tiranno un interesse riconosciuto dalla Costituzione a discapito di tutti gli altri. Corte cost. n. 85/2013. V. anche G. FIANDACA, *Estremismo dell'antimafia e funzione di magistrato*, *Diritto di difesa*, 6 maggio 2020.

⁶⁰ «*Nell'epoca presente, i sostenitori di un diritto penale liberale*» sembrano appartenere «*alla categoria dei vinti*». E. M. AMBROSETTI, *Codice e leggi speciali. Progettare una riforma dopo la riserva di codice*, *disCrimen*, 3 novembre 2018, spec. 6. J. L. DÍEZ RIPOLLÉS, *L'abuso del sistema penale*, in questa *Rivista*, 2017, 39 ss.

⁶¹ Così, parlando di *extrema ratio* della protezione statale, T. HOBBS, *De Cive*, Editori riuniti, Roma, 2005, 149.

⁶² T. VORMBAUM, *Saggi*, cit., 134.

⁶³ T. PADOVANI, *Il confine conteso. Metamorfosi dei rapporti tra concussione e corruzione ed esigenze "improcrastinabili" di riforma*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1316.

⁶⁴ W. SOFSKY, *Rischio e sicurezza*, Einaudi, Torino, 2005, 57.

chi assicura la loro sicurezza. Orizzonte movimentistico che non scoraggia di certo il diritto penale della prevenzione. In quanto mera tecnica di controllo sociale è, infatti, ben in grado di produrre tutta la normatività necessaria affinché l'ordine positivo prevalga sul proprio contrario. Compito al quale attende rassicurato anche dal fatto di poter passare il testimone – per il caso in cui l'impegno dovesse superare le sue capacità, data la persistenza di residui limiti al suo pieno dispiegamento⁶⁵ – a quella sua continuazione radicale, a tal punto da poter esser detta non-diritto, che è il *Feindstrafrecht*: risorsa sempre pronta a scatenare la giustizia dell'eccesso punitivo, «*priva del senso del limite, assoluta, onnipotente, senza qualificazioni*»⁶⁶.

Sommovimento ben esemplificato, in estrema sintesi, dalla conclamata crisi generale in cui versa l'*extrema ratio*⁶⁷ (indicata quale di principio di riferimento anche per il sotto-sistema del diritto penale del nemico)⁶⁸. Crollo che, seppellendo il riferimento alle alternative di tutela, conferisce alla sola coercizione penale, e ai suoi apparati, il compito di impersonificare l'assolutismo che oggi si chiama «*Stato di tutela*»⁶⁹. Protagonista della politica-criminale contemporanea, ma la cui genesi è fatta risalire alla reciproca commistione tra l'interventismo del moderno Stato-sociale e la perdita di selettività, per motivi interni alla sua dogmatica, della legge penale; il cui compito consiste «*nell'osservare le azioni di tutti i cittadini per la loro potenzialità nociva*»⁷⁰.

2.1.1 - *Prevenzione mediante rinnovate decisioni sulla necessità di pena?*

Decisivo per orientare in senso complessivo e promozionale le dinamiche della criminalizzazione è stato il contributo del diritto vivente⁷¹. Il formante

⁶⁵ W. HASSEMER, *Sicherheit durch Strafrecht*, HRSS, 2004, n. 4, 131 ss.

⁶⁶ M. CARTABIA, *Edipo re*, M. CARTABIA / L. VIOLANTE, *Giustizia e mito*, Il Mulino, Bologna, 2018, 50.

⁶⁷ A. GARGANI, *Il diritto penale quale «extrema ratio» tra post-modernità e utopia*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1488 ss.

⁶⁸ G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico? Un'analisi delle condizioni di giuridicità*. Relazione dattiloscritta del Convegno «*Delitto politico e diritto penale del nemico. In memoria di Mario Sbriccoli*», (Trento 10-11 marzo 2006), 8 s. Teorizzata quale risorsa estrema delle ragioni dell'ordine, la categoria del *Feindstrafrecht* si è presto espansa, legittimando trattamenti differenziali anche nei confronti dei nemici solo parziali.

⁶⁹ T. VORMBAUM, *Saggi*, cit., 134.

⁷⁰ T. VORMBAUM, *Saggi*, cit., 134.

⁷¹ C. E. PALIERO, *Pragmatica e paradigmatica della clausola di 'extrema ratio'*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1447 ss., spec. 1455 ss.

giurisprudenziale è vettore di un «*rischio autoritario*»⁷² – tale anche quando gli interpreti di questa coercizione metalegale risultino mossi dalle migliori intenzioni – che ha investito il principio del «*minimo mezzo per lo scopo necessario*» in modo ancor più incontrollato rispetto agli interventi, di analogo segno finalistico, operati dalla legislazione. Si tratta, infatti, di accelerazioni verso il massimalismo penalistico impresse da una «*attività di intervento ‘casistica’, ambientalmente ‘decentrata’, decisionalmente ‘non gerarchizzata’*»⁷³. Attributi che derivano dalla riconducibilità del diritto vivente ad una ‘fonte’ affrancata da vincoli diversi dalla necessità di interpretare liberamente il significato e la portata del proprio statuto di autonomia (art. 104 Cost.). Impegno profuso dal potere giudiziario tanto al proprio interno, quanto, e soprattutto, nei rapporti con ogni altro potere⁷⁴; non escluso quello conferito alla politica, nella forma della decisione parlamentare, affinché siano democraticamente stabilite le finalità per le quali è necessario mettere in campo la coercizione pubblica, oltre la qualità e l’entità di questa (art.li 25 e 101 Cost.)⁷⁵. Con il risultato, quando tale autonomia si esercita decidendo nuovi scopi attorno ai quali ri-organizzare la convivenza sociale per mezzo della coercizione penale, di rendere arbitrario l’impiego a tal fine anche dei più minimali mezzi coercitivi⁷⁶.

Conclusione che non vale solo ad identificare un’ulteriore casistica da ascrivere alla categoria del ‘garantismo illiberale’. L’indagine di questo specifico formante del

⁷² D. PULITANÒ, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, Riv. it. dir. proc. pen., 2015, 29 ss.

⁷³ C. E. PALIERO, *Pragmatica e paradigmatica*, cit., 1456.

⁷⁴ S. CASSESE, *Contro la Repubblica dei P.M.*, Il Foglio, 2 dicembre 2019. In precedenza L. FERRAJOLI, *Nove massime di deontologia giudiziaria*, *Questione giustizia*, 2012, 74 ss.

⁷⁵ R. SCARPINATO, *Compito delle toghe è vigilare sui politici: noi fedeli alla Carta più che alla legge*, *La Repubblica*, 11 maggio 2016. Qui la sottolineatura della vitalità di quello «*straordinario programma di [fattiva] lotta alle ingiustizie*» che si legge scolpito dall’art. 3, comma 2 Cost. con il suo invito ad «*innamorarsi del destino degli altri*». Sotto queste premesse, alla giurisdizione compete, oltre allo strategico ruolo «*di vigilare sulla lealtà costituzionale delle contingenti maggioranze politiche di governo*», anche il compito di tradurre quella «*promessa*» nel riconoscimento cogente e coercitivo dei diritti necessari per dare attuazione all’imperativo dell’emancipazione sociale. W. NAUCKE, *I confini del diritto penale*, cit., 100, osserva che «*l’interpretazione delle costituzioni a seconda degli interessi è ormai consueta. Non desta perciò meraviglia il fatto che*» da esse siano stati tratti obblighi di tutela penale e ricavati tessuti assiologici che complessivamente hanno lasciato crescere «*in modo esplosivo il diritto sanzionatorio*».

⁷⁶ F. PALAZZO, *Principi e realtà del rapporto tra giustizia e politica*, in questa *Rivista*, 2009, 23 ss. «*Mentre gli interventi della politica sul sistema giustizia, se effettuati entro la legalità delle regole, scontano una legittima discrezionalità politica; quelli della magistratura sulla politica, dietro l’apparente legalità della discrezionalità giudiziale, possono celare l’illegittimità sostanziale di un uso politico della funzione*» (ivi, 26).

massimalismo penalistico consente di diagnosticare un altro indizio a favore dell'errore dell'equazione generale della politica-criminale contemporanea: che stabilisce un rapporto di diretta proporzionalità tra l'intensità e l'estensione dell'investimento penalistico e l'aumento della qualità dell'ordine sociale, escludendo, di conseguenza, che gli spazi garantiti da un ordinamento pluralistico della società possano mai costituire un argomento spendibile per giustificare la pur necessaria lotta alla contingenza. Massima che travolge in un sol colpo, per restare nell'ambito pubblicistico, l'autonomia della politica, oltre quella dell'amministrazione⁷⁷, riversandosi poi con eguali effetti anche sul mercato.

2.1.2 - *Semantiche dell'obbligo di protezione*

Non è qui necessario interrogarsi più a lungo sulle cause di questo dinamismo del diritto «*malvivente*»⁷⁸; se, cioè, si tratti di un approdo giustificato da cambiamenti interni al 'concetto' di legge, o se invece sia conseguenza della supremazia esercitata da una volontà che ha acquisito una potenza superiore allo stesso stato-di-diritto quale tecnica di organizzazione della società. È sufficiente soffermarsi, più in generale, sulla descrizione di alcune variabili tipicamente poste a base dell'equazione punitiva, utilizzando come prospettiva di riferimento il punto di massimo raggiunto dalla logica di controllo gerarchico, non necessariamente ideologico/autoritario, dell'organizzazione sociale⁷⁹: il diritto penale del nemico⁸⁰.

⁷⁷ M. DONINI, *Il diritto penale come etica pubblica*, cit., 58 s. Dopo aver messo in guardia contro l'errore di pensare che la società possa essere salvata «*dall'esterno*», da un diritto penale che non costituisce sua espressione, lo studio evidenzia come l'etica pubblica che giustifica le necessità di pena non si trova «*precostituita nella società dei privati*»; è invece conseguenza di un ordinamento di norme proibitive che incorniciano, però, una dinamica «*fatta di società civile, di diritto privato, di autonome fonti normative*».

⁷⁸ F. GIUNTA, *Il diritto (malamente) vivente salva il delitto di atti persecutori*, *Giur. cost.*, 2014, 2738 ss.

⁷⁹ Anche la comparazione dimostra che l'impegno decisionistico del legislatore nel preservare «*a top-down ordering of society*» non è necessariamente ispirato da motivi di tutela dell'ordine pubblico materiale. La compattezza gerarchica e autoritaria dell'ordinamento legale può essere, infatti, perseguita in modo strumentale ad istanze deontologiche, in quanto necessaria, si dice, per la costruzione di una società più morale. M. SCHWARTZ, *William Barr's State of Emergency*, *New York Time Magazine*, 1 giugno 2020. In questo senso, può dirsi che si tratta di un principio a vocazione totalizzante, metafora d'ogni indirizzo pan-penalistico. F. SGUBBI, *Il diritto penale totale*, cit., *passim*. Ben al centro, dunque, dell'attualità. L. VIOLANTE, *L'infuosto riemergere del tipo d'autore*, cit., 102.

⁸⁰ Sul fatto che la teorica del *Feindstrafrecht* sia profondamente iscritta nella logica di un sistema normativo né giusnaturalistico, né teologico, ma sociale, è sufficiente leggere G. JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft*, Duncker & Humblot, Berlin, 1999, II ed.

Il paradigma del *Feindstrafrecht* è concetto ambiguo, molto valutativo e poco descrittivo, in ragione dell'inestricabile nesso che lo avvince al momento politico (qui inteso come condizione strutturale del prevalere dell'ordine sociale sulla contingenza)⁸¹. Connessione che a sua volta conferisce a quel concetto una valenza stigmatizzante poiché, da Hobbes in poi, la possibilità dell'ordine politico è data dalla negazione di quell'ordine naturale che rappresenta l'ambientazione perfetta per il nemico⁸². Genealogia che facilita l'annidamento, nel campo politico-criminale, di uno stigma generale eccedente lo specifico disvalore associabile alla singola lesione, che vale come potente attrattore di penalità indipendente dalla frammentarietà dei tipi criminosi e, dunque, sconfinato. Come si ricava anche dal fatto che la formula in esame si avvale, per definire il suo oggetto, di un operatore semantico che rimanda alla necessità di una difesa totale del valore negato da chi è etichettato tale⁸³: come ben attesta anche una sommaria semasiologia del sostantivo. La lingua, istituzione con «*funzione ordinante il caos sociale*»⁸⁴, consegna infatti alla politica-criminale un significato che, al netto delle sue componenti soggettive, prefigura la necessità d'azioni di messa in sicurezza ampie e radicali. Se il nemico è colui «*che nutre verso altri*» assidui «*sentimenti di avversione, di ostilità e si comporta di conseguenza*» – senza cioè tralasciare occasione per cercare di procurare «*danno*» e per coltivare in altro ogni modo la sua avversione⁸⁵ – nella politica-criminale c'è solo spazio per «*l'eccedenza punitiva*» rispetto a quanto necessario secondo il diritto penale del fatto⁸⁶. È quindi con indiscutibile giustificazione che la coercizione può dirsi impegnata, di fronte ai nemici, in una

⁸¹ Sottolinea i nessi tra vocazione democratica del diritto penale e lingua che ne esprime aspirazioni e realtà C. DE MAGLIE, *La lingua del diritto penale*, *disCrimen*, 30 aprile 2014, spec. 26 ss.

⁸² R. ESPOSITO, *Politica e negazione*, Einaudi, Torino, 2018, XIII ed., 9 ss. G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico*, (a cura di) M. Donini / M. Papa, *Diritto penale del nemico*, cit., 14.

⁸³ Lo dimostra il fatto che la qualifica di nemico vessa egualmente il grande criminale e il piccolo deviante. Nella storia i nemici non sono stati solo anarchici, terroristi, mafiosi e, più di recente, corruttori ed evasori fiscali, ma anche «*mendicanti, vagabondi, individui di ambo i sessi dediti alla prostituzione ed alcolisti, mariuoli, e soggetti dalla vita equivoca, degenerati nel fisico e nello spirito*». F. von LISZT, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, cit., 54. M. DONINI, *Garantismo penale oggi*, cit., 27.

⁸⁴ P. GROSSI, *Giuristi e linguisti: un comune ruolo ordinante della società*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 1 ss. A pag. 7 si legge la citazione. La decisività di questa prospettiva si coglie ricordando che «*l'esistenza e la distribuzione dei pericoli e dei rischi è mediata argomentativamente*». U. BECK, *La società del rischio*, Carrocci, Roma, 2000, 35. Critico, M. RONCO, *Il reato come rischio sociale*, *Archivio penale*, 2015, n. 2, 5 s.

⁸⁵ *Vocabolario Treccani*, www.treccani.it. C. SCHMITT, *Le categorie del politico*, Il Mulino, Bologna, 1972, 195 ss.

⁸⁶ G. FORTI, *La cura delle norme*, Vita e Pensiero, Milano, 2019. Il tema della colpa, specie se osservato al di fuori d'ambienti teorici, riassume ottimamente un panorama senz'altro più vasto. «*Si sa*», infatti, non

lotta senza quartiere intrapresa per prevenire l'ostilità ovunque si 'nasconda': anche all'interno d'ogni spazio privato, compresa la più personale libertà di pensiero, e non esclusa «*l'intimità del management di fabbrica*»⁸⁷. Una guerra che può aver fine solo con la totale neutralizzazione del nemico o di chi ne incarna le più moderne rappresentazioni (appartenenti a caste ed *élites*, a poteri forti e profondi, ecc.). Riferimenti accomunati dal fatto di rinviare, quale oggetto della tutela penale, ad una strutturale incapacità di garantire «*per il futuro una condotta in linea di massima conforme a quella di un cittadino, cioè di una persona che agisce in maniera 'fedele' al diritto*»⁸⁸.

2.1.3 – *La logica assolutistica dei (dis)valori*

Dinanzi allo sbrillucicare del nemico la ferocia repressiva viene corroborata dalla logica operativa innescata dal riferimento, tipico dell'attuale discorso pubblico, a concetti intesi come valori (Giustizia, Legalità, Vittime, ecc.). Ideali supremi che legittimano il giudizio morale di chi ad essi si ispira, orientandone la conseguente azione. Prassi che potrà solo caratterizzarsi per quegli stessi tratti di absolutezza che sono propri dello statuto logico/deontologico della «*razionalità materiale*» dei valori⁸⁹, paradigma ontologicamente sconnesso rispetto ad ogni base empirico/sociale. Lontananza ben dimostrata, ad esempio, dai termini del dibattito volto a promuovere la Legalità come valore assoluto, e dunque superiore al principio di legalità proprio dello stato-di-diritto. Torsione che preoccupa senza però sorprendere, i valori sono in fondo, secondo una celebre opinione, il veicolo che rende accettabile, da parte di un ordine secolare, la reintroduzione di ipotesi di verità metafisiche⁹⁰. Quanto basta a sottrarli alla falsificabilità: in quanto ideali supremi, sono infatti dotati di un significato che precede e sopravvive all'analisi razionale. Non scontano, per restare all'esempio,

solo che «*chi governa il non voluto, domina il mondo*» (F. GIUNTA, *Colpetta ritrovata, disCrimen*, 8 gennaio 2020, 2), ma anche che «*la responsabilità colposa si presta ad alimentare l'illusione che l'uomo sappia – abbia il potere – di controllare, ridurre o azzerare qualunque rischio, così allontanando da sé il male*». F. PALAZZO, *Pandemia e responsabilità colposa, Sistema penale*, 26 aprile 2020, § 1.

⁸⁷ U. BECK, *La società del rischio*, cit., 31.

⁸⁸ G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico*, cit., 15.

⁸⁹ M. WEBER, *Economia e società*, cit., 11; 16. A fare di ciò le spese è, primo tra tutti, «*il formalismo della caratteristica esteriore*», che è quanto però distingue il diritto penale dal mero «*imperium coercitivo*».

⁹⁰ C. SCHMITT, *La tirannia dei valori*, Adelphi, Milano, 2008, 49. I «*vecchi dei sono disincantati e ridotti a meri valori*». *Ivi*, pag. 51.

il paradosso che deriva dal fatto che, in una prospettiva valoriale, il trionfo della legalità quale ideale deontologico si realizza negandone la natura di garanzia tecnico/razionale al servizio della necessità di limitare il potere.

Ciò è sufficiente per intendere il valore quale sinonimo di «*atto di posizione*» per il cui tramite una volontà afferma la propria validità⁹¹; il cui trionfo è segnato dall'«*annientamento assoluto*» del suo opposto⁹², che viene identificato con tutto ciò che si oppone a quell'«*irresistibile anelito*» all'effettività che è proprio di ogni potenza⁹³. Davvero nulla a che vedere con il garantismo del *nullum crimen sine lege*, custode di una normatività anti-positivistica «*criticamente individualistica*»⁹⁴, che sta agli antipodi, nella modernità secolarizzata, del positivismo contrario ad ogni pluralità e proprio d'ogni affermazione di valore⁹⁵. Di fronte al nemico – che è chiunque porti all'evidenza un'istanza di invalidità nei confronti del valore costituito – «*non sarà più il danno in sé a provocare la reazione giudiziaria*», per innescare la potestà punitiva sarà, infatti, sufficiente denunciarne la presenza in società⁹⁶. Una chiamata alle armi che libera «*l'aggressività immanente ad ogni posizione di valori*»⁹⁷, e foriera di una dinamica che, peraltro, si sostiene in modo indipendente da logiche democratiche. In definitiva, ad innescare repressioni a tappeto è sufficiente la condivisione del valore, che pretende impegno attuativo, da minoranze in qualsiasi modo dotate di potere sociale⁹⁸.

Una spinta che, come dimostrano i fatti, è illusorio pensare di contenere intradandola su binari dove corre il diritto penale emergenziale. Prima d'ogni esplicita realizzazione della volontà unificante del legislatore, l'ombra della lotta al nemico con facilità si proietta, infatti, all'interno del sistema assumendone presto la conduzione⁹⁹. Nella storia del diritto penale i doppi binari non sono mai stati una garanzia insormontabile contro la convergenza dei diversi apparati sanzionatori e, tantomeno, contro l'ibridazione dei diversi criteri di imputazione.

Comunque sia, può dirsi che attraverso il riferimento al nemico la legge penale

⁹¹ C. SCHMITT, *La tirannia dei valori*, cit., 38.

⁹² C. SCHMITT, *La tirannia dei valori*, cit., 38.

⁹³ C. SCHMITT, *La tirannia dei valori*, cit., 52; 59. M. WEBER, *Politeismo dei valori*, cit., 94.

⁹⁴ W. NAUCKE, *I confini del diritto penale*, cit., 103 s.

⁹⁵ M. WEBER, *Politeismo dei valori*, cit., 80 s.; 85; 93 ss.

⁹⁶ M. FOUCAULT, *La società punitiva*, cit., 203.

⁹⁷ C. SCHMITT, *La tirannia dei valori*, cit., 55.

⁹⁸ G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, cit., 135; 190. «*L'atto passibile di punizione*» resta però ancora definibile attraverso «*il suo rapporto con il potere, come rifiuto degli ordini che esso impartisce e dell'ordine che instaura*». M. FOUCAULT, *La società punitiva*, cit., 204.

⁹⁹ M. DONINI, *Mafia e terrorismo come "parte generale" del diritto penale*, cit., *passim*.

fuga ogni dubbio sul fatto di condividere l'originario e irriducibile interesse proprio della politica avverso ad ogni smagliatura dell'ordine generale da essa garantito. In breve: si assiste alla continuazione dell'uso a-cognitivo della coercizione quale strumento della «*protectio regnis*»¹⁰⁰.

3. Fondamenti pre-politici e funzione ordinativa del diritto penale

Non sono però solo ragioni esogene a giustificare la crisi in atto. Alle severe sofferenze dell'impianto garantistico concorrono, e in misura affatto marginale, anche diversi motivi interni a questo paradigma. Argomenti che si rivolgono tanto nella contestazione d'ogni assoluto, quanto nella progressiva rinuncia a tematizzare, in termini normativamente validi, la necessità di fare fino in fondo i conti con il fatto che l'autonomia sociale vive di normatività diffusa e inferenziale. Concretezza che non è dunque interpretabile come uno spazio illimitatamente programmabile dalla Ragione-di-Stato e dirigibile, al servizio di scopi generali, da parte della legge, segnatamente di quella penale; la quale verrebbe altrimenti ridotta, contrariamente al disegno pluralistico che caratterizza il programma costituzionale, a mera volontà potestativa di chi è in condizione di dettare comandi proceduralmente validi. Nodo che era invece ben chiaro ai padri nobili del garantismo penale e da questi valorizzato, per motivi che sono al contempo assiologici e funzionali¹⁰¹, al fine di plasmare in senso restrittivo i fondamenti del diritto di punire, in termini di assoluta economia del relativo potere. Certezza, si noti, che in quelle pagine è consolidata prima d'ogni considerazione dovuta agli specifici limiti ai quali la coercizione penale deve, comunque, sottostare in un quadro ordinamentale dove la necessità punitiva non può scalzare dal suo vertice la persona. Prospettiva, quest'ultima, che appaga il bisogno di garanzie contro l'arbitrio prescrivendo l'approntamento di linee di difesa solo a valle del punto ove si origina l'attacco che il diritto penale della prevenzione porta alla «*società civile [che] vive [e prospera] di risorse spontanee e [...] pre-politiche*»¹⁰².

¹⁰⁰ M. SBRICCOLI, *Crimen laesae maiestatis*, Giuffrè, Milano, 1974, 64.

¹⁰¹ A. PANEBIANCO, *Il potere, lo stato, la libertà*, Il Mulino, Bologna, 2004.

¹⁰² J. HABERMAS, *I fondamenti morali prepolitici dello Stato liberale*, J. RATZINGER / J. HABERMAS, *Etica, religione e Stato liberale*, Morcelliana, Brescia, 2004, 27. Segue da questa premessa l'osservazione che «*da cittadini dello Stato che assumono il ruolo di coautori democratici delle legge ci si aspetta [...] motivazioni ed atteggiamenti diversi dall'obbedienza nei confronti di leggi coercitive della libertà*». *Ivi*, pag. 26 s. M. DONINI, *Il diritto penale come etica pubblica*, cit., 58. V. anche W. HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrecht*, Beck, München, 1990, 329.

A tempo scaduto, viene da osservare: quando è cioè troppo tardi per fare altro rispetto alla sola minimizzazione della dannosità di una coercizione penale dispensata precipitosamente e in modo diffuso¹⁰³.

Il tutto senza peraltro voler considerare il fatto che ad essere opposte, all'esperienza di una penalizzazione ad ampio raggio, sono difese già parzialmente compromesse, nella loro tenuta interna, dalla relativizzazione subita, tanto nella prassi quanto nella teoria, per far spazio ad esigenze di tutela dei beni giuridici. L'emergenza, ad esempio, ha dato mandato d'agire al quel «*giudice di scopo*» che risulta incaricato d'affari anche da parte del populismo penale¹⁰⁴. Risultato, converrà ripetere, verso il quale la coercizione penale è spinta tanto dalla necessità di far fronte ad emergenze varie, vere o solo proclamate, quanto dal bisogno di rispondere alla pressione esercitata dalle plurime e continue istanze di efficientamento della sicurezza di chi vive nella società del rischio¹⁰⁵. Prova ne sia, tra l'altro, il fatto che la deriva ad oggi registrabile nell'impianto liberale del sistema penale si manifesta a legislazione costituzionale invariata:

¹⁰³ La comparazione attesta l'insufficienza di tale atteggiamento, evocando la necessità di cristallizzare un autonomo – e inedito – diritto individuale di libertà nei confronti della coercizione. *Right not to be punished*, secondo D. HUSAK, *Overcriminalization*, Oxford University Press, Oxford, 2008, 92 ss.; 122 ss. Parlano di *Freiheit von Sanktionierung*, M. JAHN / D. BRODOWSKI, *Das Ultima Ratio-Prinzip als strafverfassungsrechtliche Vorgabe zur Frage der Entbehrlichkeit von Straftänden*, *ZStW*, 2017, 377 ss. Allo stato, osservano gli autori, si tratta di un valore non riconducibile ad alcuna specifica disposizione del *Grundgesetz*. Tuttavia, questo fornisce le coordinate che consentono di positivizzare il volto di questo nuovo diritto fondamentale emergente dalla prassi sociale. Segnatamente, rileva l'art. 2 della legge fondamentale tedesca: disposizione che, nell'interpretazione del *Bundesverfassungsgericht*, tutela la più intima sfera della vita personale («*engere persönliche Lebenssphäre*») e protegge da limitazioni arbitrarie le condizioni fondamentali dell'autonomia personale («*Erhaltung ihrer Grundbedingungem*»); salvaguardia ritenuta comprensiva dell'integrità dei meccanismi di auto-regolazione sociale a misura d'uomo. U. KINDHÄUSER, *Straf-Recht und Ultima-ratio-Prinzip*, *ZStW*, 2017, 385 ss. In senso contrario, limitatamente ai mezzi cui ricorrere per raggiungere il fine di limitare la dominanza sociale e individuale della coercizione penale, C. PRITTWITZ, *Das Strafrecht: Ultima ratio, propria ratio oder schlicht strafrechtliche Prohibition?*, *ZStW*, 2017, 397 ss.

¹⁰⁴ L. VIOLANTE, *Magistrati*, Einaudi, Torino, 2009, 51; Id., *L'infesto riemergere*, cit., 102.

¹⁰⁵ Una prova, tra le molte possibili altre, è fornita dalla vita raminga del principio di offensività. Come dimostra, da ultima, la lettura di Cass., sez. VI, n. 38685/2019 che condanna per peculato l'appropriazione di un bene il cui valore è riconosciuto di esclusiva natura «*hobbistico/affettiva*». Anche in assenza di lesioni arrecate all'interesse di cui all'art. 97 Cost., la tipicità del delitto non può infatti essere esclusa, precisa la Corte, neppure se l'appropriazione ha ad oggetto un «*valore pressoché nullo, essendo sufficiente*» che la cosa abbia anche «*un minimo valore, o comunque una qualche utilità*». Né, d'altra parte, nel caso di specie può escludersi l'offensività del fatto, nonostante le «*cose prive di valore – o di rilevanza economica oggettivamente esigua*» siano di per sé «*inidonee a costituire l'oggetto materiale dell'appropriazione*», con l'eccezione, avverte la Corte, delle cose che sebbene «*prive di valore intrinseco*» all'atto dell'appropriazione, siano comunque giudicate idonee ad «*acquistare o a riacquistare, a determinate condizioni future, rilevanza economica*». Al più può trovare applicazione l'attenuante del

senza peraltro neppur sentire l'esigenza di mettere politicamente in discussione, in modo esplicito, le singole irradiazioni di quel nucleo antipotesativo. Come invece avvenuto ai tempi della «*battaglia contro il diritto penale liberale*» svoltasi all'alba del XX secolo (e come ancora si ripete da parte di frange disordinate della dottrina)¹⁰⁶.

La manutenzione di tali presidi garantistici è dunque indispensabile salvaguardia della libertà contro l'arbitrio – del legislatore e della magistratura – entro il perimetro della presenza penalistica necessaria. Non è però sufficiente per sottrarre «*la società civile [quale] sintesi spontanea degli individui*»¹⁰⁷ dal gravame di tutta la coercizione non necessaria: tipica d'ogni sovranità che, pur dismesse pose autoritarie e vocazioni all'arbitrio¹⁰⁸, fonda la propria primazia sull'idea che solo la soggezione ai suoi comandi garantisce alla società, nonché a ciascuno dei suoi membri, l'indispensabile certezza dell'ordine pubblico, la sicurezza del benessere, oltre alla disponibilità d'ogni altra provvidenza materiale. Programma politico-criminale che, sebbene ramificato nella prassi del sistema penale, continua ad essere oggetto di doverosa critica, talvolta anche integrale, da ogni punto di vista, almeno all'interno di «*esperimenti politici*» pensati sul presupposto della «*capacità dell'umanità di auto-governarsi*» (James Madison)¹⁰⁹. Opinioni che si giovano anche della certezza dei «*rilevantissimi deficit*» che una così capillare presenza della coercizione produce sia sulla tenuta delle «*libertà civili*», quanto nel campo della sicurezza sociale¹¹⁰.

Quanto basta per comprendere che l'ottimizzazione del solo *nullum crimen sine lege*, per quanto latamente inteso, è operazione che si espone alla critica di chi, concependo il diritto penale quale insieme degli strumenti necessari alla tutela dei beni giuridici, percepisce tale limite come un'ingiustificata concessione individualistica dal chiaro significato antisociale: almeno meritevole d'essere relativizzata, quando non

«*danno patrimoniale di speciale tenuità*» di cui all'art. 62, comma 1 nr. 4 c.p. (anche se chi scrive, evidentemente per propri limiti, non ha ben chiaro come possa dipanarsi il magma di quelle qualificazioni dell'offesa rilevante se non tagliando il nodo gordiano con un atto di volontà di volta in volta diverso). Non esattamente ciò a cui si pensa evocando il diritto penale dello stato-di-diritto.

¹⁰⁶ K. MARXEN, *Der Kampf gegen das Liberales Strafrecht*, Duncker & Humblodt, Berlin, 1974.

¹⁰⁷ M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica*, Feltrinelli, Milano, 2005, 245. M. DONINI, *Il diritto penale come etica pubblica*, cit., 55.

¹⁰⁸ L'obbedienza è dovuta ed esigibile solo se protegge. T. HOBBS, *Leviatano*, cit., 184.

¹⁰⁹ I. WURMAN, *A Debt against the Living*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017 (edizione Kindle), pos. 136.

¹¹⁰ U. SIEBER, *The New Architecture of Global Security Law. Crime Control in Global Society*, (eds) U. Sieber – V. Mitsilegas – C. Mylonopoulos – E. Billis – N. Kunst, *Alternatives Systems of Crime Control*, Ducker & Humblot, Berlin, 2018, 25; 27; 32; M. DONINI, *Garantismo penale oggi*, cit., 1; 31.

superata, per spingere la coercizione verso sempre nuovi traguardi punitivi¹¹¹. Le garanzie come corpi estranei all'interno della società punitiva! Solo recuperandone anche la funzione sociale, declinabile in termini di utilità dei limiti posti alla potestà punitiva rispetto alla crescita della sicurezza collettiva, è possibile lavorare per arginare la massiccia deriva giustizialistica che marchia a fuoco l'esperienza penalistica; perché è solo così che è possibile convincere del fatto che le garanzie sono dettate in nome di quello stesso popolo italiano che chiede al legislatore protezione.

4. L'ordinamento della prevenzione decentrata dei rischi (tra legislazione, dottrina e giurisprudenza)

Quella appena descritta è un'operazione nella quale rientra a pieno titolo l'impegno a rivitalizzare il principio di *extrema ratio* in funzione di copertura dell'autonomia dell'organizzazione spontanea degli individui e delle loro formazioni sociali. Realtà ordinante che quel principio mette a sistema quale alternativa al comando gerarchico statale, tipicamente rappresentato dal dettato d'obblighi penalmente sanzionati¹¹².

Prospettiva che si trova anticipata nel riconoscimento, anche da parte della giurisprudenza penale, della normatività propria di *best practices* organizzative spontaneamente diffuse e sperimentate con successo in diversi settori dell'organizzazione

¹¹¹ U. SIEBER, *The New Architecture of Global Security Law*, cit., 4.

¹¹² Seguendo indicazioni provenienti dalla comparazione, questo impegno, oltre a rappresentare «*un urgente bisogno*», se non vuol restare un esercizio di buoni sentimenti, richiede un allargamento del perimetro di interesse della scienza penalistica e un aggiornamento dei suoi metodi, pur nel rispetto della autonomia del diritto penale e dell'irriducibilità del suo nucleo normativo alla mera riproduzione di regolarità empiriche. Cfr. C. ROXIN, *Relazione di sintesi*, (a cura di) L. Stortoni / L. Foffani, *Critica e giustificazione del diritto penale al cambio del secolo*, Giuffrè, Milano, 2004, 455; C. PRITTWITZ, *Das Strafrecht: Ultima ratio*, cit., 390 ss. Se in gioco è una questione di potere – cfr. S. CASSESE, *Il nuovo assolutismo*, *Il Foglio*, 10 dicembre 2019 che, sia pure come «*ipotesi di lavoro*», si dice convinto che il neo-assolutismo penale sia figlio della creazione di un nuovo potere costituzionale grazie al quale «*politica e giustizia ristabiliscono un antico legame*» – allora sarebbe miope o in mala fede rimproverare chi, per dichiarata consapevolezza, rifiuta il ruolo osservativo dello scienziato sociale e non si limita a ridurre l'indagine ad una cristalleria dogmatica – tale perché non scende «*nell'oscuro abisso del potere*» – senza aver prima riformulato, in una prospettiva anti-potestativa, lo spazio e la qualità della normatività da ordinare. Cfr. G. MARRA, *Extrema ratio ed ordini sociali spontanei*, cit., 16 ss.; 137 ss. Per la citazione vedi invece N. IRTI, *Destino di nomos*, cit., 118.

sociale per far fronte, tra l'altro¹¹³, all'effettiva minimizzazione dei rischi lavorativi¹¹⁴. Realtà che il giudice delle leggi ha precocemente validato, innovando l'interpretazione degli art.li 25, comma 2 e 41, comma 1 Cost, come legittima protagonista delle vicende qui considerate, indicandola come necessario criterio integrativo della tipicità legale e, quindi, quale ragionevole limite all'invasività dell'ordine gerarchico: in quel caso impersonificato dal solo potere dirigitivo del «*giudice di scopo*»¹¹⁵.

Si pensi, altresì, ad alcune più recenti decisioni del giudice nomofilattico nel campo della responsabilità medica, ben caratterizzate da un impegno *ultra legem* finalizzato a limitare i termini della rimproverabilità dell'errore; lavoro che intende consentire ai sistemi decentrati di *clinical risk management* di operare con continuità nel rendere effettive le più efficaci condizioni per la prevenzione di offese alla salute dei pazienti¹¹⁶. Riconoscimento fondato sulla maggior efficacia comparativa di tali sistemi, in termini di tutela del bene giuridico (art. 32 Cost.), rispetto ai risultati conseguibili attraverso l'indirizzo penalistico dell'attività medica. Una logica di apertura alla «*normatività diffusa*», pur senza riferimenti specifici all'*extrema ratio*, già distesamente anticipata in una prima, ed articolata, lettura giurisprudenziale delle novità introdotte in materia dalla c.d. legge Balduzzi¹¹⁷.

Alveo nel quale si collocano anche le importanti innovazioni che lo stesso giudice ha apportato all'interpretazione della colpa datoriale (art. 43 c.p.; Dlgs n. 81/08), proponendone letture più adeguate ad istanze di garanzia individuale e di funzionalità

¹¹³ La responsabilità medica è un altro settore caratterizzato da tale riconoscimento; anticipatorio rispetto ai successivi sviluppi della legislazione. Cfr. A. Di LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individualizzazione della colpa penale nel settore sanitario*, Giappichelli, Torino, 2012. Cass., sez. IV, n. 39592/2007; Cass., sez. IV, n. 4391/2011. Qui il riferimento all'art. 2236 c.c. come traduzione normativa di una regola logica ed esperienziale che sta nell'ordine delle cose: *natur der Sache* che produce in modo autonomo vincoli normativi, non diversamente da quanto può dirsi con riferimento alle massime di esperienza.

¹¹⁴ Il fenomeno «*della cosiddetta auto-normazione delle regole cautelari*» è una «*pagina nuova, sistemica del nostro diritto penale*». Un «*paradigma nuovo*» che, in assenza di un'adeguata razionalizzazione, induce a pessimistiche previsioni in ordine alle sue «*conseguenze devastanti, anzitutto in termini di garanzie*». C.E. PALIERO, *Il tipo colposo*, (a cura di) R. Bartoli, *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e di impresa*, Firenze university press, Firenze, 521 s. Per una lettura sistematizzante, aperta ai criteri di razionalità normativa tipici di teorie istituzionali del diritto, D. BIANCHI, *Appunti per una teoria dell'autonormazione penale*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 1478 ss.

¹¹⁵ Corte cost. n. 312/1996.

¹¹⁶ Cass., SS.UU., n. 8770/2017, Mariotti. Per una lettura critica dell'*iter* riformistico della responsabilità medica cfr. L. RISICATO, *Il nuovo statuto della colpa medica: un discutibile progresso della responsabilità del personale sanitario*, *La legislazione penale*, 7 giugno 2017, spec. 7 ss.

¹¹⁷ Cass., sez. IV, n. 12637/2013.

prevenzionistica¹¹⁸. Risultati significativi, anche considerando la piena vigenza, certamente sul piano della pre-comprensione ermeneutica¹¹⁹, di un'idea di primazia della tutela penale che condanna, dal lato della razionalità materiale, ogni suo arretramento come inammissibile concessione fatta al predominio di un assoluto disvalore (qual è il profitto rispetto alla salute); mentre sul piano della razionalità strumentale accredita il convincimento che la tutela dei beni giuridici è questione di competenza esclusiva della funzione di deterrenza propria della coercizione penale.

Raccogliendo quanto emerge dal diritto vivente, per esaminarlo in una prospettiva più generale, può dirsi che ciò a cui si assiste è il tentativo di recuperare la valenza assiologica e funzionale del pluralismo ordinamentale¹²⁰.

Una prospettiva di sostenibilità complessiva della tutela penale di diritti fondamentali entro la quale si colloca un'ormai cospicua attività di riforma da parte del legislatore, la cui genealogia può essere fatta risalire, oltre che alle indicazioni provenienti da pragmatiche fonti sovranazionali¹²¹, anche alla portata sistemica dell'anticipatorio impegno della prassi applicativa, pur con tante incertezze e non minori ripensamenti.

Esemplare di questo *trend* è il sotto-sistema del Dlgs n. 231/01 che può essere interpretato come momento nel quale le iniziali e parziali sperimentazioni (L. n.

¹¹⁸ Significativa l'evoluzione in atto con riguardo alla valutazione del comportamento anomalo da parte del lavoratore. Mutamenti caratterizzati, pur di fronte alla pesante ipotesi ermeneutica fissata dall'esistenza di un rapporto di dipendenza tra autore/datore e vittima/lavoratore, dall'emersione di un principio di competenza decentrata nella gestione della sfera di rischio assegnato a ciascuno dei partecipanti all'organizzazione prevenzionistica: lavoratori compresi. Cfr. Cass., SS.UU., n. 38343/2014, Espenhahn *et al.* Successivamente, in termini ancora più netti, parlando di «*auto-responsabilità del lavoratore*» quale capacità di «*apprezzare e cogliere il pericolo creato dalla procedura seguita*», Cass., sez. IV, n. 8883/2016. Per la 'precisazione' del concetto Cass., sez. IV, n. 49885/2018. V. anche Cass., sez. IV, n. 4890/2015. D. MICHELETTI, *Il criterio della competenza sul fattore di rischio concretizzatosi nell'evento. L'abbrivio dell'imputazione colposa*, in questa *Rivista*, 2015, 509 ss. Per una dimostrazione della assenza di profili antinomici tra il necessario recupero delle garanzie individuali e l'altrettanto fondamentale bisogno di messa in sicurezza dei beni giuridici, si consenta il rinvio a G. MARRA, *Prevenzione mediante organizzazione e diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2012.

¹¹⁹ C. PIERGALLINI, *voce Colpa (diritto penale)*, *Enc. dir., Annali*, vol. X, Giuffrè, Milano, 2017, 222 ss.; spec. 259 ss.

¹²⁰ M. CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Giappichelli, Torino, 2017, spec. 37 ss.; 251 ss.

¹²¹ L'interesse pratico che muove la normazione sovranazionale coincide con la disponibilità a valorizzare, per scopi di miglioramento della tutela dei beni protetti, l'argomento empirico che sostiene l'idea che i rischi sono meglio cautelati se nella prevenzione delle conseguenze avverse è coinvolto chi ne ha la gestione a livello locale. F. PALAZZO, in F. PALAZZO / F. VIGANÓ, *Diritto penale. Una conversazione*, cit., 157. V. anche, in una prospettiva più generale, G. FORTI, *Le ragioni extrapenali dell'osservanza della legge penale*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 1127 ss.

626/94) delle virtù, anche penalistiche, dei modelli di «*regolazione riflessiva*»¹²², hanno acquisito piena visibilità sistematica e con essa capacità di orientare l'ulteriore impegno riformistico del legislatore (Dlgs n. 81/08; L. n. 190/2012, Dlgs n. 101/2018, ecc.). Un caleidoscopio disciplinare che condivide con la più risalente disciplina della responsabilità corporativa (Dlgs n. 231/01), oltre alla logica (auto)organizzativa dei criteri di imputazione, anche l'obiettivo di creare, attraverso il coinvolgimento dei gestori decentrati degli specifici rischi, le condizioni generali affinché i beni siano meglio protetti e, di conseguenza, il diritto penale meno utilizzato¹²³.

4.1 - *La sicurezza dei beni giuridici tra obblighi statuali di tutela e regolazione privata del rischio-reato. Temi e problemi*

Il coinvolgimento dell'autonomia privata in compiti di assicurazione dell'integrità dei beni giuridici realizza una scelta che spezza «*il nocciolo più duro della legalità*»¹²⁴. Un corpo estraneo alla normalità, a tal punto da far giudicare «*stupefacente*» il successo di cui continua a godere l'autonormazione nella considerazione della politica-criminale¹²⁵. Sorpresa del tutto giustificata anche considerando il fatto che si tratta del risultato di un autentico trapianto, che ha importato nella tradizione continentale modelli regolativi debitori di ben altri contesti ordinamentali e sicuramente mai prima sperimentati nell'esperienza penalistica.

Un senso di estraneità che d'altra parte spiega la posizione critica assunta da molti osservatori di fronte a tali innovazioni della politica criminale¹²⁶. Sensazione che

¹²² I. AYER / J. BRAITHWAITE, *Responsive Regulation*, Oxford University Press, Oxford, 1992.

¹²³ Non più di un accenno è qui consentito ai rapporti tra *corporate governance* e interpretazione del dolo degli amministratori. Seppure nel solco di un teleologismo solo 'personalistico', non sovrapponibile per intero a quello di cui al testo, Cass., sez. V, n. 23383/2007. La decisione si legge anche in *Cass. pen.*, 2008, 103, con nota di F. CENTONZE, *La Suprema corte di Cassazione e la responsabilità degli amministratori non esecutivi dopo la riforma del diritto societario*.

¹²⁴ F. PALAZZO, in F. PALAZZO / F. VIGANÓ, *Diritto penale. Una conversazione*, cit., 157. Qui la precisazione che l'osservazione della flagrante contraddizione con la legalità non equivale a denunciare il tradimento della sostanza di questa garanzia. La destrutturazione del monopolio statale sulla penalità avviene, infatti, ampliando verso il basso il perimetro dei soggetti legittimati a concorrere nella determinazione del rischio consentito, con un'operazione che presenta un «*interessante tratto di democrazia*».

¹²⁵ F. PALAZZO, in F. PALAZZO / F. VIGANÓ, *Diritto penale. Una conversazione*, cit., 157.

¹²⁶ Per un quadro, cfr. S. MANACORDA, *La dinamica dei programmi di compliance aziendale: declino o trasfigurazione del diritto penale dell'economia, Le società*, 2015, 473 ss. Merita d'essere annotata la diffusa declinazione di questo contrasto soprattutto come apertura al rischio di impunità. Cfr. ad esempio, A. ALESSANDRI, *Diritto penale ed attività economiche*, Il Mulino, Bologna, 2010, 119 s.

sfocia in aperta ostilità da parte di chi ha inteso questa linea di riforma, per riprendere una caustica metafora, come un ingiustificabile mandato emesso a favore della capra affinché svolga compiti di giardiniere (per di più al di fuori del controllo da parte del proprietario del giardino)¹²⁷.

Preoccupazione che sembra soprattutto distinguere la pre-comprensione di larga parte della prassi applicativa che, grazie alle generose maglie delle discipline di prevenzione mediante auto-organizzazione, non trova troppi ostacoli per far valere questa sua opposizione: con sicuro sacrificio della vocazione all'intervento penale selettivo, ed un altrettanto certo recupero della centralità dell'idea punitiva.

Si tratta di atteggiamenti che possono essere in parte spiegati riferendosi al peso che nel discorso penalistico ancora vantano retaggi positivistici: responsabili della percezione, anche endo-disciplinare, della generale antinomia tra organizzazione spontanea e ordine positivo. L'idea è che la convivenza possa essere garantita soltanto preservando la validità incondizionata della legislazione rispetto a quelle regolarità emergenti, per esercizio della ragione pratica, nelle materie regolamentate. Operazione che equivale a chiudere ogni fessura che incrina il monopolio statale sul diritto, impedendo così l'ingresso nel piano del dover-essere di fonti normative incontrollabili 'politicamente'¹²⁸. Impegno che nel caso in esame giustifica la denuncia di estraneità formulata nei confronti dell'irruzione, tra i criteri di imputazione penalistica, di un impianto regolativo debitore di esperienze di giuridicità senza progetto, la cui specificità è data dall'aderenza del dover-essere alla razionalità dei fenomeni sociali regolati, piuttosto che dal grado di rispondenza all'intenzionalità dell'agente che pone la legge o che decide della sua applicazione¹²⁹. Radici opposte a quell'essenza gerarchica che

Complessivamente, V. TORRE, *La privatizzazione delle fonti di diritto penale: un'analisi comparata dei modelli di responsabilità penale nell'esercizio dell'attività di impresa*, Giuffrè, Milano, 2013.

¹²⁷ F. STELLA, *Criminalità d'impresa: lotta di sumo, lotta di judo*, Riv. trim. dir. pen. econ., 1998, 459 ss. (con riferimento a B. Schünemann).

¹²⁸ Il fatto che tutto ciò avvenga mentre si moltiplicano gli spazi generosamente concessi alle decisioni sull'illecito da parte di una fitta normazione di rango sub-legislativo, dimostra che, nel diritto penale moderno, la difesa della riserva di legge vale quale protezione del nucleo politico della legislazione penale. La sola normatività *extralegem* alla quale si consente pressoché libero accesso è infatti la sublimazione dell'idea della politicità dei comandi e della finalità d'organizzazione pubblica del sociale.

¹²⁹ P. KAHN, *Origins of Order: Project and System in the American Legal Imagination*, Yale University Press, New Haven, 2019, 63. Le conclusioni non dovrebbero essere però affrettate. Si consideri infatti che tanto i *common lawyer* – sostenitori del fatto che «la consuetudine deve essere ragionevole» o comunque «non irragionevole» – quanto la dottrina penalistica continentale, specie quella che ha ampliato il proprio bagaglio critico attingendo dalla Costituzione nuovi strumenti di analisi, concordano nel sottoporre i comandi del legislatore allo scrutinio della ragionevolezza. D. PULITANÒ, *Ragionevolezza e diritto penale*, Editoriale scientifica, Napoli, 2012, spec. 67 s. Per la citazione, Sir W.

impronta il diritto penale quale tecnica di controllo sociale, determinandone la programmata chiusura rispetto a motivi di «*saggezza pratica e di razionalità discorsiva*». Aperture «*ad un orizzonte che sta oltre il diritto posto*», delle quali, come chiosa autorevole dottrina, «*il nostro mondo penalistico ha [però] un gran bisogno*»¹³⁰.

Comunque sia, l'originaria estraneità è divenuta regola e in quanto tale partecipa da protagonista agli equilibri del sistema¹³¹. È diritto che anticipa e resiste all'abrogazione della sua legislazione¹³². Di conseguenza, è ormai difficile sostenere che la partecipazione dell'autonomia privata a compiti pubblicistici, compresa la prerogativa della tutela dei beni giuridici, sia un'infiltrazione che, se non può essere neutralizzata, deve essere comunque vigorosamente minimizzata, al fine di ripristinare, nel maggior grado possibile, l'egemonia della progettualità statuale nella selezione dei beni giuridici e nella loro organizzazione¹³³.

4.1.1 – *Opposizione costituzionale?*

Per chi professa la propria fedeltà alla gerarchia propria di ogni ordinamento kelseniano, quanto detto dovrebbe essere motivo sufficiente per deporre le armi imbracciate a difesa del monismo disciplinare della norma penale. Tuttavia, poiché molta acqua è filtrata nel basamento dell'antica piramide, modificandone gli equilibri, quel fedele avrebbe buon gioco nel dire che la sua opposizione continua ad essere giustificata in nome di un superiore *nomos* costituzionale: approssimativamente riferibile al piano del «*solidarismo sociale del costituzionalismo*»¹³⁴. Un livello, vien da osservare, dove si colgono momenti di indistinzione tra politica e diritto in misura sufficiente ad

BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England in Four Books*, vol. I, J.B. Lippincott Co., Philadelphia, 1893, Section II, § 3, n. 2.

¹³⁰ D. PULITANÒ, *Ragionevolezza e diritto penale*, cit., 67.

¹³¹ Cass., sez. IV, n. 30679/2019. Decisione che si segnala per aver sviluppato, quale criterio di governo dell'imputazione colposa, il principio che obbliga chi predispone liberamente la propria sfera organizzativa (art. 41 Cost) alla responsabilità per il danno originato dalla sua conformazione irrispettosa dei limiti al rischio consentito. Criterio indotto da considerazioni sistematiche ricavate dalla speciale logica regolativa di settore e dai principi tipici della responsabilità civile per il rischio. V. anche G. JAKOBS, *Sistema dell'imputazione penale*, Esi, Napoli, 2017, 27 ss. Ampiamente L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, Giappichelli, Torino, 2012.

¹³² Cass., SS.UU., n. 8770/2017, Mariotti. G. JAKOBS, *Sistema*, cit., 83. «*Nessun legislatore può infatti superare lo spirito stabile della società*», che si origina e si modifica secondo quella 'semantica' che dal corpo sociale «*emerge in conseguenza delle dinamiche [spontanee] della sua autonomia*».

¹³³ F. SGUBBI, *Il diritto penale totale*, cit., *passim*.

¹³⁴ F. PALAZZO, in F. PALAZZO / F. VIGANÓ, *Diritto penale. Una conversazione*, cit., 101.

allarmare soprattutto il penalista di fronte ad argomenti normativi che si dicono ricavati per deduzione da quella sfera. Ai fini di questo studio, ciò significa evidenziare il coinvolgimento di motivi ideologici a sostegno dell'insuperabile opposizione spiegata contro una «*produzione normativa che proviene dal basso della comunità degli operatori nei vari rami di attività*»¹³⁵. Argomenti riducibili alla generale ritrosia nei confronti della relativizzazione del potere di progettualità politica dell'ordine sociale. Idea che nello specifico coincide con la pre-comprensione che associa lo Stato minimo alla massima negazione dell'eguaglianza, mentre intende l'ordine neo-liberale come formula di sintesi per indicare il regresso alla legge del più forte propria dello stato-dinatura. Da qui il fuoco di critiche nei confronti di programmi di riforma, quale ne sia il merito, promossi dai fautori della *deregulation*, specialmente quando ciò implichi il ritrarsi della tutela penale¹³⁶.

È indubbio che quella pre-comprensione promuova la necessaria attenzione da parte degli interpreti su dispositivi disciplinari che corrono il rischio, non teorico, di dare copertura ad indebite concessioni rilasciate a «*poteri selvaggi*»¹³⁷; primo fra tutti il «*nichilismo*» individualistico¹³⁸. Non dovrebbe, però, neppure dubitarsi del fatto che inforcando quelle lenti si perde la possibilità di intendere la strumentalità dei modelli regolativi in esame nella prospettiva della ragionevole salvaguardia dell'organizzazione sociale, modelli che, a questo scopo, non ricorrono a quel misto di 'violenza-autorità-e-

¹³⁵ F. PALAZZO, in F. PALAZZO / F. VIGANÓ, *Diritto penale. Una conversazione*, cit., 157 ss. Alla base gli «*interessanti tratti di democraticità*» che trovano collocazione nella dimensione costituzionale propria di una Repubblica-Democratica. Volendo si veda anche quanto già osservato in G. MARRA, *La politica penale giudiziaria rivisitata nell'era del disincanto penalistico*, *Studi in onore di Alfonso Maria Stile*, Esi, Napoli, 2013, 273 ss.

¹³⁶ G. MARRA, «*Diritto penale moderno*» v. «*diritto penale neoliberale*». *Immagini francofortesi nella gius-penalistica spagnola*, *Studi urbinati*, 2016, vol. 67, fasc. 3-4, 279 ss. (anche per ulteriori riferimenti interni e comparati).

¹³⁷ L. FERRAJOLI, *Poteri selvaggi*, Laterza, Roma-Bari, 2011.

¹³⁸ Si tratta di un'accusa veemente che ricorre, anche all'interno della letteratura penalistica, per stigmatizzare gli assetti che l'idea liberale imprime alla potestà punitiva. S. SEMINARA, *Sul metodo tecnico-giuridico e sull'evoluzione della penalistica italiana nella prima metà del XX secolo*, *Scritti in onore di Mario Romano*, vol. I, Jovene, Napoli, 2011, 587 ss. Il suo odierno riproporsi, sia pure in contesti politico-culturali del tutto diversi dall'originario sfondo autoritario, al fine di giustificare una maggiore socializzazione dell'esperienza gius-penalistica, dimostra la vitalità di un'idea che ha già fornito ampia prova della sua corrosività nei confronti dell'apparato garantistico e, al contempo, ancora prima della rarefazione di quest'ultimo, della propria potenzialità nel conferire al sistema penale distesi compiti potestativi (nei confronti dei singoli destinatari) e promozionali (rispetto all'autonomia dell'organizzazione sociale).

potere' che è la *Gewalt* positivista monopolio dell'ordine gerarchico¹³⁹. Ispirazione alla tutela decentrata che di per sé non salva la deregolamentazione – né la decriminalizzazione! – di fronte al Tribunale che promuove, nei confronti di entrambe, la medesima accusa di disarmare il potere politico/statuale; in assenza del quale si continua a pensare che vi sia posto solo per l'anomia o per il disordine di una regola che istituisce il privilegio per i forti. Prognosi che trova una buona conferma nelle molte critiche che colpiscono anche meno arditi tentativi di sottrarre alla mastodontica competenza della legislazione penale qualche spazio della moderna organizzazione sociale, recuperando quanto così 'salvato' a dinamiche organizzative più pluralistiche e liberali¹⁴⁰.

¹³⁹ Il termine *Gewalt* non può essere tradotto se non «*allineando una dopo l'altra le parole "violenza", "autorità" e "potere" come se le pronunciassimo tutte d'un fiato*». F. JESI, *Esoterismo e linguaggio mitologico*, Quodlibet, Macerata, 2002, 29. In questo senso costituisce l'oggetto della contestazione nei confronti di un diritto penale che non sia costituzionalmente critico nei confronti di tale forza. W. NAUCKE, *Die Aushöhlung der strafrechtlichen Gesetzmäßigkeit durch relativistischen, politisch aufgelandenen strafrechtlichen Positivismus, Geztzlichkeit udn Kriminalpolitik*, Klostermann, Frankfurt am Main, 1999, 270. Censura sviluppabile anche in una prospettiva utilitaristica: è infatti una falsa «*idea di utilità [...] quella che vorrebbe dare a una moltitudine di esseri sensibili la simmetria e l'ordine che soffre la materia bruta e inanimata*». C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., § XL.

¹⁴⁰ G. MARINUCCI / E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1999, 401 ss. In questo senso «*l'ordine spontaneo del mercato non è un ordine come gli altri*», è infatti, perché liberato dall'ipoteca della sovranità, un «*ordine [decentrato e] fine a se stesso*». A. GARAPON, *Lo Stato minimo*, Cortina editore, Milano, 2012, 16. Non il solo, per vero, ad avere tali caratteristiche di 'strumentalità' per gli scopi dei singoli partecipi. C. LOTTIERI, *Beni comuni, diritti individuali ed ordine evolutivo*, IBL, Milano, 2020. Un insieme nel quale sono tutti consapevoli della necessità di coordinazione che può essere assicurata solo dal diritto, mentre nessuno è favorevole a descrivere l'esperienza giuridica senza distinguere il diritto dal comando di una volontà che dal centro, per mezzo della legislazione, conforma secondo la propria intenzione mezzi e fini della convivenza civile. Motivo riproposto in ambienti non positivisti, né simpatetici con i valori del neo ordine liberale (F. GIUNTA, *Ghiribizzi*, cit., 86. W. NAUCKE, *Die Aushöhlung*, cit., 256 ss.; spec. 258; 270), a dimostrazione della neutralità ideologica dell'assunto. Facile comprendere la capacità irritativa di tali letture agli occhi di chi, anche all'interno della riflessione gius-penalistica, giudica il riferimento alla necessità che resti garantito un ordine senza finalità un modo per occultare il fatto che si finisce per giustificare il disordine della diseguaglianza. Un vuoto che, come si afferma da posizioni positivistiche e d'avanzata democrazia, è da ritenersi intollerabile da parte di un moderno legislatore: la cui razionalità, sorta dalle macerie del tradizionale sentimento del diritto, gli impedisce di restare neutrale e passivo di fronte a ciò che evolve a prescindere, ed oltre, la sua intenzione. Convinzione che fa dimenticare che ancora oggi la difesa degli ordini sociali spontanei – che è cosa diversa dalla neutralità rispetto al determinismo di ordini naturali o metafisici – «*si iscrive spontaneamente nel progetto illuministico*» di razionalizzare quanto necessario per liberare il funzionamento di un ordine sociale personalistico. A. GARAPON, *Lo Stato minimo*, cit., 16; 19. Obiettivo a difesa del quale stanno le garanzie individuali contro la coercizione arbitraria e, prima ancora, la protezione contro una pretesa punitiva espansa oltre la necessità di preservare le sole generali regole di condotta adeguate alla dinamica evolutiva di un ordinamento della convivenza, che evolve per il successo di esperimenti di coordinazione volontaria tra individui. Proprio perché si tratta di una visione che non sembra avere più grande presa nel dibattito pubblico, è necessario aggiornare le linee di difesa, spostandole con più decisione su di un piano normativo anti-

4.1.2 - *Compattezza coercitiva versus ordinamento delle distinzioni*

Se la tesi sin qui esposta va denunciata per il suo ingiustificato massimalismo, che determina una intollerabile compressione delle autonomie, analogo atteggiamento critico va tenuto di fronte ai cantori del credo neo-liberista. Fautori di uno stato-ultra-minimo in materia economica, al contempo sostenitori, però, di una statualità che deve essere massima potenza di tutela del *law & order* in ogni spazio sociale nel quale ci sia un previo ordine (morale o di mercato) da difendere di fronte all'anomia. Minaccia contro la quale non è possibile tutelarsi, questo è il punto, predicando l'astensionismo della legislazione, come invece è necessario sia fatto di fronte allo spontaneo ed autocorrettivo funzionamento del mercato, rispetto al quale è proprio la legislazione, si dice, ad introdurre momenti caotici¹⁴¹. Massimalismo di cui fanno le spese, come dimostrato dai dati univoci della comparazione, minoranze, contestatori, dissoluti, diseredati, disadattati, tossicodipendenti, malati di mente, ecc.¹⁴².

In entrambi i casi la critica è pienamente giustificata perché ci si trova di fronte ad estremismi già condannati dalla storia più nobile della riforma penale: egualmente impegnata a non smobilitare le ragioni dell'effettiva tutela dei beni giuridici da parte del sovrano, in quanto presupposto di un ordine delle libertà, e, al contempo, a preservare l'immunità degli ordini sociali spontanei di fronte alla pretesa statuale di costringerne il funzionamento in vista del meglio e del più giusto. Un impegno che non è solo passato, se è vero che la descrizione di quella storia continua ad essere proposta alle future generazioni di penalisti quale componente essenziale dei fondamenti dell'odierna potestà punitiva¹⁴³. Si tratta dunque d'una tradizione ritenuta ancora capace, tra l'altro, di indirizzare l'impegno degli operatori affinché l'intervento penale e, soprattutto, il suo sistema non risultino conformati dai principii di un ordine claustrale o dai determinismi propri di ordini naturali, né dalla sola forza fattuale di una società in tumulto o dalla volontà politica di chi è sovrano¹⁴⁴.

Progettualità che, detto in estrema sintesi, presuppone il ripristino, fin dal suo

maggioritario. M. DONINI, *Populismo*, cit., 52. Occorre cioè verificare, senza cedere a lusinghe creazionistiche, se l'*extrema ratio*, nel senso fin qui discusso, sia un principio costituzionale almeno implicito; tale, pertanto, da poter concorrere positivamente con gli ulteriori interessi di analogo rango. Di fronte ai quali, come insegna il giudice delle leggi, non può essere né ignorata, né irrazionalmente sacrificata. G. MARRA, *Extrema ratio ed ordini sociali spontanei*, cit., Capitolo II; *Conclusioni*.

¹⁴¹ B. HARCOURT, *The Illusion of Free Market*, Harvard University Press, Cambridge Ma, 2011.

¹⁴² D. GARLAND, *La cultura del controllo*, Il Saggiatore, Milano, 2004.

¹⁴³ G. FIANDACA / E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2006, IV ed., XX.

¹⁴⁴ Già, C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., §VI; XL.

avvio, della dualità, che resta invece soppressa nella più rigida ortodossia positivista, tra ordine legale (intenzionale) ed organizzazione sociale (non intenzionale, o spontanea)¹⁴⁵. Obiettivo che, in ultima analisi, impegna almeno la dottrina nella difesa della complessità propria dell'ordinamento della giuridicità: sia questa approntata sotto l'insegna di antiche massime – «*esse secundum ordinem non est esse unum simpliciter*» poiché «*ordo includit distinctionem*»¹⁴⁶ – o innalzando la bandiera di più attuali precetti costituzionali, la cui effigie rappresenta i molti principi che obbligano il legislatore penale al rispetto del pluralismo e alla tolleranza verso la rischiosità della libertà individuale. Premessa il cui primo corollario, in termini di qualità della legislazione, afferma che la normatività, non esclusa quella penale, non può essere ridotta ad «*artificio costringente le forze spontanee della società*»¹⁴⁷; che equivale ad affermare la necessità che sia data tutela all'imprevedibilità della libertà¹⁴⁸. Coordinata razionale, tuttavia, lontana dall'orizzonte dell'attualità penalistica, impegnata a produrre sempre più legislazioni penali chiuse al corrispondente diritto¹⁴⁹: a tal punto da aver sollecitato il giudice delle leggi a rivedere il suo tradizionale *self-restraint* nel sindacare la discrezionalità del legislatore, soprattutto in materia penale¹⁵⁰.

Pur con ogni necessario realismo, quanto fin qui osservato consente comunque di sostenere senza arbitrarietà che i modelli di gestione del rischio-reato affidati alla partecipazione tra pubblico e privato sono un'opportuna e doverosa eccezione al massima-

¹⁴⁵ Chiave di lettura affatto eccentrica – ed eventualmente tale solo perché fino ad oggi dimenticata – anche rispetto ad una riflessione sistematica sul disordine nel quale versa la legislazione penale. P. KAHN, *Origins of Order*, cit., *passim*. Tema ben al centro anche della riflessione comparatistica. R. SACCO, *Antropologia giuridica*, Il Mulino, Bologna, 2007; M. BALESTRIERI, *La legge e l'arcaico. Genealogia comparata dell'ordine moderno*, Nimesis, Milano-Udine, 2017. Più sfumata è la posizione della dottrina penalistica, che ha talvolta giudicato il tema addirittura incomprensibile, nonostante l'attenzione riservatagli in altre occasioni. Cfr. C. E. PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale*, Editoriale scientifica, Napoli, 2011, spec. 49; L. EUSEBI, *Normatività legislative e «leggi imperfette»: etica e diritto nella società pluralistica*, *Jus on-line*, 2015, n. 2, 1 ss. Per ulteriori ragguagli cfr. G. MARRA, *Extrema ratio ed ordini sociali spontanei*, Capitolo II.

¹⁴⁶ P. GROSSI, *Introduzione al Novecento giuridico*, cit., 96.

¹⁴⁷ P. GROSSI, *Introduzione al Novecento giuridico*, cit., 105.

¹⁴⁸ A. GARAPON, *Lo Stato minimo*, cit., 245.

¹⁴⁹ Sul nesso tra narrazione del penale come esclusiva dimensione di senso dell'ordine sociale e il progredire tecnico dell'espansione illiberale della coercizione penale cfr. G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, cit., 191 s. Qui anche la sottolineatura dell'urgenza «*di ripensare in radice il diritto penale, anche allo scopo di recuperare il principio di extrema ratio*». V. anche M. ROMANO, *Ripensare il diritto penale (a dieci anni dalla scomparsa di Federico Stella)*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1 ss.

¹⁵⁰ V. MANES, *Proporzioni senza geometria*, *Giur. cost.*, 2016, 2105 ss. V. anche Corte cost. n. 32/2020.

lismo penalistico. Istituiscono infatti, per riprendere un'efficace immagine, isole di pluralismo nel mare della coercizione penale¹⁵¹. Statuto conferitogli anche dalla loro aderenza al nucleo più autentico, e radicale, della modernità penalistica; da identificarsi con l'affermazione che «*l'unica ratio*» capace di legittimare la potestà punitiva coincide con la possibilità che la stessa possa «*scomparire*», almeno come fonte di comandi a garanzia di teleologismi solo pubblicistici, di fronte alle forze spontanee dell'organizzazione sociale, la cui capacità di produrre coordinazione evolutiva identifica il «*saldo socialmente positivo*» dell'operazione¹⁵². Massima che è parte integrante della rivoluzione anti-assolutistica, la cui posta in gioco era, ed è, niente di meno della negazione della costruibilità tecnica «*della natura dell'uomo e della sua intera esistenza*»¹⁵³. Vasto programma, comprensivo della critica ad un sistema penale il cui diritto sia ridotto al recinto entro il quale trovano spazio gli indefiniti contenuti delle singole leggi positive¹⁵⁴.

4.1.3 - *L'organizzazione delle istituzioni sociali tra legge penale ed autonomia*

In quanto rischio endemico del sistema penale, data l'intrinseca caratura gerarchica della normatività penalistica, quello appena descritto è un pericolo che non risparmia i tentativi di conservare il momento pubblicistico della norma penale in funzione d'ordinamento teleologico del reale e nei soli limiti in cui ciò sia necessario per l'evoluzione di organizzazioni decentrate delle istituzioni sociali. Come attestano i già ricordati atteggiamenti di quella parte della prassi applicativa persistente nel sostenere ermeneutiche dei doveri cautelari definibili come semplicistiche perché ignorano – se non formalmente, di certo sul piano sostanziale – la specificità della logica normativa e funzionale che, come nel caso della sicurezza dei luoghi di lavoro, impronta l'impianto regolatorio di riferimento, dal quale i destinatari attingono la propria regola di

¹⁵¹ F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio fondamentale*, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, 2007, 1279; spec. 1307. L'allineamento di questa opinione con più generali interpretazioni del pluralismo giuridico quale rimedio ai pericoli di un'assoluta auto-regolazione e ai guasti, di non minore rilievo, della normatività che fa capo ai nuovi Leviatani cfr. G. ROSSI, *Il mercato delle regole*, Adelphi, Milano, 2006, 78 ss.

¹⁵² M. DONINI, *Populismo e ragione pubblica*, cit., 57.

¹⁵³ M. DONINI, *Populismo e ragione pubblica*, cit., 53. M. GALLO, *Le fonti rivisitate*, Giappichelli, Torino, 2019, XII.

¹⁵⁴ La legislazione, in quanto espressione di una volontà ordinativa, si distingue dal «*diritto...normante*» anche secondo l'autorevole opinione di M. DONINI, *Populismo e ragione pubblica*, cit., 54. La prima è infatti una mera tecnica d'organizzazione sociale che si risolve in «*un insieme di ordini, volti a soddisfare i fini di chi comanda*» piegando «*altri all'obbedienza*». N. IRTI, *Il destino di Nomos*, cit., 139.

condotta. Chiusura che, ad esempio, spinge gli interpreti ad esaurire l'indagine sulla colpa datoriale riferendosi o al massimalismo preventivo dello *standard* stabilito dall'art. 2087 c.c. o alla sola disciplina penalistica dell'oggettività causale (art. 41 c.p.), egualmente ispirata da scopi di ottimizzazione della funzione preventiva della deterrenza generale: atteggiandosi, in entrambi i casi, come se il Dlgs n. 81/08 non fosse mai stato previsto dal legislatore¹⁵⁵.

Trascuratezza che se da un lato porta a sospettare della correttezza esegetico/sistemica di quei risultati, dall'altro, richiamato quanto in precedenza detto a proposito dei motivi di ostilità alla *de-regulation*, si presta ad essere interpretata come conseguenza del negativo giudizio deontologico/funzionale che colpisce, in sé, il coinvolgimento dell'autonomia privata nelle ragioni pubbliche di sicurezza dei beni giuridici. Una conclusione che può vantare a proprio sostegno precise ragioni di sistema, rinvenibili nella dorsale pubblicistica lungo la quale è disposta l'organizzazione della parte speciale del codice penale; improntata, come è noto, alle necessità di uno Stato concepito come «*sintesi 'organica' regolatrice, in forma autoritativa, di ogni rapporto economico e sociale (Stato totale) e come ragione sufficiente e scopo finale di ogni aggregazione intermedia presente nella società civile, e dell'individuo stesso (Stato etico)*»¹⁵⁶. Ambientazione che dà mandato alla potestà punitiva di «*sancire l'intangibilità di una volontà superiore che non può e non deve essere contraddetta da comportamenti alternativi*» e concorrenti¹⁵⁷.

Poiché è chiaro che questo compito richiede impegno utilitaristico – al pari dell'evidenza che assiste il fatto che l'utilità può essere conseguita anche estendendo

¹⁵⁵ Il tema è generalizzabile quale nodo centrale dell'intero diritto penale dell'economia – parte dell'ancora più generale questione dei rapporti tra Stato e mercato – che si trova costantemente esposto al rischio di assistere all'erosione della propria razionalità ordinativa in conseguenza di concessioni eccessive rilasciate all'autonomia operativa dei destinatari o, al contrario, dell'eccesso di coercizione di cui l'auto-organizzazione è fatta oggetto da parte dell'ordine gerarchico (politico o deontologico che sia). In questi termini possono leggersi le critiche, di diverso segno, mosse alla 'de-penalizzazione' dell'art. 2621 c.c. e all'eccessiva invadenza imperativa del giudice penale nel momento del sindacato sull'operatività aziendale da compiersi in sede penal-fallimentare. C. PEDRAZZI, *In memoria del falso in bilancio*, *Rivista delle società*, 2001, 1345 ss.; S. CAVALLINI Stefano, *La bancarotta patrimoniale tra legge fallimentare e codice dell'insolvenza*, Cedam, Padova, 2019.

¹⁵⁶ T. PADOVANI, *L'organizzazione della parte speciale*, T. PADOVANI / L. STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose*, Il Mulino, Bologna, 2006, 52.

¹⁵⁷ T. PADOVANI, *L'organizzazione della parte speciale*, cit., 52; 65 ss. La giusta osservazione dell'incompatibilità di quell'impianto con l'ordinamento repubblicano deve, però, fare i conti con la linfa eticizzante che scorre nell'albero del diritto penale totale. G. FIANDACA, *Prima lezione*, cit., 22; 190; F. SGUBBI, *Il diritto penale totale*, cit., 69. Poiché nessuno dei due tratti, quant'anche sinergicamente colti, condanna all'incostituzionalità tutta l'esperienza penalistica moderna così connotata, quel giudizio almeno nei fatti va quantomeno relativizzato.

il perimento e i protagonisti del diritto di polizia sociale, come astrattamente si presta a fare il Dlgs n. 231/01 – non è pretestuoso intendere quell’irrigidimento come contributo dato alla pubblicizzazione della sfera privata per motivi d’utilità collettiva. Premessa che facilmente degenera nell’arruolamento delle organizzazioni economiche private quali agenti decentrati della prevenzione; e quando ciò avviene, il senso della punizione non coincide più con l’approntamento di un disincentivo dettato contro organizzazioni aziendali insicure per i singoli beni giuridici esposti al rischio-organizzativo; corrispondendo invece alla previsione di un ‘incentivo’ funzionale alla pro-attiva partecipazione dei garanti decentrati del rischio al generale compito statale di controllo sociale¹⁵⁸. Dovere che sotto quei presupposti non si ritiene possa esaurirsi con la predisposizione di un ulteriore apparato (micro)disciplinare dell’obbedienza già pretesa dall’ordinamento generale, risultando invece indispensabile, per andare esente da responsabilità, anche tutto l’impegno necessario ad acquisire *notitiae criminis* e ad assicurare alla giustizia i singoli colpevoli¹⁵⁹. Con il risultato di trasformare soggetti che esercitano un diritto costituzionalmente garantito d’auto-organizzazione di mezzi e di fini (art. 41, comma 1 Cost.) in garanti dell’ordine pubblico economico, che dunque cessano d’essere imprenditori e società commerciali, come lo sono nella realtà, per divenire artificiose figure titolate con un *munus* pubblico. Una proiezione non teorica¹⁶⁰, come dimostra

¹⁵⁸ Per l’inerenza di questa prospettiva all’eziologia dell’attuale ipertrofia del momento sanzionatorio cfr. L. VIOLANTE, *Contro la Repubblica dei P.M.*, cit. In proposito, l’A. parla di una funzione servente le necessità di una «*democrazia della sorveglianza*»: fucina di un sistema disciplinare onnivoro perché fondato su di un incontenibile sospetto nei confronti del pubblico (partiti, parlamento, burocrati, ecc.) oltre che del privato (imprenditori), non escluse le istituzioni di questo mercato.

¹⁵⁹ V. MONGILLO, *L’organismo di vigilanza nel sistema della responsabilità da reato dell’ente: paradigmi di controllo, tendenze evolutive, e implicazioni penalistiche, La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2015, n. 4, 83 ss. Il settore dell’anti-corruzione è particolarmente esposto a questo rischio, la cui realtà è ben colta, da ultimo, osservando la previsione di cause di non punibilità dettate per scopi di irrobustimento del «*messaggio minaccioso affidato in prima battuta alle norme incriminatrici*» (art. li 323-ter c.p. e 4-bis Ordine penitenziario). S. FIORE, *Tracce di distopia legislativa nella “Spazzacorrotti”. Funzioni simboliche e deterrenza latente nell’uso della non punibilità, La legislazione penale*, 18 giugno 2020, 14.

¹⁶⁰ Di certo non lo è, già oggi, il riferimento all’ordine pubblico economico, la cui vocazione onnivora è scolpita anche da recenti letture giurisprudenziali. «*Con l’introduzione dell’art. 648-ter.1 c.p., il delitto presupposto è dunque destinato, nella pratica, a convivere con questa onnicomprensiva fattispecie, tanto che l’autoriciclaggio può diventare la “coda” di ogni altro delitto non colposo che produca proventi, riciclaggio e ricettazioni compresi*»; Cass., sez. II, n. 13795/2019. P. SEVERINO, *Sicurezza dei mercati finanziari: interessi tutelati e strumenti di tutela, Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 672 ss. Ad onor del vero, con riferimento al Dlgs n. 231/01, si conoscono però anche prassi dell’azione penale aperte

la comparazione¹⁶¹, che in ambito nazionale conosce declinazioni meno eclatanti¹⁶² ma di eguale significato ai fini che qui interessano, con l'inclusione, tra i parametri di giudizio sull'idoneità ed effettività dei programmi di conformazione organizzativa per scopi di prevenzione del rischio-reato, del riferimento al potere statale di programmazione dell'attività economica privata (art. 41, comma 3 Cost.)¹⁶³. Inquadramento che in ogni caso va ben oltre quanto risulta indispensabile affinché l'autonomia privata non coltivi, a proprio ed esclusivo profitto, aree di immunità per la lesione dei beni giuridici¹⁶⁴.

A fronte di tali 'rivincite' dell'ordine gerarchico, spetta alla scienza penalistica il

all'intima logica collaborativa dei modelli di co-gestione dei rischi, il cui fallimento *ex ante* è recuperato, *ex post*, in forma negoziale, con mutuo beneficio di entrambe le parti: quella pubblica che vede soddisfatto l'interesse alla pronta reintegrazione dell'interesse leso e alla non attivazione di impegni processuali complessi ed inutili, visto il risultato già ottenuto; la parte privata che vede, invece, una complessiva diminuzione del carico sanzionatorio. A seguito dell'accordo la società, accollandosi quell'obbligo di integrale reintegrazione, è stata infatti sanzionata meno intensamente, mentre, grazie ad un'inedita interpretazione dell'art. 8 Dlgs n. 231/01, i *managers* non sono stati puniti. Di ciò dà conto L. FERRARELLA, *Milano, la stangata a Credit Suisse. La Banca patteggia 112 milioni*, *Corriere della Sera*, 3 dicembre 2016.

¹⁶¹ Aa.Vv. *Prosecutors in the Boardroom*, New York University Press, New York, 2011.

¹⁶² Quanto alla funzionalizzazione dell'attività di impresa per scopi politici di sicurezza, la comparazione dimostra che non si tratta di astrazione accademica. Vale in proposito il coro di critiche suscitato dall'osservazione del diffondersi di atteggiamenti programmatori da parte delle *enforcement agencies* statunitensi nella gestione di certi istituti della non punibilità sopravvenuta (*Deferred-non-Prosecution Agreements*). A.R. RUGGIERO, *Non prosecution agreements e criminalità d'impresa negli U.S.A.: il paradosso del liberismo economico*, *Diritto penale contemporaneo*, 12 ottobre 2015. Un dirigismo organizzativo da ultimo colto all'opera, sempre con riferimento all'esperienza statunitense, nell'arruolamento delle organizzazioni private da parte delle istituzioni di quell'arcigno ordinamento gerarchico che è il c.d. 'capitalismo politico' per motivi di sicurezza nazionale. A. ARESU, *Le potenze del capitalismo politico*, La Nave di Teseo, Milano, 2020, spec. 240 ss. Il tema non è estraneo all'esperienza dell'ordinamento interno, pur vestendo diversi abiti. M. GALLI, *Poteri confusi, poteri contesi: il giudice penale di fronte alle esigenze della continuità aziendale*, *Diritto penale contemporaneo. Rivista Trimestrale*, 2018, n. 4, 91 ss.

¹⁶³ Cass., sez. V, n. 4677/2013. Non deve ingannare, in proposito, l'apertura che nell'ordito motivazionale è 'concessa' «*ai portati della consolidata esperienza*»: si tratta, infatti, di dati fattuali destinati ad essere messi a norma in una prospettiva diametralmente opposta a quella aperta dal riconosciuto dualismo tra ordine gerarchico della società e ordinamento sociale spontaneo.

¹⁶⁴ Questo finalismo settoriale si inquadra in una prospettiva di sistema, considerando il «*programma*» di tutela, di indubbia valenza ordinamentale, che va sotto il nome d'ordine pubblico. F. GIUNTA, *Ghiribizzi*, cit., 57. Logica replicata da quella continuazione del concetto rappresentata dall'idea di sicurezza che troneggia nella moderna politica-criminale. A. CAVALIERE, *Può la 'sicurezza' costituire un bene giuridico o una funzione del diritto penale?*, Aa.Vv., *In dubio pro libertate. Festschrift für Klaus Volk*, Beck, München, 2009, 111 ss. In generale, S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, Esi, Napoli, 1995.

compito di ripristinare, prima, e mantenere, poi, un ragionevole equilibrio funzionale tra le diverse componenti del modello¹⁶⁵. Risultato ottenibile evitando, in egual misura, che il momento finalistico/pubblicistico prenda il sopravvento sulla razionalità dell'auto-organizzazione privata, o che l'interesse che muove quest'ultima diventi l'arbitro esclusivo del rischio che può dirsi consentito¹⁶⁶. Un lavoro prezioso, il cui esito positivo non sembra però potersi accontentare del consueto impegno sistematico/razionale e del rigore critico profuso nella difesa del solo principio di legalità. Nell'ambiente regolativo qui di interesse occorre, infatti, confrontarsi con un quadro normativo strutturalmente pregno di elasticità dispositiva, tra le cui spire ben possono annidarsi, senza strappi formali, rischi di massimizzazione punitiva e di conseguente dannosità sociale. Osservazione dimostrativa del fatto che il consolidamento di atteggiamenti giudiziali di «*necessaria prudenza*» passa, oltre che per la porta del pragmatismo, anche attraverso il recupero di istanze di garanzia ulteriori rispetto alla legalità; che in questi casi – se non è intesa come sinonimo della ragionevolezza propria della *rule of law* – è parte del problema¹⁶⁷.

5. La garanzia sociale dell'*extrema ratio* e la radice liberale del diritto di punire

Il garantismo che emerge da queste recenti pagine dell'esperienza penalistica si radica nel recupero dell'effettivo funzionamento degli ordini sociali spontanei.

Una novità interpretabile in termini di attuazione del principio di *extrema ratio*

¹⁶⁵ Tale impegno incrocia più piani d'analisi: tra questi anche quello della legalità penale. Garanzia la cui tenuta dipende anche dalla capacità di disinnescare l'insidia che alla regola penalistica di comportamento, quale norma che esaurisce l'identificazione dei suoi presupposti applicativi (art. 6, comma 2 lett. b) Dlgs n. 231/01), è portata dalla diffusione di una legislazione penale dettata secondo *standards* organizzativi che definiscono il perimetro dell'illecito solo attraverso la valorizzazione di riferimenti esterni alla determinazione legale (art. 6, comma 1, lett. a) Dlgs n. 231/01). F. CONSULICH, *Così è (se vi pare), Sistema penale*, 10 aprile 2020, 1 ss.; spec. 15 ss. D'altra parte, è anche vera la necessità, peraltro dotata di valenza costituzionale, di mantenere aperture nella legalità penale per assicurarne la capacità di dialogo con l'autonomia sociale, almeno se si vogliono evitare i rischi di autoritarismo e di conservatorismo penale che allignano dietro il normativismo integrale. M. DONINI, *Antigiuridicità e giustificazione oggi. Una 'nuova' dogmatica, o solo una critica, per il diritto penale moderno?*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 1646 ss. La dimensione costituzionale è lucidamente indagata da M. CARTABIA, *'Nuovi diritti' e leggi imperfette*, *Iustitia*, 2016, n. 2, 153 ss.; spec. 174 ss.

¹⁶⁶ In considerazione del sempre più ampio ricorso a modelli di regolazione partecipata del rischio, oggi estesi fino a comprendere il settore fallimentare, societario, tributario, ecc., l'impegno che attende la dottrina è quanto mai vasto e variegato. Sia consentito rinviare a G. MARRA, *Il diritto penale arbitrario*, Urbino University Press, Urbino, 2020.

¹⁶⁷ F. PALAZZO, in F. PALAZZO / F. VIGANÓ, *Diritto penale. Una conversazione*, cit., 158.

quale garante di una normatività non autoritativa diffusa «*nelle strutture profonde di una civiltà*». Forza che agisce «*nel basso della società*» e che da questa posizione preme «*da sotto in su*» per (auto)ordinare la coesistenza degli individui nella loro vita comune¹⁶⁸. In questo senso deve essere intesa quale immediata messa in discussione di uno dei capisaldi del diritto penale della società punitiva, identificabile nella funzione di normalizzazione degli spazi del pluralismo sociale ad opera della legge penale e dei suoi apparati. Presenze immaginate come eccezionali nel quadro di un effettivo impegno, anche politico, per la tenuta del paradigma giuridico-sociale dello stato-di-diritto: oggi, invece, in tempi di ritrovata fede nell'interventismo statale, in ogni sua forma e per qualsiasi scopo, considerate come protagoniste dell'organizzazione sociale.

Il quadro sommariamente descritto fornisce anche una prova ulteriore del fatto che alla crisi del garantismo non si rimedia soltanto agendo sulla leva della riaffermazione dei soli tradizionali limiti formali all'altrimenti libero esplicarsi della volontà politico-criminale. Neppure se ci si impegna a massimizzarli nella loro portata¹⁶⁹. A quello scopo, ciò che occorre è, prima ancora, il recupero dell'*ethos* liberale che da sempre sostiene il «*diritto penale negativo*»¹⁷⁰. Qualifica che gli compete in quanto scettico nei confronti dell'uso della forza; anche perché consapevole, per ragioni empiriche ed assiologiche¹⁷¹, dell'impossibilità di identificare l'organizzazione della società con il perimetro di validità del comando coercitivo.

Argomento che conferisce alla legge penale una legittimazione non solo positivista, consistente nell'oggettivo apprezzamento del suo contributo alla possibile emergenza di un ordine sociale a partire dal successo dei singoli esercizi di spontaneo coordinamento della libertà quale diritto a-causale¹⁷². Giustificazione corroborata anche

¹⁶⁸ P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2005, 10 s.; 34; 38; 40.

¹⁶⁹ La «*formula nulla poena sine lege, con cui Cesare Beccaria esprime*» il legittimo desiderio di contrastare l'abuso della coercizione penale «*non fa necessariamente parte del concetto di "governo della legge" se per "legge" intendiamo solo le norme scritte promulgate dal legislatore*». F. von HAYEK, *Legge, legislazione e libertà*, cit., 147. La citazione di chiusura si legge nel pionieristico studio critico di F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale*, Il Mulino, Bologna, 1993, 77. In generale cfr. N. MATTEUCCI, *Positivism giuridico e costituzionalismo*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1963, 985 ss.; spec. 1073 ss. (che nella limitazione delle componenti volontaristiche del comando legale vede l'essenza del costituzionalismo liberale).

¹⁷⁰ W. NAUCKE, *Negatives Strafrecht*, cit., 130.

¹⁷¹ M. DONINI, *Perché il garantismo non rende liberali*, cit., 2 s.

¹⁷² F. GIUNTA, *La «giustizia penale liberale»*. *Traendo spunto dal Manifesto dell'Unione delle Camere penali italiane*, *disCrimen*, 13 maggio 2019, 2. Protagonista del discorso garantisco ma anche della riflessione 'costituzionale' sugli ordini sociali spontanei. «*Le istituzioni libere, così come tutto quello che la libertà ha creato, non sono state stabilite in conseguenza della previsione dei benefici che avrebbero apportato*» F. von HAYEK, *La società libera*, Rubettino, Soveria Mannelli, 2007, 131 ss.

da un motivo utilitaristico¹⁷³. Ricorrendone le condizioni, l'ordine delle libertà è infatti in grado di esibire risultati per la società non inferiori agli esiti del funzionamento di ordinamenti sociali a guida centralizzata, i cui contenuti particolari, detto altrimenti, sono «*assoggettati ad un controllo preordinato*» da parte dell'«*apparato dirigitico dello Stato*»¹⁷⁴: quale ne sia la forma di governo o il colore politico dei suoi interpreti. Osservazione che vale, riportando il discorso sull'attualità, ad identificare un sicuro coadiuvante, non privo di rilievo nella dimensione costituzionale, della profilassi contro la mala pianta del più puro funzionalismo penale¹⁷⁵.

5.1 - *Diritto penale del fatto lesivo di beni giuridici, ordini pubblici deontologici ed organizzazione tecnologica dell'ordine sociale*

L'eventuale dissenso teorico sui presupposti della diagnosi del male che attanaglia il discorso sui fondamenti della potestà punitiva non dovrebbe intralciare la possibilità di pervenire ad analoghi risultati per induzione esperienziale. Osservando, cioè, la moltiplicazione storica di interventi punitivi che invertono l'antico rapporto tra la regola del diritto penale come custode dei limiti opposti alla potestà punitiva e l'eccezione che riduce il compito penalistico all'apprestamento di tutti i mezzi necessari per la tutela dei beni giuridici. Dinamica ormai normalizzata¹⁷⁶, con il risultato di alterare *in the facts*, in conseguenza dell'ipertrofia punitiva così generata, il senso delle ragioni ultime del punire¹⁷⁷. Nonostante i bastioni personalistici difesi dalla ragione e, positivisticamente, dalla Costituzione¹⁷⁸.

¹⁷³ M. MAGATTI, *Il potere istituyente della società civile*, Laterza, Roma-Bari, 2005, *passim*.

¹⁷⁴ F. von HAYEK, *Liberalismo*, Rubettino, Soveria Mannelli, 2012, 47. C. SUNSTEIN, *Semplice*, Feltrinelli, Milano, 2013, 279.

¹⁷⁵ T. PADOVANI, *Prefazione*, F. SGUBBI, *Il diritto penale totale*, cit., 19 ss. Sull'idea dello scopo, essenziale paradigma di legittimazione del diritto penale moderno, anche quale parametro analitico dei rapporti tra regola ed eccezione, si veda per tutti il fondamentale studio di L. MONACO, *Prospettive della "idea dello scopo" nella teoria della pena*, Jovene, Napoli, 1984. F. GIUNTA, *Il burocrate creativo*, in questa *Rivista*, 2016, 158.

¹⁷⁶ «*La perfezione del diritto penale totale [è divenuta] diritto comune, diritto del cittadino*». T. PADOVANI, *Prefazione*, cit., 21.

¹⁷⁷ G. FIANDACA, *Prima lezione*, cit., 46.

¹⁷⁸ Almeno per questo non può dirsi chiusa la fase di transizione. Il vecchio diritto penale è al tramonto, ma il nuovo non è ancora legittimato dalla gerarchia delle fonti. Tuttavia, non si dovrebbe dimenticare, come a suo tempo osservato da Giuliano Amato, che il potere di prevenzione, per quanto difficilmente compatibile con il quadro costituzionale di riferimento, ha finito per adattare «*a sé la Costituzione, assai più di quanto non se ne sia fatto condizionare*». Anche per la citazione cfr. A. MANNA, *Misure di prevenzione e diritto penale: una relazione difficile*, Pisa University Press, Pisa,

Non a caso, dunque, si evoca la categoria della totalità per descrivere che cosa il sistema penale è diventato, formulando così una diagnosi che ben si adatta, però, a cogliere un filo rosso risalendo il quale si arriva al generale dogma *extra legem nulla salus* e con esso al punto di avvio della modernità (non solo) giuridica, che si presenta agli individui avvertendoli che fuori dalla tutela statale ci sono solo la certezza dell'insicurezza e l'ombra di una vita breve. Fede secolare che giudica la bontà delle leggi non dalla loro giustizia ma dalla necessità che muove la legislazione, la cui sola utilità è quella di «*modellare la volontà di tutti*» attraverso la coercizione perché sia assicurata a ciascuno la pace¹⁷⁹.

Di fronte a tale forza tutto ciò che le si oppone può valere solo transitoriamente. È vero infatti che non si può punire l'intenzione, fino a quando non emerga attraverso parole o azioni; né è legittimo constatare un crimine prima della legge che lo prevede; come non è possibile confondere il reato con il peccato. Non è però meno giusto dire che di fronte al «*veleno delle dottrine sediziose*» – somministrato alla società tanto da chi pensa e agisce considerandosi giudice delle proprie azioni, quando da chi afferma la necessità «*della divisione del potere sovrano*» – niente sopravvive all'imperativo, illiberale ma non socialmente arbitrario, di liberare il potere dalla minorità alla quale è consegnato da quei limiti, affinché sia conservata la pace/sicurezza sociale. Salvo eccezioni, arbitrario è, dunque, il solo ritirarsi della forza, non più il suo manifestarsi secondo principi di sola funzionalità punitiva. È in ragione di un tale principio che il diritto penale, ieri come oggi, controlla ogni condotta individuale, programma la deontologia della collettività affidata alle sue cure, mentre combatte addirittura contro il caso¹⁸⁰. Atteggiamenti che consegnano la potestà punitiva alla sua attuale preponderanza sull'organizzazione sociale e sui diritti individuali. Fatto che diventa incontra-

2019, spec. 55 ss. Quella attuale è dunque una fase di crisi: un momento, come si è di recente sottolineato, nel quale sono aperte le porte, anche nella discussione sui fondamenti della giuridicità, a quel confuso «*bagaglio dell'ethos, della tradizione, del costume, al quale Dike non cessava di fare segno*», come dimostrano le «*fondamentali intuizioni e ricerche di R[odolfo] Sacco*» sul «*diritto muto*». M. CACCIARI, *Destino di Dike*, M. CACCIARI / N. IRTI, *Elogio del diritto*, cit., 97. V. anche C. COSTANTINI, *Nomos e rappresentazione. Ripensare metodi e funzioni del diritto comparato*, Nimesis, Udine, 2017.

¹⁷⁹ T. HOBBS, *Leviatano*, cit., 102; 143; 282.

¹⁸⁰ F. STELLA, *Giustizia e modernità*, cit. *passim*. Ancora una volta sono la teoria e la prassi della responsabilità colposa a fornire un valido riscontro a quanto detto, nei casi in cui l'agente modello si ritenga incorporare doveri di precauzione. M. DONINI, *Il volto attuale del diritto penale*, cit., 97 ss. Si consentito rinviare a G. MARRA, *La casualità della vita quotidiana può determinare ciò che deve essere punito? Un programma di ricerca per l'extrema ratio*, *Cultura giuridica e diritto vivente*, 2018, vol. 5, 1 ss.

stata dominazione quando il corso della coercizione penale è sottratto anche alla vigilanza statale: come avviene tutte le volte in cui i suoi apparati suppliscono a veri – o presunti – fallimenti del potere sovrano. Ne danno esempio sia le vicende dell'imputazione della colpa individuale, ormai spinta anche a supplire l'inerzia dell'iniziativa di prevenzione da parte dei pubblici poteri¹⁸¹; quanto l'invasivo controllo dirigitico attuato, sul presupposto della commissione di reati dolosi, per colmare le lacune dell'azione legislativa o per invertire la rotta dei controlli amministrativi sull'attività d'impresa¹⁸². Iniziative che, per quanto ispirate dagli ideali più avanzati, restano comunque illiberali. In fin dei conti, l'alveo in cui si collocano le porta a decretare la fine d'ogni spazio di neutralità, a beneficio di ciò che è regolato e di fronte alla decisione pubblica su ciò che deve-essere oggetto di regolazione-mediante-coercizione¹⁸³.

Quasi tutto diviene così materia di «*ordini pubblici tecnologici*»¹⁸⁴. Pochi sfuggono, quindi, alle limitazioni dettate dalla programmazione che li caratterizza in quanto ordini, e alla repressione dettata per assicurare che l'intenzione pubblica sia rispettata. Coercizione che colpisce, senza distinzioni, la commissione di fatti dannosi per gli interessi finali, la devianza rispetto alle specifiche modalità stabilite acciocché l'organizzazione raggiunga lo scopo che gli è stato assegnato, ma anche ogni altra atipicità¹⁸⁵; la sanzione supplisce, *ex post*, ogni lacuna che si manifesta nella completezza disciplinare necessaria affinché il disegno organizzativo raggiunga il suo scopo.

¹⁸¹ F. GIUNTA, *Culpa, culpa*, cit., 7. Una significativa analisi di aspetti di questo tema si legge in P. PISA / G. LONGO, *La responsabilità penale per carenze strutturali ed organizzative*, (a cura di) R. Bartoli, *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e di impresa*, cit., 7 ss. Riflessione anticipatoria rispetto a quanto sta oggi avvenendo nel *redde rationem* post-pandemico. F. SGUBBI, *Il diritto penale totale*, *Il Foglio*, 11 giugno 2020.

¹⁸² F. SGUBBI, *Il diritto penale totale*, cit., 73.

¹⁸³ Mentre il programma di Marburgo tratteggia l'impegno riformistico reso necessario dalla nuova qualità post-liberale dei rapporti che la storia ha stabilito tra individuo, società e Stato, lo *Zweckgedanke* è ciò che trasmette al diritto penale la volontà di «*politicizzazione di ogni spazio della vita*». W. NAUCKE, *Kriminalpolitik des Marburger Programm*, cit., 235 s.

¹⁸⁴ F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale*, cit., *passim*. Lettura che apre un orizzonte di riflessione decisivo per il controllo critico dell'espansione penalistica, la cui dinamica è fomentata anche dall'agonia che, nell'esperienza del diritto penale moderno, vive lo spirito pre-positivo del diritto penale antiassolutistico. A. BONDI, *Philosophieverbot. L'agonia del diritto penale moderno*, *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2006, 99 ss. V. anche G. FIANDACA, *Rocco: è possibile una de-specializzazione della scienza penalistica?*, in questa *Rivista*, 2010, 179 ss.

¹⁸⁵ F. SGUBBI, *Il diritto penale totale*, cit., 45.

Poiché nessun progetto di ingegneria sociale può sfuggire all'incompletezza¹⁸⁶, il diritto penale che sia strumentale a quello scopo sarà altrettanto generalmente ampio, indeterminato e a trazione retroattiva¹⁸⁷.

Il fatto che questa potenza di fuoco non sia sempre dispiegata interamente, per debolezze della volontà o per altri accedenti della storia¹⁸⁸, non sminuisce il fatto che la moderna penalità, ma forse anche il suo sistema, si dimostra fedele al principio che la forza 'pecca' solo quando è somministrata in misura insufficiente per raggiungere lo scopo¹⁸⁹. Criterio che infatti orienta, come un riconosciuto non detto, sia la pragmatica dell'interpretazione (*verba earum tenere sed vim ac potestatem*), così regolarmente sospinta «*oltre la [riserva di] legge*»¹⁹⁰, quanto il processo di riforma, altrimenti disperso dal relativismo delle diverse volontà che storicamente ne determinano gli indirizzi¹⁹¹.

6. Conclusioni

Se la posta in gioco è quella di conservare intatta la sfera dove ogni uomo resta tale¹⁹² e di costruire, a partire da questo nucleo, un ordine sociale delle libertà¹⁹³, allora non è fatica sprecata quella impiegata per ripristinare la regola della libertà rispetto all'eccezione della minaccia e della punizione. Diversamente ci si accontenta di convivere con una legge penale che si trattiene a stento dal rendersi indistinguibile da

¹⁸⁶ «*Nello studio di fenomeni complessi, quali il mercato, che dipendono dalle azioni di molti individui, difficilmente tutte le circostanze che determineranno il risultato di un processo [...] potranno mai essere conosciute o misurabili*». F. von HAYEK, *Una scienza inesatta*, *Il Foglio*, 7/8 ottobre 2017.

¹⁸⁷ F. SGUBBI, *Il diritto penale totale*, cit., 45. F. PALAZZO, F. PALAZZO / F. VIGANÒ, *Diritto penale. Una conversazione*, cit., 56.

¹⁸⁸ Le «*norme costituzionali in materia di diritto penale non costituiscono [...] l'ultimo criterio normativo che il legislatore deve rispettare quando crea le leggi*». W. HASSEMER, *Perché punire è necessario*, cit., 148. Esiste dunque un *Nomos* che si oppone a che la normatività penale sia ridotta alla validità dei *nomoi*. F. von HAYEK, *Legge, legislazione e libertà*, cit., 120 ss. Non è quindi sempre vero che tutto – potere e forza; eccezione e regolarità; ordine e disordine – dipende dalla «*volontà umana [...] che fa da sé il proprio mondo*». N. IRTI, *Il destino di Nomos*, cit., 118

¹⁸⁹ Così, con riferimento allo Jhering dello *Scopo del diritto*, N. IRTI, *Il destino di Nomos*, cit., 119.

¹⁹⁰ Cass., SS.UU., n. 22474/2016, Passarelli; Cass., SS.UU., n. 8770/2017, Mariotti.

¹⁹¹ Esistono «*regole fondamentali che non sono espressamente menzionate nella Costituzione, ma che contraddistinguono comunque la nostra cultura giuridica*» (oltre a stare ancora nel cuore di molti). W. HASSEMER, *Perché punire è necessario*, cit., 148. V. anche Cass., SS.UU., n. 38343/2014, Espenhahn et al., «*il Collegio ha la consapevolezza che [...] sovente le formule della teoria vengono distorte più o meno consapevolmente nella prassi: è il lato oscuro del diritto penale*».

¹⁹² W. NAUCKE, *Die Aushöhlung*, cit., 258. G. INSOLERA, *Perché non possiamo non dirci liberali*, *Ind. pen.*, 2017, 3 ss.

¹⁹³ P. COSTA, voce *Diritti fondamentali (storia)*, cit., 384 s.

ogni altra violenza. Una «*lotta per il diritto*», lo si chiami «*liberale, illuministico o, semplicemente, garantistico*»¹⁹⁴, a cui si è inteso partecipare promuovendo il rilievo dalla macro-dicotomia, di valenza empirica ed assiologica, tra ordini sociali spontanei ed organizzazione gerarchica della vita collettiva. Come si è infatti cercato di dimostrare, qui ed altrove¹⁹⁵, è nella capacità di tematizzare normativamente questa coesistenza che risiede la possibilità di dare un contributo al ripristino della funzione critica dell'arbitrio punitivo propria dello stato-di-diritto e della sua evoluzione costituzionale¹⁹⁶. Ideale che può dunque fare buoni passi in avanti considerando la garanzia individuale del *nullum crimen sine lege* in continuazione con il principio dell'*extrema ratio*: da intendersi anche quale funzione di garanzia impersonale, in quanto assicurazione fornita contro l'arbitrio del comando gerarchico a tutti quegli esperimenti individuali che sono il nucleo minimale dell'evoluzione (spontanea) d'ogni organizzazione realmente sociale¹⁹⁷.

L'*hybris* punitiva si manifesta *in apicibus* quando la sovranità pretenda di imporsi oltre quanto necessario alla coordinazione della società civile: che resta autonoma, nonostante l'intervento autoritativo del legislatore penale, se il dovere da questo potere istituito non si spinge ad organizzarla, coercendo l'agire dei suoi membri, in base a quanto è giudicato indispensabile in vista dell'attuazione di un fine deciso

¹⁹⁴ V. MAIELLO, *Appunti sparsi di 'lotta per il diritto', Diritto di difesa*, 21 febbraio 2020; G. COCCO, *Appunti per una giustificazione liberale della pena, Sistema penale*, 8 maggio 2020, 3 s.

¹⁹⁵ G. MARRA, *Extrema ratio e ordini sociali spontanei*, cit., 79 ss.

¹⁹⁶ F. SGUBBI, *Il diritto penale totale*, cit., 77 ss.

¹⁹⁷ Ciò presuppone che si dia una definizione di ordine-della-libertà/*ordered liberty* incentrata sul fatto che quest'ultima non indica lo stato in cui si trova chi esercita la propria naturale possibilità di agire al di fuori di ogni condizionamento da parte di terzi, ma solo la situazione in cui si trova chi è invece libero di sperimentare la propria autonomia al riparo dall'arbitrio coercitivo di ogni altro. F. von HAYEK, *La società libera*, cit., 76 ss. Conclusione che si salda con la premessa che la libertà – la stessa che è al centro dell'impegno costituzionale – non è uno stato naturale ma una istituzione sociale; prodotta dalla civiltà ma, come si precisa, senza esser data da un disegno intenzionale. «*Le istituzioni libere, così come tutto quel che la libertà ha creato, non sono state stabilite in conseguenza della previsione dei benefici che avrebbero apportato. Ma, dopo che i vantaggi furono riconosciuti, gli uomini cominciarono a perfezionare ed estendere*» l'ordine della libertà. F. von HAYEK, *La società libera*, cit., 131. A tal fine impegnandosi, ben presto, per costruire uno statuto di garanzia contro l'arbitrio penalistico, la cui più eclatante, e basica, manifestazione è data dalla previsione di limitazioni delle libertà che non siano assolutamente necessarie per la tutela della libertà stessa. C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, § II, XLI. Le tracce di questa tradizione si trovano, ancor ben vive, in Corte cost. n. 519/1995; Corte cost. n. 312/1996; Corte cost. n. 242/2019. Il punto che interessa ribadire coincide con il fatto che questa razionalizzazione sociale della libertà individuale è anche in grado di offrire una coerente teoria, di prospettiva minimal-individualistica, della criminalizzazione, posto che l'arbitrio contro il quale è necessario lottare è anche quello che caratterizza certe azioni individuali. W. NAUCKE, *Der Begriff*, cit., *passim*.

‘dall’alto’ in luogo di tutti gli altri possibili. Rischio che la legalità penale, intesa quale stretto vincolo di subordinazione alla disposizione scritta, mira a minimizzare in tutti i casi nei quali un simile teleologismo programmatico sia comunque riuscito a farsi strada nel diritto penale vigente, superando, cioè, lo sbarramento oppostogli, in un momento logicamente antecedente, dalla piena vigenza costituzionale del principio di *extrema ratio*. Funzione protettiva che quest’ultima svolge in modo duplice: garantisce, da un lato, un divieto di colonizzazione pubblicistica dell’auto-organizzazione sociale, quando questa è in grado di evolvere e correggersi da sé; assicura, dall’altro, che al legislatore sia indirizzato un comando, per il caso in cui risulti comunque necessario integrare dall’alto quella spontaneità, che lo obbliga a limitare le sue scelte di criminalizzazione all’interno delle sole regole di condotta (*id est*: disposizioni) adeguate al funzionamento di un ordinamento pluralistico della convivenza sociale. Selettività ulteriormente garantita dal concorso degli ulteriori principi di garanzia penalistica, soprattutto di quelli a vocazione sostanziale (offensività).

Aspetti ‘sorprendentemente’ emersi anche nel già ampio dibattito originato dal divenire del diritto dell’esperienza pandemica¹⁹⁸. Ma questa è un’altra storia, da riservare a nuovi momenti di riflessione.

¹⁹⁸ Cfr. G.A. De FRANCESCO, *Dimensioni giuridiche ed implicazioni sociali nel quadro della vicenda epidemica*, *La legislazione penale*, 23 aprile 2020; D. PULITANÒ, *Problemi dell’emergenza. Legalità e libertà*, *La legislazione penale*, 18 maggio 2020. Diverso è, altresì, l’indubbio rilievo del tema nell’ambito del c.d. bio-diritto penale. Per tutti S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, Il Mulino, Bologna, 2015.