



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA  
Dottorato in Studi Giuridici  
Comparati ed Europei

**Corso di Dottorato in Studi Giuridici Comparati ed Europei**

XXIX Ciclo

Tesi di Dottorato

**La repressione all'epoca delle  
passioni tristi.**

*Uno studio sulle moderne forme di soggettivismo punitivo.*

*Relatore*

*Prof. Gabriele Fornasari*

*Dottoranda*

*Alessandra Macillo*

anno accademico 2015-2016





UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA  
Dottorato in Studi Giuridici  
Comparati ed Europei

**candidata: Macillo Alessandra**

**LA REPRESSIONE ALL'EPOCA  
DELLE PASSIONI TRISTI.  
Uno studio sulle moderne forme di  
soggettivismo punitivo**

**Relatore: Prof. Gabriele Fornasari**

Anno Accademico  
2015-2016



**Indirizzo specialistico in:**

**Diritto e procedura penale e filosofia del diritto.**

**XXIX ciclo**

**Esame finale: 11 aprile 2017**

**Commissione esaminatrice:**

- **Prof.ssa Stefania Carnevale**, Università di Ferrara
- **Prof. Antonio Cavaliere**, Università di Napoli “Federico II”
- **Prof. Gaetano Insolera**, Università di Bologna



*A Germán,  
architetto della mia felicità*



## RINGRAZIAMENTI

Un lavoro di tesi è sempre il frutto dello sforzo congiunto di attori più o meno consapevoli del loro apporto sull'esito finale. Si dovrebbe dunque ringraziare tutti coloro che si sono incrociati nel corso di una vita, ma si perderebbe forse il senso di realtà. Basti qui ringraziare chi più direttamente ha permesso e stimolato questo lavoro.

Innanzitutto, vorrei ringraziare il Prof. Fornasari, che ha accettato di assumersi il compito di seguirmi come direttore di tesi, forse sottostimando lo sforzo necessario per mantenermi con i piedi per terra. Lo ringrazio per avermi accolta e accompagnata durante il corso di questi tre anni di dottorato sempre con grande entusiasmo e stima. Vorrei anche ringraziare Gabriele, che è stato un amico fidato, cui ricorrere per i consigli più sinceri e i momenti di sconforto spesso condivisi.

Questi tre anni sono stati un dono: la possibilità di seguire le mie passioni, dedicarmi con costanza e impegno, avendo la sicurezza di una stabilità. Questo dono mi è stato offerto dalla Università di Trento, che attraverso il Prof. Diego Quaglioni e la commissione esaminatrice, ha scelto di scommettere su di me. Hanno per questo tutta la mia riconoscenza.

Ringrazio tutta l'area penalistica e in particolare i miei colleghi dottorandi di diritto penale, Paolo, Veronica, Juan Pablo, Marco e Giovanni, ma ancora di più ringrazio i dottorandi della Scuola di dottorato con cui ho condiviso un'affinità elettiva pur non occupandoci degli stessi settori: ringrazio i carissimi amici e compagni Andrew, Chiara, Gracy e Giulia.

Vorrei inoltre esprimere la mia riconoscenza per il Prof. Manuel Cancio Meliá, con cui ho intrattenuto sempre illuminanti conversazioni, e il Dipartimento di diritto penale della Universidad Autónoma di Madrid, per l'aiuto, la disponibilità e l'amicizia che vi ho trovato. In particolare un caloroso ringraziamento va a Laura Pozuelo Pérez, Jacobo Dopico Gómez-Aller, e le loro stupende figlie, Mario Marvel, alla mia compagna di studio Camila Correa e alla mia compagna di cammino Marina Minguez Rosique.

Allo stesso modo, devo molto alla New York University e al personale della biblioteca che mi ha guidato e accolto nel mio periodo di ricerca presso la Facoltà di legge.

Merito e colpa del mio percorso accademico si devono significativamente al Prof. Sergio Moccia dell'Università Federico II di Napoli: quando già avevo deciso di lasciare quella facoltà dagli studi sterili e nozionistici, egli entrò in aula con la sua borsa di plastica dove raccoglieva gli appunti, si sedette con un sorriso sornione dinanzi una folla di studenti più o meno distratti e affermò «Il diritto è politica». Restai.

Ringrazio i miei genitori, che sebbene lontani trovano sempre un modo per andare avanti e restarmi vicini, mia sorella Monica e mio fratello Emanuele, che mentre io finisco questo percorso, si avviano a intraprenderne uno loro. Gli auguro che possano trovare tutta la soddisfazione e la felicità che meritano.

Ringrazio Giulia e Rossella, con le quali la distanza non si avverte. Ringrazio Mattia, Alessandro Piconi, Alessandro Migliardi e Marie, per essere degli amici insostituibili. Ringrazio la mia coinquilina Aurelie, per essere stata la destinataria immaginaria di questo lavoro, per avermi sostenuto in quel momento delicatissimo che è mettere nero su bianco quelle idee, che si fa tanta fatica a far uscire dalla testa.

Questo lavoro reca una dedica a Germán. Tuttavia, ciò non è sufficiente a dare contezza del contributo che Germán David Kruszewski Martel ha svolto per questo lavoro. Non soltanto, in qualità di informatico, ha garantito un aspetto presentabile a queste pagine, ma ha anche messo a mia disposizione quella sua rarissima intelligenza che è sia scienza che etica e non potrebbe essere più delicata. Lo ringrazio per aver creduto in me, per la sua passione e per essere il migliore compagno che si possa desiderare. E grazie anche alla piccola Canela.

## INDICE

Ringraziamenti.....	IX
Indice.....	XI
Abstract.....	XV

## INTRODUZIONE

PROGRAMMA DI LAVORO.....	1
--------------------------	---

### CAPITOLO I

#### INTRODUZIONE STORICO-METODOLOGICA

1. Introduzione.....	9
2. Grozio.....	10
3. Giusnaturalismo illuminista: Umanesimo, contrattualismo e utilitarismo nella fondazione dello jus puniendi.....	16
4. Beccaria e il principio di legalità.....	18
5. 1. Dal soggetto all'oggetto.....	23
6. Il passaggio dal giusnaturalismo razionalistico al positivismo giuridico tra Scuola dell'esegesi e Scuola storica del diritto.....	25
6.1. <i>La codificazione Napoleonica</i> .....	27
6.2. <i>La scuola Storica del diritto di Savigny</i> .....	29
6.3. <i>La giurisprudenza dei Concetti</i> .....	33
6.4. <i>Jhering tra natura e scopo</i> .....	35
7. Il positivismo giuridico.....	38
7.1. <i>Il positivismo naturalistico</i> .....	39
7.2. <i>Il positivismo normativistico</i> .....	42
8. Il movimento del diritto libero.....	45
9. Scopi, interessi e valori nella scienza giuridica e giuspenalistica.....	53
9.1. <i>La Giurisprudenza degli Interessi</i> .....	53
9.2. <i>Franz von Liszt e il Programma di Marburgo</i> .....	56
9.3. <i>La scuola neokantiana sud-occidentale e la Giurisprudenza dei Valori</i> .....	61
10. La Penalistica costituzionale ed il problema irrisolto della concretizzazione dei valori.....	65

### CAPITOLO II

#### IL SOGGETTIVISMO PUNITIVO

1. La reificazione dell'uomo.....	69
2. Soggettivismo punitivo: una definizione.....	84
3. L'animismo come forma tribale di soggettivismo punitivo.....	86
4. La fondazione teocratica del diritto penale in Benedikt Carpzov.....	88
5. La dottrina dei tipi di autore nel diritto penale nazionalsocialista.....	93
5.1. <i>Il primo grado di progressione verso un diritto penale d'autore</i> .....	101

5.2. <i>La Concezione Sintomatica Del Reato</i> .....	107
5.3. <i>Il terzo e ultimo grado di sviluppo della dottrina dei tipi d'autore: il diritto penale nazionalsocialista</i> .....	113
a. Origine storica e politica del nazionalsocialismo, tra crisi economica e teoria della razza.....	114
b. Base ideologica e metodologica del soggettivismo punitivo nazionalsocialista.....	119
c. Erik Wolf e la prima formulazione della dottrina dei tipi normativi di autore.....	130
d. Il diritto penale d'autore accolto nella disciplina positiva del regime nazionalsocialista.....	136
e. Le singole manifestazioni della dottrina dei tipi di autore.....	141

### CAPITOLO III

#### FUNZIONALISMO E NEMICO NEL DIRITTO PENALE

1. Introduzione.....	151
2. Il funzionalismo strutturalista (in pillole).....	157
3. Il funzionalismo penale.....	170
4. Il diritto penale del nemico.....	194
5. Conclusioni.....	210

### CAPITOLO IV

#### CRIMINOLOGIA MEDIATICA E LEGISLAZIONE PENALE

1. La realtà degli universi simbolici.....	213
2. Struttura intrinseca e funzione ideologica dei mezzi di comunicazione di massa.....	216
2.1. <i>Struttura e funzione dei mass media</i> .....	216
2.2. <i>Impatto sociale dei mass media</i> .....	220
2.3. <i>Struttura politico-economica e mass media</i> .....	223
3. Sistema politico, mass media e società.....	227
4. La rappresentazione mediatica del crimine e i suoi effetti sul diritto penale.....	233
5. Criminologia mediatica e legislazione mediatica.....	244
6. La reificazione dell'uomo massmediatico e il soggettivismo punitivo.....	251

### CAPITOLO V

#### LA FUNZIONE PROMOZIONALE NEL DIRITTO PENALE

1. Introduzione.....	257
2. La funzione promozionale nella teoria generale del diritto.....	260
3. La funzione promozionale del diritto penale tra garantismo e persona.....	268
4. La mistificazione della funzione di trasformazione sociale del diritto penale.....	280
4.1. <i>L'amministrativizzazione del diritto penale</i> .....	281
4.2. <i>Il diritto penale simbolico</i> .....	286
5. Il simbolismo penale come forma di manifestazione del soggettivismo punitivo.....	294

CONCLUSIONI  
PASSIONI TRISTI E DIRITTI UMANI

1. Soggettivismo punitivo e reificazione dell'uomo come categorie ermeneutiche della politica criminale.....	303
2. Un concetto di soggettività per il diritto penale.....	314
BIBLIOGRAFIA.....	323



## ABSTRACT

La presente tesi di dottorato ha lo scopo di indagare circa il fondamento della potestà punitiva che accomuna le tendenze di politica criminale post-moderne. Queste ultime, infatti, nonostante gli ampi approfondimenti, non hanno trovato ancora un unico paradigma entro il quale ricondursi: in queste pagine, perciò, si proporrà il soggettivismo punitivo, quale chiave di lettura giusfilosofica di tali tendenze.

A tal fine, seguendo le diverse fasi del pensiero giuridico occidentale, si tenta innanzitutto di individuare una corrispondenza tra la concezione di diritto e metodo giuridico, da un lato, e l'autorappresentazione filosofica dell'uomo, dall'altro. Si arrivano così a delineare due modelli opposti di diritto penale, che rimandano ciascuno ad uno specifico fondamento della potestà punitiva: da un lato, il modello liberale di carattere oggettivista, che riposa su una concezione dell'uomo quale soggetto autonomo, capace di autodeterminazione; dall'altro, il paradigma soggettivista di stampo autoritario, in cui sembra prevalere un processo di reificazione dell'uomo, che, pur interessando l'intero corpo sociale, ha risvolti particolarmente drammatici per i soggetti coinvolti nel sistema punitivo.

Al fine di individuare gli elementi caratterizzanti del soggettivismo punitivo, si passa, dunque, a studiarne alcune manifestazioni storiche: l'animismo, la concezione teocratica del diritto e la teoria dei tipi di autore nazionalsocialista. La struttura che se ne ricava funge da modello per inquadrare le tre correnti post-moderne che si è scelto di prendere ad esame e che presentano le medesime caratteristiche: il diritto penale del nemico, la criminologia mediatica e il diritto penale simbolico.

Oggettivismo e soggettivismo punitivo si presentano, così, come categorie ermeneutiche funzionali a svelare la concezione filosofica sottesa alle tendenze politico-criminali. Il collegamento tra la concezione dell'uomo e la legittimazione della potestà punitiva giunge, dunque, a rivelare che le odierne deviazioni rispetto al modello oggettivista non rappresentano delle mere alterazioni aleatorie, bensì tradiscono una concezione dell'uomo e della società strutturalmente incompatibile con quella alla base del modello garantista: in esse si riflette in tutta la sua portata la crisi di valori di un'epoca dalle passioni tristi.



## INTRODUZIONE

### PROGRAMMA DI LAVORO

Nel contesto di una legislazione penale da più parti denunciata come alluvionale, elefantica, propagandistica, compulsiva, si stenta ad individuare una matrice comune a cui riportare l'origine di tale evoluzione e che sia dunque anche in grado di prevederne gli sviluppi futuri. I contributi della ricerca si concentrano su singoli settori più o meno specialistici, tentando, da un lato, di rinvenire in essi un ordine ed una coerenza sistematica e valoriale rispetto ai principi ordinativi dei sistemi penali moderni di matrice costituzionale e, dall'altro, evidenziandone le insormontabili aporie.

Dinanzi agli sforzi incessanti della dottrina, s'insinua il dubbio che quel modello di diritto penale del fatto, ispirato al razionalismo e all'Umanesimo, sia stato via via sostituito da un paradigma intuizionistico ed irrazionalista: quello del diritto penale per colpa d'autore o soggettivista. Tale modello, non certo sconosciuto ai regimi autoritari del Novecento, sostituisce al giudizio di valore per «quello che si fa» (*So-tun*) il giudizio di valore per «quello che si è» (*So-sein*). Al paradigma della dannosità sociale, quale pietra miliare del giudizio di responsabilità penale, si sostituirebbe quello della pericolosità sociale dell'autore, ove il fatto o, *rectius*, la condotta esterna non sarebbe altro che la manifestazione sintomatica di una volontà malvagia, che pertanto va neutralizzata ed espunta dal tessuto sociale. Sul piano politico-criminale ciò comporta l'accantonamento degli obiettivi di integrazione sociale legati alla funzione della pena, a favore di istanze puramente repressivo-deterrenti, di stampo dichiaratamente illiberale.

Rispetto a tale scenario, sembra al momento mancare un'analisi di ampio respiro in grado di ridurre a sistema le suddette tendenze post-moderne di stampo soggettivistico nel diritto penale. I contributi della scienza penalistica, prendendo a modello il sistema costituzionalmente orientato, sono soliti limitarsi a valutare la

compatibilità delle nuove fattispecie rispetto ai principi fondamentali del diritto penale ispirati al modello oggettivistico. Tale approccio appare utile e necessario, poiché inserito in un contesto di forte smarrimento delle direttrici fondamentali del sistema penale. Tuttavia, è sovente il rischio di stirare le maglie del sistema costituzionalmente orientato, fino a farvi rientrare precetti e disposizioni non in linea con i principi suddetti.

Il fenomeno trova origine in due diverse matrici: la prima, di carattere strategico, poggia sulla maggiore permeabilità di una limitata operazione interpretativa che fa salvo l'impianto generale del singolo intervento normativo, rispetto alla denuncia *tout court* di una eventuale illegittimità dell'intero *corpus* alla luce dei principi costituzionali. Questo approccio, se nel breve periodo si dimostra sicuramente fecondo, nel lungo periodo giunge a risultati aberranti. Esso, infatti, potrebbe condurre ad un progressivo anche se impercettibile allontanamento dalle direttive generali del sistema, attraverso la lenta introduzione di logiche altrimenti inaccettabili. Il cedimento sui principi per l'adattamento a ragioni del tutto contingenti all'epoca del terrorismo politico in Italia o in relazione alla criminalità organizzata è dimostrazione di una simile circostanza. La legislazione emergenziale in ambito penale, infatti, da intervento squisitamente eccezionale è divenuta progressivamente l'espedito politico per eccellenza, tanto da ribaltare la ragion d'essere dello strumento penale da *extrema ratio* a *prima ratio*. I principi, tuttavia, non ammettono eccezioni, o non sono tali.

La seconda matrice, invece, si rinviene nella naturale tendenza a ricondurre il nuovo al conosciuto, di riprodurre lo schema noto quale strumento di lettura ed analisi dell'ignoto, tendenza questa che si origina nell'assenza di un elemento terzo di paragone. Al fine di scongiurare una tale deriva argomentativa, sembrerebbe opportuno approntare un sistema, con propri criteri e principi, alternativo rispetto a quello accolto dal nostro ordinamento ed orientato al paradigma del soggettivismo punitivo quale fondamento della responsabilità penale. Ciò, fornirebbe uno schema alternativo di lettura della *ratio* politico-criminale sottesa ai singoli interventi legislativi, in grado di evidenziarne limpidamente l'eventuale distanza rispetto al sistema che è stato adottato dal nostro Legislatore costituzionale.

L'utilità di una indagine su caratteri ed elementi tipici delle moderne forme di soggettivismo punitivo poserebbe, dunque, su due elementi strettamente interconnessi. Da un lato, esso fornirebbe una chiave di lettura del diritto penale del nostro tempo, presentando un'unità tendenziale di fondo laddove fino ad oggi si è denunciata frammentarietà e caoticità. Dall'altro, fornirebbe al giurista una griglia di criteri e strumenti di analisi e critica finora solo abbozzati o condotti a livello di singolo settore, ma mai ricondotti a sistema.

Il presente lavoro, pertanto, si pone un obiettivo ambizioso. Tale obiettivo consiste nel dimostrare che la tendenza della politica criminale odierna muove verso e si muove dentro un paradigma ontologico o soggettivista della devianza criminale e che sia proprio questo paradigma a rappresentare il fondamento su cui poggia quella legislazione che resta incomprensibile e incomunicabile rispetto ai principi del diritto penale garantista. Al fine di dimostrare quanto detto, il lavoro, in primo luogo, propone una rilettura delle manifestazioni classiche, seppur non scontate, che pacificamente possono ricondursi all'interno di questo paradigma. Partendo dall'analisi delle esperienze del passato, su cui si è già consolidato il giudizio della Storia, si tenterà, dunque, di ricondurre le diverse manifestazioni ad unità, al fine di estrapolare gli elementi caratterizzanti dell'ontologismo o soggettivismo punitivo: tali elementi avranno la duplice funzione di renderlo riconoscibile, da un lato, e riconducibile ad una struttura, elementare ma maneggevole, dall'altro.

Il compito non è dei più semplici. Oltre al dato di novità, che rivela l'assenza di uno studio specifico in tal senso, v'è da tenere in conto che le correnti soggettiviste si ispirano ad un fondamento filosofico-giuridico che affonda le proprie radici nell'irrazionalismo, immanentemente sfuggevole a categorizzazioni e classificazioni. Esse, dunque, non si lasciano facilmente strutturare in categorie razionalmente costruite, che per principio rifiutano, né tantomeno in una visione sistematica, e ciò seppur esse un sistema, quello politico-sociale, lo condizionano e caratterizzano. Per questo difetto originario, si predilige al termine «sistema» quello di «paradigma» soggettivistico. A differenza del primo, quest'ultimo concetto rimanda ad una cornice di valori e credenze in una determinata fase evolutiva di una disciplina, nel nostro caso la filosofia giuridico-penale, senza presupporre necessariamente la coerenza e armonia interna. D'altro canto queste ultime, la coerenza e l'armonia, insieme al

concetto di sistema e alla stessa idea di concetto, sono già le parole d'ordine di uno specifico ma diverso metodo, quello logico-razionale, per definizione ripudiato dalla concezione soggettivistica in esame.

Una volta delineato deduttivamente il paradigma soggettivista in base alle correnti ontologiche del passato, si analizzeranno alcune dottrine odierne di politica criminale e filosofia giuridico-penale, che, senza esplicitarlo, a volte neppure a se stesse, dimostrano di muoversi nello stesso senso. Lo si farà, approcciandoci ad esse con la griglia di criteri ed elementi estrapolati nella prima parte del lavoro e che storicamente e filosoficamente hanno caratterizzato il soggettivismo. Questa struttura servirà da base per collocare alcune delle moderne letture politico-criminali del diritto penale all'interno di quel paradigma, dimostrando in tal modo se e in che misura ne condividano la medesima radice.

Il lavoro giuridico non può limitarsi alla speculazione filosofica o all'elucubrazione dottrinale: esso deve dimostrare la sua valenza pratica, quale metodo e tecnica per il concreto progresso scientifico, immerso nel tempo il cui gli fu concesso operare. Il nostro tempo non è benevolo: è quello delle emozioni oscure, della paura, dell'isolamento individualista e dell'insicurezza, quello della fragilità emotiva e dello sgretolamento sociale e istituzionale. Le antiche ideologie sono ridotte a maschere di manierismo, lo stato-nazione offre lo spettacolo doloroso del suo tramonto, una classe politica incompetente e delegittimata, si volge al populismo e produce gli ultimi penosi rantoli di un sistema di autoconservazione costruito sulle macerie, mentre un popolo privato di memoria e sogni cerca disperatamente la misura di sé nel fuori da sé e si accontenta di comprare assicurazioni velleitarie con data di scadenza in copertina. La violenza trionfa arcigna, facendosi beffa dei progetti di pace nati dalla memoria di essa.

Ma la storia custodisce un luogo provvidenziale dove tiene le proprie astuzie<sup>1</sup>. In questo mutato contesto, in cui sembrano perse tutte le coordinate, una nuova consapevolezza sta tentando di riunire i pezzi di una eredità preziosa con un nuovo progetto politico e istituzionale. Questo è il tempo della lotta per il diritto, in quanto

---

<sup>1</sup> MARIO SBRICCOLI, *Storia del diritto penale e della giustizia: scritti editi e inediti (1972-2007)*, Milano 2009, Tomo 2, 645.

lotta per la pace, e il presente lavoro aspira a porsi in questo orizzonte, che solco ancora non è.

Lo fa (ci prova) delineando i tratti essenziali e ancora abbozzati di un metodo dialettico che usa quella struttura soggettivista quale negativo, antitesi o, meglio, limite esterno nell'interpretazione delle disposizioni giuridiche e che la democrazia integrale e globale<sup>2</sup> che verrà forse potrà usare quale tecnica di normazione<sup>3</sup>. Tuttavia, l'assenza di una metodologia giuspenalistica già strutturata in senso dialettico, così come l'indubbia difficoltà di una sua ricezione in tempi brevi, ha suggerito di limitare l'indagine al solo studio delle tendenze teoriche di politica criminale, lasciando l'esegesi induttiva delle disposizioni positive secondo il metodo dialettico come mera apertura per il futuro. Ciò che qui interessa stabilire è la base teorica e giusfilosofica che sostiene metodo e diritto e che appare senza dubbio vincolata al modo in cui gli uomini vedono se stessi nel mondo. È sul piano di questa metanarrazione, infatti, che può ritrovare forza e vigore l'idea di un senso di umanità sacro in ciascun essere umano, base comune di riconoscimento mutuo e di interazione sociale.

Per tale ragione, qui si presentano le funzioni e i limiti del sistema oggettivista e liberale, da un lato, e quelli del sistema soggettivista e autoritario, dall'altro. Si ripropone a chiusura il punto più alto della dottrina penalistica italiana, a cui si deve il merito di aver costruito il modello garantista per uno Stato socialdemocratico di diritto, oggi ormai irricognoscibile.

La scommessa su cui si fonda l'intera ipotesi è che la delimitazione e definizione di ciò che è fuori da un sistema garantista ispirato al costituzionalismo socialdemocratico e al valore centrale della persona, appunto il soggettivismo punitivo, fungendo da secondo elemento di comparazione nell'esegesi normativa, possa rimarcare il limite di legittimità delle norme penali, oggi disegnato sulla sabbia e ricollocato via via qualche passo più in là secondo l'occorrenza e l'emergenza di turno. L'obiettivo è quello di aprire uno squarcio su cosa ci sia oltre i vincoli del

---

2 PIERRE ROSANVALLON, *La società dell'uguaglianza*, Prefazione di Corrado Ocone e traduzione dal francese di Alessandro Bresolin, Roma 2013, (titolo originale *La société des égaux*, Paris 2011), Introduzione.

3 Non ripongo alcuna speranza nel suo utilizzo nei contesti legali odierni.

garantismo e che, se siamo già oltre quel limite, non potrà dirsi in nome della Costituzione e dell'impianto che essa disegna per il nostro sistema penale.

Attraverso questa visione dialettica dei principi giuridici su cui si fondano il sistema oggettivista e il paradigma soggettivista, si analizzano nella seconda parte del lavoro le attuali tendenze politico-criminali e le dottrine che le hanno interpretate, sempre tenendo operante la tensione tra i due modelli di diritto penale avanzati, affinché possano fungere rispettivamente da contro-limiti, innanzitutto dogmatici e politico-criminali.

Nella conclusione, si abbozzerà soltanto una apertura, una possibile sintesi, che non neghi le contraddizioni implicite in entrambi i sistemi, ma, riconoscendole, permetta di costruirne progressivamente i rimedi, in particolare per quanto concerne quella metanarrazione, dalla enorme forza simbolica, che si raccoglie intorno al rispetto dei diritti umani.

Delle tre manifestazioni della concezione ontologica o sostanzialistica della devianza penalmente rilevante, mi occuperò esclusivamente di due, considerando la terza, che comunque formerà oggetto di indagine storico-filosofica, screditata scientificamente e normativamente. L'analisi si concentrerà infatti in quelle dottrine che, confondendo il diritto con la morale, identificano nel reato un peccato; in secondo luogo, si prenderanno in considerazione quelle pragmatistiche e utilitaristiche che, teleologicamente orientate alla prevenzione e alla difesa sociale, al fatto di reato conferiscono rilevanza quale sintomo di pericolosità dell'autore. Non affronterò, invece, le dottrine biologico-naturaliste, quelle che individuano nella devianza un segno di anormalità o di patologia psicofisica del soggetto, seppur anche queste avranno uno spazio nell'indagine storica.

Tuttavia, volendo dedicare solo poche righe alle manifestazioni contemporanee di quest'ultimo filone, una tendenza che conferma il ritorno all'ontologismo penale può essere letta anche in questo senso: si fa riferimento all'uso inconsapevole delle neuroscienze, specialmente nel processo, che talvolta si perora anche in dottrina, seppur in chiave di esclusione dell'intervento penale in base al giudizio di inimputabilità. Queste tesi, sulle quali non mi soffermerò, scontano il classico errore metodologico che confonde piano descrittivo e piano prescrittivo e cadono nelle

aberrazioni di un uso strategico dei risultati scientifici delle neuroscienze, che, letti con incompetenza e selettiva falsa coscienza, possono arrivare a intaccare le categorie normative del diritto penale. Se tale obiettivo è stato perseguito con lo scopo di escludere il giudizio di colpevolezza via inimputabilità, allo stesso modo non bisogna sottovalutare che ciò che limita è allo stesso tempo ciò che fonda: solo il fondamento è, infatti, in grado di delineare i limiti di un oggetto categoriale. Se così è, allora l'uso strategico delle neuroscienze, al fine di negare la scelta cosciente e l'imputabilità di soggetti in ragione della loro predisposizione genetica o in ragione del maggiore o minore sviluppo dei legami sinaptici alternativamente orbitofrontali oppure amigdalici, ritorna a fondare il diritto penale in base alla categoria ontologica, non normativa, della libertà del volere e richiama pericolosamente il contesto che generò le dottrine lombrosiane del delinquente nato. Non ho bisogno di aggiungere elementi ulteriori per confutare questa posizione, che tra l'altro si innesta sulla critica che verrà proposta più specificamente in relazione all'intera categoria del soggettivismo. Ma, a tacer d'altro, va tenuto presente che proprio le neuroscienze sono giunte a dimostrare la modificabilità del cervello e la capacità rigenerativa dei legami sinaptici, attraverso la ripetizione. Che equivale a dire attraverso le esperienze di vita. Riponiamo le dottrine antropologiche, psicosomatiche e oggi genetiche nel ripostiglio degli orrori dove le avevamo lasciate.

## INTRODUZIONE

# CAPITOLO I

## INTRODUZIONE STORICO-METODOLOGICA

*«Il parallelo con la lingua e l'arte (Savigny) contiene come massima politica una delle false dottrine più fatali che si possano pensare, poiché fa sperare all'uomo, in un campo in cui egli deve agire, e deve agirvi in piena, chiara coscienza dello scopo e con l'impegno di tutte le sue forze, che le cose si facciano da sé, che egli faccia meglio a starsene con le mani in mano e ad attendere fiducioso ciò che viene alla luce del giorno poco a poco dalla presunta fonte originaria del diritto: dalla convinzione giuridica della nazione».*

*La lotta per il diritto,  
Rudolph von Jhering*

### **1. Introduzione**

Tutti i periodi storici caratterizzati da grandi mutamenti culturali e sociali hanno visto porre nuovamente la questione della legittimità della potestà punitiva. La domanda «perché punire?» sembra riproporsi, infatti, in ogni tempo in cui le istituzioni sociali, per necessità, si ritrovano a interrogare se stesse, rivelando l'intrinseca correlazione che lega diritto penale e potere, tal che ogni qualvolta le dinamiche di quest'ultimo si modificano, il primo deve ritornare all'indagine introspettiva circa il proprio fondamento. Mentre altri istituti giuridici hanno conosciuto una continuità piuttosto placida, ereditata di epoca in epoca, tanto da aversi quasi persa la memoria della loro storicità (ne sia esempio su tutti l'istituto della proprietà), la giustizia punitiva, più giovane eppure antica del diritto civile, ha sempre dovuto faticosamente rinascere dalle ceneri lasciate dai mutamenti nei rapporti tra società e individuo. E per far ciò innanzitutto si è guardato indietro e si è guardato oltre il proprio tempo: la domanda circa la storia del diritto penale e le sue premesse filosofiche appartengono ai tempi in cui è necessario rifondarlo.

La nostra epoca sembra nuovamente porsi interrogativi sul fondamento della potestà punitiva e dunque anche nella presente indagine sarà necessario rivolgere lo sguardo al passato, per tentare di disvelare, ove fosse possibile, le trame sottese al nostro tempo.

Nella storia del pensiero penale è possibile rinvenire continuità e discontinuità, a seconda dello scopo che guida l'indagine. L'oggetto non si dà quale verità assoluta, ma solo come relativizzazione funzionale alla soluzione di una necessità temporalmente data, nella sua implicita limitatezza. Nell'approccio storico, giusfilosofico e metodologico che si offre in questa parte della ricerca, si partirà da una continuità riconoscibile nella storia del diritto penale moderno, ove contestualizzato, che relativizza le schematizzazioni categoriali che si è soliti innestare sull'evoluzione del pensiero giuridico, restituendole alle esigenze e ai bisogni del loro tempo. Solo partendo da questa continuità si riuscirà successivamente a ricavare gli elementi differenziali di due strutture portanti nell'approccio al potere punitivo: dunque una discontinuità nelle categorie fondanti, cosciente, tuttavia, della convenzionalità delle stesse. In questo senso, partendo da una ricognizione sulla storia del diritto penale moderno, si procederà ad una interpretazione dualistica delle forme di manifestazione della potestà punitiva, a seconda che se ne riconosca il fondamento nell'oggettivismo o nel soggettivismo punitivo.

## **2. Grozio**

Si è soliti far risalire l'origine del diritto penale moderno al pensiero illuminista, in particolare all'opera di Cesare Beccaria *Dei delitti e delle pene*. Per quanto sia innegabile che grazie all'Illuminismo settecentesco trovi compiutezza il processo di secolarizzazione della scienza giuspenalistica, attraverso il completamento di quel passaggio, fondamentale<sup>4</sup>, da un diritto penale confessionale a un diritto penale laico, a ben vedere già nel corso del XVI secolo iniziano ad emergere quei principi che daranno moto a tale processo e la cui origine può plasticamente farsi risalire al 1598,

---

<sup>4</sup> Nel senso proprio di fondazione delle norme, di legittimazione metagiuridica e metaetica delle stesse. Cfr. AGATA C. AMATO MANGIAMELI, *La fondazione delle norme tra decisionismo e cognitivismo nel dibattito tedesco contemporaneo*, Milano, 1991.

quando Alberico Gentili, esule dall'Italia, rivolgerà un monito ai teologi che farà storia: egli tuonava ai suoi contemporanei «*Silete theologi in munere alieno*»<sup>5</sup>.

Nell'epoca delle guerre di religione, ove gli Stati già sovrani rinnegavano l'universalismo sia spirituale sia temporale, che aveva caratterizzato il Medioevo, egli aveva già chiara la necessità di rifondare un diritto delle genti che vincolasse anche gli Stati sovrani e ne cercava il fondamento in quelle «*leggi non scritte, innate*», che costituiscono il diritto naturale. La teologia, infatti, in particolare quella di impronta volontaristica che si fondava su una legge divina positiva di cui erano depositarie le Chiese, non poteva più fornire il fondamento a norme comuni, poiché proprio questo patrimonio normativo di origine teologica era oggetto di contesa nel contrasto delle guerre di religione. Quando la rivelazione divina si spezzò in frammenti irricomponibili e la religione non poté più fornire l'unità oltre le differenze, questa unità di senso giuridico doveva essere trovata altrove. Se nel «fuori da sé» teologico essa si presentava scomposta, la ricomposizione fondativa della prescrittività doveva cercarsi in un «in sé» tutto umano, essenzialmente umano. Il terreno di comunicazione, non più divina, si veniva, quindi, a trovare nell'appello alla ragione, ritenuta comune a tutti gli uomini, immanente alla sua natura e dunque universale. Già qui si rinvergono le origini di quella filosofia etico-giuridica che caratterizzerà il Seicento e il Settecento, con il nome di Giusnaturalismo moderno.

Non Alberico Gentili, tuttavia, verrà riconosciuto come capostipite del giusnaturalismo: questa corrente riconoscerà come suo padre fondatore un altro giurista e filosofo, ugualmente interessato ai rapporti tra Stati e allo *jus gentium*, un diritto che potesse regolare i conflitti tra i primi: si tratta di Ugo Grozio, in particolare per la sua opera maestra, *De iure belli ac pacis*, del 1625. In quest'opera egli si schierava per una fondazione del diritto interamente umanista, che superasse il volontarismo confessionale, ormai inservibile, così come il relativismo scettico. Egli, tra nominalismo ed idealismo, tra volontà e ragione, a differenza di Hobbes, «*prende risolutamente partito per la ragione e l'idea*»<sup>6</sup>.

5 ALBERICO GENTILI, *De Iure belli libri tres*, Londra 1598, consultato nell'edizione del 1877, Oxford, Libri I cap. 12, 55.

6 HANS WELZEL, *Diritto naturale e giustizia materiale*, (titolo originale *Naturrecht und Materiale Gerechtigkeit*, Göttingen 1962) Milano 1965, 190.

La sua fondazione filosofica del diritto riposa sulle dottrine di matrice stoica della natura dell'uomo, nella quale si riconosce, come genere prossimo, l'istinto innato in ogni vivente alla conservazione e, come differenza specifica, la capacità di conoscere e di agire secondo prescrizioni generali, e dunque la ragione. La forza di riconoscere ciò che è utile e ciò che è dannoso per sé e per gli altri, la razionalità umana, avrebbe fondato allo stesso tempo il dovere razionale di moralità, che ha come fine ultimo la petizione per una società giusta. La duplice natura umana, istintuale e razionale, spingerebbe, infatti, gli uomini a declinare il primo istinto di conservazione, condiviso con tutte le altre specie, nel senso, più ampio, della cura della comunità: l'*appetitus societatis*, innato nell'uomo, sarebbe l'impulso non verso qualsiasi società, ma verso una società pacifica, razionale e ordinata, «*pro sui intellectus modo ordinata*»<sup>7</sup>.

La duplice fondazione della società in base alla natura umana, ugualmente socievole e razionale, è anche all'origine di un altro spunto che si ritrova nell'opera maestra dell'autore, ma che tuttavia non verrà sviluppato: si tratta, paradossalmente<sup>8</sup>, della separazione del diritto dalla morale. Da un diritto naturale a carattere intersoggettivo rivolto al fine della conservazione della società, egli, infatti, ne distingue un altro la cui nozione è «*largior*»: una pretesa fondata sulla capacità di giudicare ciò che è utile da ciò che è dannoso (razionale), se non è dovuta *ex iustitia*, ma *ex virtute alia*, non può essere rivendicata per via coattiva, poiché non basta un motivo morale, «*ex morali ratione*», ma è necessario un diritto a suo fondamento. Un duplice livello di diritto naturale, dunque, il cui tratto comune consiste nella discendenza dalla natura razionale dell'uomo, ma che si differenzia in base al secondo elemento immanente alla sua natura, la socialità: il primo livello sarebbe quello dei fondamenti generali, assiomi astratti dalla socialità e concretezza relazionale e da cui non discendono regole per i rapporti intersoggettivi e sui quali dunque egli non si sofferma; il secondo, invece, concerne direttamente la conservazione della società, e pertanto è

---

7 UGO GROZIO, *De iure belli ac pacis. Prolegomena*, 6, prima edizione Parigi 1625, consultato nell'edizione italiana *Prolegomeni al diritto della guerra e della pace*, con traduzione introduzione e note a cura di Guido Fassò e Carla Faralli, Napoli 1979.

8 Il paradosso si trova nella fondazione morale del diritto, quale precipitato positivo della petizione naturale per una società giusta, ciò che rappresenta il tratto distintivo più significativo tra giusnaturalismo e giuspositivismo.

idoneo a fondare il criterio di giustizia nelle relazioni umane, rendendo petibili in via coattiva le relative pretese in quanto diritto.

Grozio non svolge compiutamente questi argomenti, che dovranno attendere lunghi anni prima di pervenire a compimento. Il suo interesse era in effetti un altro, ossia quello di superare il volontarismo divino del principio di *auctoritas*, inadatto ai tempi dei conflitti di religione, ma senza cadere nel relativismo scettico, che parimenti rifiutava<sup>9</sup>.

La volontà divina iscritta nelle sacre scritture come fonte del diritto, come legge positiva, era oggetto dei più aspri conflitti: essa non rappresentava più il punto comune di accordo, l'universalismo necessitava una diversa base. Egli, dunque, procede ad una integrale rifondazione del diritto su basi razionali e sociali, partendo dall'assunto che tale sia la natura umana: «*anche se per assurdo Dio non esistesse, la legge naturale continuerebbe ad esercitare il suo potere e la sua autorità su di noi*»<sup>10</sup>, poiché l'unica legge vincolante per l'uomo è quella che discende dalla sua essenza, dalla sua natura, e che, in quanto essenza, creata e dunque vera, neppure Dio potrebbe contraddire: «*il diritto naturale è immutabile, egli afferma, al punto che non può essere modificato neppure da Dio [...] come neppure Dio può far sì che due per due non faccia quattro, così non può far sì che ciò che per intrinseca essenza è male non sia male*»<sup>11</sup>. Con questi semplici argomenti, Grozio rimette in discussione secoli di cultura giuridica, e mette in moto quel processo che lentamente porterà allo Stato di diritto.

Epperò, com'è chiaro, neppure soddisfaceva il filosofo il relativismo della validità della norma perché posta, tesi inservibile nella regolamentazione tra Stati, ciascuno ugualmente sovrano. Grozio, quindi, rifiuta il decisionismo, sia umano che divino, e tra *auctoritas*, non importa se divina o statutale, e *veritas*, non ha dubbi a puntare su quest'ultima per fondare la validità delle norme: egli è a tutto titolo un cognitivista, poiché nella sua costruzione etico-filosofica le norme morali universali sono intelleggibili e conoscibili, in quanto portate dalla natura razionale e sociale

9 Un rifiuto tutto immerso nel bisogno cui cercava risposta: in assenza di una riconosciuta autorità sovrastatale, il relativismo non offriva alcuna risposta alla necessità di regolare pacificamente e dunque giuridicamente i rapporti tra Stati autonomi.

10 UGO GROZIO, *De iure belli ac pacis libri tres*, cit.

11 Ivi, I, I X, 15.

dell'uomo. Ciò pone l'autore ben distante dalla dottrina individualista del contratto sociale, «*la più antistorica delle dottrine del giusnaturalismo secentesco*»<sup>12</sup>, che verrà di lì a poco a prendere piede, in ragione di una nuova risposta ai tempi mutati. Nella sua costruzione giusnaturalistica, infatti, il carattere di socialità costituisce l'uomo, è ad esso immanente non meno che la razionalità. Ciò non poteva che indurlo a porsi in contraddizione rispetto ad una visione convenzionalistica della fondazione della società. Non un individuo, atomisticamente dato, ma un animale sociale dotato di ragione è l'uomo.

La straordinaria portata dell'opera groziana non nasce, però, dal nulla. Va riconosciuta, in effetti, l'intima relazione tra la tradizione Scolastica ed il giusnaturalismo idealista di cui egli è promotore. Con la prima, egli condividerà la tensione all'assoluto, con ciò dimostrandosi, seppur non confessionale, neppure propriamente laico. Questa continuità, riscontrabile in tutto il giusnaturalismo, vale in particolar modo per Ugo Grozio, che, proprio nei suoi passaggi più celebri, non fa che rielaborare le tesi dei teologi alle cui lettere si era formato, in particolare quelle dei tomisti ortodossi<sup>13</sup>. La stessa audacia della negazione ipotetica dell'esistenza di Dio si ritrova, infatti, in teologi quali Gregorio da Rimini<sup>14</sup> e Gabriele Biel<sup>15</sup>, così come la natura intrinsecamente razionale del diritto naturale, come tale immodificabile neppure ad opera di Dio, si legge già in san Tommaso<sup>16</sup>. Ciò che ha reso rivoluzionarie queste tesi è di essere state rielaborate in una epoca ed un luogo disposti al loro ascolto: Ugo Grozio seppe leggere il suo tempo e seppe scovare nella sua immensa cultura le risposte di altri che meglio si adattavano alla soluzione dei problemi che gli si paravano innanzi. Il suo interesse primario era il ristabilimento della pace oltre i conflitti di religione, una tensione pacifista intessuta nei drammi del suo tempo.

Dal canto loro, gli Stati nazionali, all'alba della loro epoca, trovarono in questo modo una base comune di dialogo e mutuo riconoscimento e con essa la legittimazione

---

12 GUIDO FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, vol. II, *L'età moderna*, Roma-Bari, 2001, 79.

13 H. WELZEL, *Diritto naturale*, cit. 188ss.

14 GREGORIO DA RIMINI, *In I Sententiarum*, d. 43, q. 1, a.2.

15 GABRIELE BIEL, *Epitome pariter et collectorium circa quattuor Sententiarum libros*, in II, d. 35 ,q. unica, a.1.: «*se per impossibile ipotesi, Dio, che è la ragione divina, non esistesse oppure la ragione divina non fosse retta, tuttavia se qualcuno agisse contro la ragione retta degli angeli, o dell'uomo, od un'altra se una ve ne fosse, peccherebbe*».

16 SAN TOMMASO, *Summa Theologiae*, 1.2., q. 94, a.2.

fondativa della propria forza: un potere di fatto, che diventava potere di diritto e che valse la fortuna dell'autore. Non l'originalità, dunque, ma l'attualità è il merito indiscusso dell'opera groziana.

Quali effetti scaturiscono dall'opera groziana sul diritto penale? Storicamente ben pochi, filosoficamente enormi. Grozio, come detto, nega recisamente il principio di *auctoritas* a fondamento delle norme: esse sono valide perché secondo ragione, non poiché poste da Dio – che ne è comunque la causa prima – tanto che neppure Dio potrebbe mutarne la natura intrinsecamente etica. E tuttavia le norme giuridiche, benché di origine morale, per dirsi tali devono risultare funzionali alla conservazione della socialità. Un doppio limite dunque, non solo a livello della fonte (razionale), ma anche a quello del contenuto (sociale) del diritto.

Il principio volontaristico della fondazione delle norme sulla base dell'autorità divina aveva l'effetto di spezzare tutti i possibili limiti alla criminalizzazione delle condotte e potenzialmente assumeva la massima gravità anche per la minima violazione. Se la concezione teocratica del diritto, infatti, si caratterizza per una assoluta assimilazione tra dimensione religiosa e dimensione giuridica, l'autorità, in una spirituale e temporale, risultava pienamente legittimata ad esercitare la pretesa punitiva non solo rispetto ad azioni esterne, i comportamenti socialmente dannosi, ma anche rispetto al pensiero, le intenzioni, le opinioni, l'intimità del foro interno, poiché nulla è invisibile agli occhi di Dio: pensieri, parole e azioni erano ritenuti ugualmente accessibili al giudizio divino. Quando il diritto si pretende quale diretta promanazione della volontà divina, ogni eterodossia, seppur minima diviene offesa alla divinità, ogni devianza è violazione dell'unica, vera legge, quella divina, di cui il Sovrano si fa interprete e la Chiesa depositaria: questa è la morsa in cui ingabbiano ugualmente tutti i fondamentalismi, siano essi religiosi o ideologici<sup>17</sup>.

Quando è la religione a delimitare l'area del lecito dall'illecito, non c'è bisogno di legge scritta, poiché è la stessa bontà dell'anima a giudizio dinanzi a Dio, ed è in essa che si trova già adeguata misura ugualmente per pensieri ed azioni. Ciò aveva

---

17

Le ideologie, quali processi di ipostatizzazione delle Idee in una concezione del mondo totalizzante, sono state acutamente assimilate alle religioni, di cui rappresenterebbero una specie: Y. N. HARARI, *Da animali a Dèi. Breve storia dell'Umanità*, traduzione di Giuseppe Bernardi, (titolo originale *From Animals into Gods: a Brief History of Humankind*, Dvir 2011), Milano 2014, e-book, posizione 65ss.

legittimato l'esistenza di crimini e pene «*extraordinariae*», quelli cioè non previsti, ma che rispondono alla straordinarietà dell'immoralità stessa dell'anima sotto giudizio e che richiedono una compensazione retributiva altrettanto straordinaria. Lo splendore dei supplizi<sup>18</sup> è il potere che si manifesta nella sua divina atrocità: il corpo del condannato perde dimensione umana, diventa sacro, non è che strumento per atterrire e, allo stesso tempo, sedurre la folla degli spettatori; l'individuo è alla mercé del potere, la cui legittimazione divina non accetta vincoli, né limiti: è *absolutum*.

Il giusnaturalismo laico ha il merito di aver scardinato le basi di legittimazione di questo potere, fino a quel momento legate inscindibilmente alla autorità divina, e di aver riportato il diritto in una dimensione umana, che ha come fine l'uomo e che dalla sua natura razionale è legittimato. Il soggetto, dunque, prima dell'oggetto.

### ***3. Giusnaturalismo illuminista: Umanesimo, contrattualismo e utilitarismo nella fondazione dello jus puniendi***

Come anticipato, Grozio non aderisce alle tesi del contrattualismo. Il suo interesse era quello dei rapporti interstatali, di creare una base di mutuo riconoscimento e rispetto tra gli stessi. Egli, inoltre, concepisce la naturalità dell'uomo come congiunzione di razionalità e socialità. L'attenzione esclusiva verso il soggetto razionale, quale misura del mondo, doveva invece arrivare a svalutare quella seconda componente, per concentrarsi sulla prima. Dallo storicismo del giusnaturalista Grozio, si passa all'astrattismo del giusnaturalismo illuminista. Ma anche questa astrattezza razionalista trovava la sua causa ultima proprio nella storicità. I filosofi che guarderanno all'interno di quegli Stati assoluti, ormai già formati sulle macerie dell'universalismo medioevale, saranno mossi da una diversa esigenza rispetto a Grozio e Gentili, ossia quella di porre un limite esterno all'esercizio del potere statale. Da qui l'idea di una fondazione mitologica della società, in base ad un patto originario: l'astuzia valse che a quel patto, anche i sovrani dovevano sottostare<sup>19</sup>.

<sup>18</sup> MICHEL FOUCAULT, *Sorvegliare e Punire*, Torino 1976, 5ss.

<sup>19</sup> Unica eccezione in questo panorama sarà l'opera di Thomas Hobbes, che invece conclude per una fondazione esclusivamente volontaristica dello Stato Assoluto, nonostante partisse dai medesimi concetti di diritto naturale e contratto sociale, che caratterizzano i giusnaturalisti liberali. Soltanto che nella sua concezione, la libertà, innata, rappresenta anche il maggior rischio per la sopravvivenza dell'umanità. Solo la sua rinuncia e la completa obbedienza al sovrano garantiscono la salvezza per l'Uomo. Hobbes, che aveva sotto agli occhi la distruzione della guerra civile, negherà il valore di quella libertà inutile, perché incerta, e il diritto di resistenza contro il sovrano. E perciò si porrà in alternativa al giusnaturalismo, e sarà riconosciuto come fondatore del positivismo giuridico, quella corrente che caratterizzerà il secolo XIX e che, nato proprio dal

L'argomento è conosciuto. La ragione spinge l'uomo alla ricerca della pace, di quella sicurezza che non sarebbe in grado di conservare come singolo in quello stato di natura in cui la libertà di ciascuno si traduce, nella sua più estrema concezione, nel *bellum omnium contra omnes*<sup>20</sup>. In base ad un accordo comune, gli uomini dunque decidono di uscire dallo stato di natura e di fondare la società civile. Il contratto sociale (il *pactum* che nei giusnaturalisti che ammettono in diritto di resistenza, come Locke, si scinde in due momenti: *unionis* e *subjectionis*) garantisce a ciascun componente della comunità una ordinata e pacifica esistenza. L'uomo in questo modo rinuncia ad una parte della propria assoluta libertà, così pericolosamente accompagnata dall'insicurezza di conservarla, al fine di ottenere quella stabilità offerta dal vincolo sociale. Ma proprio tale *pactum*, così come ne fonda la legittimità, rappresenta anche il limite invalicabile delle leggi civili: se l'uomo rinuncia solo alla minima parte di libertà di per sé sufficiente a garantirgli la sicurezza, solo ciò che questa mette in pericolo potrà essere punito, dunque solo azioni e comportamenti esterni che comportino un effettivo danno per la società, escludendosi pensieri e condotte di vita. E se l'uomo non ha rinunciato totalmente alla propria libertà, ma solo ad una minima parte di essa, nella misura strettamente funzionale alla conservazione della sicurezza, in nessun caso potrà essere sottoposto a pene e trattamenti che non siano intrinsecamente proporzionali al danno che egli ha causato nella società. Al di fuori di questi stretti limiti, infatti, si violerebbe quel *pactum* che lascia fuori dall'interferenza statale la parte di libertà che secondo ragione e dunque secondo natura è sottoposta esclusivamente all'autonomia individuale: i valori umanisti di integrità del corpo e integrità morale portarono a bandire la pratica delle pene corporali e della tortura.

A tale fondazione mitologica attraverso la stipulazione del contratto sociale si ricollega, dunque, la seconda corrente giusnaturalista sulla fondazione delle norme, quella di ispirazione utilitaristica. Attraverso la tesi del contrattualismo, si è affermato che l'unione sociale si legittima in ragione della conservazione della pace e della sicurezza individuale. Ciò implica che il diritto, in particolare quello penale, sarà in una fondato su, ma anche limitato al perseguimento di questo obiettivo

---

successo politico, sociale e culturale del giusnaturalismo, ne decreterà il declino.

20 THOMAS HOBBS, *Elementa Philosophica de Cive*, Amsterdam (Amsterodami) 1742, Preatio.

esterno, che è ciò che spinge gli uomini a rinunciare a parte della propria assoluta libertà naturale.

Ne consegue che il sistema penale, per dirsi legittimo secondo le leggi di natura, dovrà essere costruito al fine della conservazione della pacifica convivenza civile e del rispetto dell'individuo. Ciò fornisce ai giusnaturalisti un parametro esterno di giudizio di legittimità sulle leggi positive, le quali dovranno essere valutate in base alla loro utilità rispetto al fine della sopravvivenza. Per quanto concerne reati, ciò si traduce nella limitazione dell'intervento penale alle sole azioni socialmente dannose, mentre per le pene si determina l'ingresso di ragioni preventive a detrimento di quelle puramente retributive: «*Nemo prudens punit quia peccatum est, sed ne peccetur*»<sup>21</sup>. In termini di funzione della pena, infatti, il principio di utilità si traduce, a livello teorico, nel totale superamento della prospettiva satisfattoria e spettacolarizzante dei supplizi, poiché il fine che le giustifica non è quello di atterrire il peccatore, mostrandogli il volto crudele della vendetta divina, ma la funzionalità rispetto al fine generale di conservazione della pace sociale: un argomento puramente utilitarista, orientato alle conseguenze e di carattere preventivo. Sul piano pratico, tuttavia, bisognerà aspettare ancora più di un secolo per la sistematica teorizzazione e la relativa messa in opera delle tesi sulla funzione della pena preventiva, con tutti i loro pregi e difetti.

Si è accennato così alle premesse sulle quali si consolideranno le idee illuministe in ambito penale: gli Illuministi avranno il merito di tradurle in principi e direttive che i sovrani illuminati d'Europa, non certo senza compromessi, saranno in parte disposti a mettere in pratica.

#### ***4. Beccaria e il principio di legalità***

Lo stato della legislazione penale alle soglie del XVIII si caratterizzava per disordine normativo, oscurità delle disposizioni e disuguaglianza nella applicazione delle stesse. Ciò corrispondeva ad una costruzione gerarchica della società, caratterizzata per definizione da corporativismo e divisione in ceti. Questo stato di cose mal si adattava alle esigenze di quella potente classe sociale, che dal mercantilismo era

---

<sup>21</sup> LUCIO ANNEO SENECA, *De Ira*, 1, XIX, VI, consultato nell'edizione *L'ira*, traduzione e note di Costantino Ricci, Milano 2010. traduzione e note di Costantino Ricci, Milano 2010.

venuta affermandosi ed aspirava a tradurre quel potere di fatto in riconoscimento giuridico: la borghesia.

L'oscurità delle leggi e l'arbitrio dei giudici appariva strumentale al mantenimento di una struttura sociale fortemente verticalizzata e corporativa: il sistema giuridico risolveva e assolutizzava quelle disuguaglianze sociali in disuguaglianze giuridiche, creando *status* e ceti disomogenei, caratterizzati da privilegi per nascita e pressoché nulla mobilità sociale. Dinanzi a questo stato di cose, la centralità del soggetto razionale nella concezione filosofica del giusnaturalismo illuminista, così come si era affermato sin dal *cogito* cartesiano, rappresentava un momento di cesura, che si poneva in netta alternativa rispetto al modello d'*ancien régime*. L'affermazione della ragione quale essenza dell'Uomo, poneva tutti gli esseri umani nella stessa condizione di uguaglianza e libertà: uguaglianza nella ragione, comune a tutti gli uomini e libertà attraverso la ragione, misura interna del bene e del male. Questa pretesa universalistica tutta umana e astratta storicamente reggerà almeno fino a quando il potere non avrà finito per accogliere tra i propri banchi anche quella classe.

Le idee di uguaglianza e libertà, che caratterizzano il giusnaturalismo illuminista, si traducono, infatti, in una concreta pretesa di carattere politico. Essa intendeva negare quel sistema gerarchico che escludeva dalla gestione del potere proprio quella classe economicamente più forte e produttiva. L'idea di uguaglianza, un'uguaglianza astratta, forgiata sulla uguale razionalità di cui ogni essere umano è dotato, nasce in questo contesto politico e si afferma contro tutte le autorità costituite, ancora orientate al riconoscimento di privilegi per *status*.

Quelle istituzioni giuridiche andavano dunque rifondate in base alla nuova concezione dell'uomo, ispirata a uguaglianza e libertà. Questa pretesa politica, giuridicamente militava per il riconoscimento dell'uguaglianza di tutti dinanzi alla legge e della tutela della libertà attraverso la legge. La matrice storica e politica dell'Illuminismo conduce, pertanto, all'affermazione del principio di legalità e della certezza del diritto, quale baluardo posto a garanzia della libertà individuale, poiché solo di fronte ad una legge che realizzi «*il massimo della felicità per il maggior numero*»<sup>22</sup> ogni individuo può essere considerato uguale e libero.

---

<sup>22</sup> CESARE BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, (prima edizione Livorno, 1764) consultato nell'edizione con commento di Voltaire e Introduzione di Roberto Rampioni, Roma.

La centralità della legge ed il suo legame inscindibile con i principi illuministici di libertà e uguaglianza si colgono apertamente nelle parole di Cesare Beccaria, il quale nel volume *Dei delitti e delle pene* riesce ad offrire una semplice ed efficace sintesi del patrimonio culturale e giuridico, che si deve tutt'oggi all'età dei Lumi in ambito penale, innanzitutto per ciò che riguarda il principio di legalità.

Il principio di legalità rappresenta, secondo la concezione tramandataci dall'autore, una irrinunciabile condizione di libertà individuale. La centralità della legge in materia penale si afferma in un duplice senso: sul piano sostanziale, infatti, laddove la materia penale sia riservata al legislatore, ogni atto normativo suscettibile di determinare una restrizione dei diritti di libertà personale scaturisce in via esclusiva dall'organo deputato a rappresentare la volontà popolare; sul piano formale, affinché la legge esprima effettivamente una regola di condotta che garantisca la libertà di scelta dell'individuo, è necessario che la predeterminazione legislativa dei delitti e delle pene sia chiara, scritta e precisa, è necessario che abbia quel grado di certezza che non lasci adito ad interpretazioni: «*Non vi è cosa più pericolosa di quell'assioma comune che bisogna consultare lo spirito della legge. Questo è un argine rotto al torrente delle opinioni*»<sup>23</sup>. Era necessario, infine, che il giudice fosse mera «*bocca della legge*»<sup>24</sup> operando secondo le regole del sillogismo perfetto, in un processo di pura applicazione del precetto normativo: solo in questo modo, da un lato, sarebbe stato scongiurato il pericolo di arbitrii giudiziari ed esecutivi, e, dall'altro, il cittadino sarebbe stato sempre messo in condizione di acquisire consapevolezza con riguardo alle conseguenze delle proprie azioni, poiché «*Non v'ha dubbio che l'ignoranza e l'incertezza delle pene aiutino l'eloquenza delle passioni*»<sup>25</sup>.

In termini di opzione politico-criminale con riguardo alla funzione della pena, essa, da strumento di deterrenza ed intimidazione, funzionale al mantenimento del potere autoritario, diventa strumento di difesa sociale, posto che il fine in vista del quale gli individui convengono al contratto sociale, rinunciando a parte della propria libertà, è proprio quello di garantirsi la sicurezza di una convivenza ordinata e pacifica: «*Vi volevano de' motivi sensibili che bastassero a distogliere il dispotico animo di*

---

23 IVI, IV, p. 22.

24 MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Ginevra, 1748, XI, 6.

25 C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit, V, 24.

*ciascun uomo dal risommergere nell'antico caos le leggi della società.*<sup>26</sup>» Parliamo dunque di una funzione preventiva della pena, «*serbata la proporzione*» che si traduce ne «*l'impedire il reo dal far nuovi danni, e rimuoverne altri dal farne uguali*<sup>27</sup>».

Secondo la concezione illuminista così sistematicamente espressa nel volumetto di Beccaria, il fondamento del diritto di punire, così come ogni altra potestà statale, è da ricercare nel contratto sociale. Da ciò deriva che non tutti gli interessi o fatti possono essere presi ad oggetto della normazione penale, così come non tutte le pene e i mezzi di coercizioni possono essere legittimamente praticati. Sul piano della selezione dei fatti punibili, il legislatore sarà sottoposto a vincoli di stretta necessità, derivanti dall'affermazione della libertà, fisica e morale, quale valore centrale dell'ordinamento. Solo, dunque, quei fatti suscettibili di rappresentare un concreto pregiudizio per la convivenza civile e per la libertà altrui possono essere legittimamente criminalizzati e sempre che non si ravvedano altri strumenti meno invasivi di quella libertà, «*resa inutile dall'incertezza di conservarla*»<sup>28</sup>, che si viene a limitare attraverso lo strumento penale. Ciò, poiché i cittadini hanno rinunciato alla propria libertà naturale solo per quella minima parte strettamente necessaria all'autoconservazione.

Ne consegue una configurazione del diritto penale, da un lato, quale *extrema ratio*, dall'altro come diritto penale del fatto e non dell'autore, posto che è la dannosità sociale causata dalla condotta legislativamente predeterminata a giustificare l'intervento punitivo e non le condotte di vita del reo, che restano estranee alla criminalizzazione in quanto espressione della libertà di autodeterminazione morale.

In conseguenza alla concezione del diritto penale quale *extrema ratio*, sul piano sanzionatorio risulta bandito il c.d. terrorismo punitivo, mero sfoggio di forza per costringere all'obbedienza, e si impone un rapporto di stretta proporzionalità tra danno e pena, essendo questa irrinunciabile soltanto nella misura in cui sia necessaria e utile:

---

26 IVI, I, 20.

27 IVI, XII p. 30.

28 IVI, I, 20.

Più forti debbono essere gli ostacoli che rispingono gli uomini dai delitti a misura che sono contrari al ben pubblico, ed a misura delle spinte che gli portano ai delitti. Dunque vi deve essere una proporzione fra i delitti e le pene. [...] Se il piacere e il dolore sono i motori degli esseri sensibili, se tra i motivi che spingono gli uomini anche alle più sublimi operazioni, furono destinati dall'invisibile legislatore il premio e la pena, dalla inesatta distribuzione di queste ne nascerà quella contraddizione che le pene puniscano i delitti che hanno fatto nascere. Se una pena uguale è destinata a due delitti che disugualmente offendono la società, gli uomini non troveranno un più forte ostacolo per commettere il maggior delitto, se con esso vi trovino unito un maggior vantaggio<sup>29</sup>.

Per quanto concerne la necessità di un diritto penale del fatto, orientato esclusivamente alla criminalizzazione di condotte esterne, sempre che e nei limiti in cui siano socialmente dannose, la fondazione giusfilosofica di matrice illuminista riposa su quell'autonomia che si riconosce alla libertà soggettiva, la quale sottrae la morale individuale alla sfera di interferenza del potere pubblico. Ma l'argomento sviluppato da Beccaria fonda la separazione tra diritto e morale, non sul piano aprioristico dei principi del giusnaturalismo assoluto razionale, bensì su basi empiriste e utilitariste, ispirate ad esigenze pratiche e considerazioni filantropiche e sociali<sup>30</sup>. Egli sostiene, infatti, che, a causa della imperscrutabilità della bontà dell'animo umano, si debba escludere, prima ancora che la legittimità<sup>31</sup>, la stessa possibilità di una scelta di criminalizzazione su base morale, poiché essa sarebbe inverificabile e dunque impraticabile:

*Errori nella misura delle pene:* l'unica vera misura dei delitti è il danno dato alla nazione, e però errarono coloro che credettero vera misura dei delitti l'intenzione di chi gli commette. [...] Qualche volta gli uomini colla migliore intenzione fanno il maggior male alla società; e alcune altre volte colla più cattiva volontà fanno il maggior bene. [...] Alcuni pensarono che la gravezza del peccato entrasse nella misura dei delitti. La fallacia di questa opinione risalterà agli occhi d'un indifferente esaminatore dei rapporti tra uomini e uomini e uomini e Dio. I primi sono rapporti di uguaglianza. [...] I secondi sono rapporti di dipendenza da un Essere perfetto e creatore che si è riserbato a sé solo il diritto di essere

29 C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., VI p. 26.

30 In tal senso si esprime GUIDO FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, cit.,

31 Essa sarebbe anche ingiusta in quanto innecessaria, poiché giustizia è solo «il vincolo necessario per tenere uniti gli interessi particolari», C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., II.

legislatore e giudice [...]. Se ha stabilito pene eterne a chi disobbedisce alla sua onnipotenza, qual sarà l'insetto che oserà supplire alla divina giustizia [...]? La gravità del peccato dipende dalla imperscrutabile malizia del cuore. Questa da esseri finiti non può senza rivelazione sapersi.<sup>32</sup>

Dall'insostenibilità di un rapporto gerarchico tra gli uomini, in quanto uguali tra loro, viene dunque dedotta l'impossibilità di porre la gravità del peccato, inintelligibile alla ragione umana, come misura della pena: come aveva già affermato la tradizione Scolastica con Ferdinando Vasquez prima di lui, «*all'uomo non è consentito penetrare nei misteri di Dio*». Dall'uguaglianza tra gli uomini discende, dunque, la necessità di giudizi di *veritas*, costruiti in base a sistemi logico-formali verificabili e oggettivabili, ribaltandosi così il principio gerarchico che aveva imposto giudizi di *auctoritas*, su rivelazione volontaristica e legittimazione autopoietica di matrice divina. La responsabilità penale, da rivelazione, diventa oggetto di accertamento.

### **5. 1. Dal soggetto all'oggetto**

L'aver posto alla base della legittimazione del potere punitivo la tutela dell'essere umano uguale e libero al posto della divinità e dei suoi rappresentanti terreni doveva portare ad una soggettivizzazione della fondazione filosofica della conoscenza e della concezione del mondo, cui corrispondeva una oggettivizzazione del diritto. La centralità dell'uomo e la corrispondente funzionalizzazione della natura, così come del potere, ai suoi interessi, portava l'oggetto di conoscenza al cospetto del soggetto conoscente che lo coglieva attraverso gli strumenti della ragione, di cui quello si supponeva naturalmente dotato. L'oggetto, non più dato dall'esterno, ma costruito da e per l'uomo dalla soggettività pensante, ad esso si doveva piegare, per meglio soddisfarne le esigenze.

La sacralità del soggetto si traduceva, pertanto, nella costruzione di un diritto che meglio soddisfacesse la pienezza di quella soggettività. Da ciò il duplice limite già presente *in nuce* in Grozio: la fondazione umanistica, che sosteneva la pienezza della libertà morale, escludeva il foro interno da qualsiasi interferenza esterna; e siccome l'interesse primario si identificava nel libero sviluppo dell'uomo, soltanto le azioni che effettivamente costituissero un danno per quella soggettività potevano essere oggetto di tutela penale. Dunque, in questo senso, alla soggettivizzazione della

---

<sup>32</sup> C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., VII p. 26.

fondazione filosofica corrisponde l'oggettivizzazione, orientata alle sole azioni dannose esterne, del diritto penale, poiché esso si legittimava unicamente quando posta a rischio era la libertà e autonomia dell'Uomo, vero assioma dell'epoca.

Già Thomasius<sup>33</sup> – e poi più compiutamente Kant – svolgerà questi argomenti, individuando il carattere di giuridicità nella intersoggettività, che esclude il giudizio morale, riguardante il solo foro interno, e nella coercibilità, che esclude le mere convenzioni sociali, i giudizi di opportunità, insuscettibili di azione coercitiva. Quando queste tre aree, diritto, morale e opportunità politica, vengono confuse, il sistema da filosoficamente soggettivo e giuridicamente oggettivo si inverte e diventa filosoficamente oggettivo, e cioè fondato in funzione di un interesse altro, esterno rispetto all'uomo, e giuridicamente soggettivo, non esistendo più il limite invalicabile della libertà morale. La fondazione della potestà punitiva in questa seconda ipotesi si rinviene al di fuori del valore essenziale dell'uomo: egli dunque viene strumentalizzato o per la realizzazione di una determinata concezione morale assoluta, una *Weltanschauung*, che non conosce limite dinanzi al foro interno, o per la concezione utilitaristica della difesa sociale, che per ragioni di opportunità collettiva, annienta l'uno per il bene dei molti.

In un'epoca mai sentita così lontana, Ragione e Sistema furono elevati, dunque, a leggi universali della conoscenza: ogni dissertazione doveva interiorizzare le regole ed il Metodo, a cui entrambi obbligavano, per potersi vedere riconosciuta dignità di discorso scientifico. E tutto ciò che tentasse di eluderne la supremazia prontamente veniva tacciato di oscurantismo ed invitato ad abbandonare il salotto intellettuale. Vittima illustre del macinatoio illuminista fu, tra gli altri, Gianbattista Vico, il cui filosofare, immerso nel senso di storicità, mal s'addiceva all'ispirazione universalista e astratta del giusnaturalismo razionalista: egli, pur con la straordinaria forza del suo pensiero, resterà ai margini della vita intellettuale e accademica, vedendosi passare avanti nella carriera da personalità di cui non si conserverà memoria<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> *Fundamenta juris naturae et gentium*, I, VI-V.

<sup>34</sup> In questo senso, MARCO NICOLA MILETTI, *Enrico Pessina*, in AA. VV., *Dizionario biografico dei giuristi Italiani*, a cura di Italo Birocchi, Ennio Cortese, Antonello Mattone, Marco Nicola Miletto, Bologna 2013, 1554-1558.

Quel mito della razionalità, su cui si riponeva a volte ingenua fiducia, tuttavia nascondeva in sé il seme di ciò che presumeva di superare. Nel porsi quale alternativa scientifica, politica e filosofica all'assolutismo derivante dal principio di *auctoritas d'ancien regime*, il pensiero moderno si invischiava nello stesso pantano, finiva per esaltare il concetto, obliando la funzione, nel momento stesso in cui assolutizzava il Metodo e la Ragione come verità sempiterni della teoria della conoscenza. Non riconosceva, in ciò, che proprio quel metodo e quella ragione non potevano che offrire solo uno spettro della realtà oggettiva, necessariamente deformato perché amputato dallo strumento stesso che si adoperava per il suo conoscenza. Il principio di identità<sup>35</sup> che esso offriva attraverso l'apologia del Concettualismo tagliava fuori e privava di conoscibilità tutto ciò che non combaciava con le categorie costruite, che ad esse non si piegasse: esso mistificava la realtà, avendo ignorato la realtà storica di se stesso.

### ***6. Il passaggio dal giusnaturalismo razionalistico al positivismo giuridico tra Scuola dell'esegesi e Scuola storica del diritto***

A cavallo tra il XVIII secolo e il XIX si preparava il passaggio da una teoria giusnaturalista di matrice illuminista al suo speculare: il positivismo giuridico. Nonostante la netta inconciliabilità tra le dottrine rifacentisi all'uno o all'altro, anche in questo caso la storia mostra una continuità. Quando fu il momento di avanzare le istanze politiche del nuovo assetto economico e sociale, che si veniva formando sin dal mercantilismo, l'esistenza di ordinamenti impermeabili rispetto ad esse aveva costretto ad una fondazione del diritto indipendente rispetto agli assetti di potere esistenti: nelle leggi di natura e nel giusrazionalismo si sosteneva una pretesa dell'essere che bussava alla porta dell'esercizio del potere. Questo avrebbe dovuto, dunque, adattarsi a quel parametro di natura per affermarsi come legittimo. Era l'esigenza concreta di una battaglia giocata fuori dal concreto esercizio del potere ad indurre sulla via di una fondazione extrapositiva della sua legittimazione ed è ciò che permise, allo stesso tempo, ai suoi esponenti di avanzare pretese di principio, di massima portata, ma prive di contenuto.

---

35 Per la critica al concetto di identità, Cfr. THEODOR W. ADORNO, *Dialettica negativa*, Introduzione e cura di Stefano Petriccioni, traduzione italiana di Pietro Lauro (titolo originale *Negative Dialektik*, Frankfurt am Main, 1966), Torino, 2004, *L'idealismo come furia*, posizione 695.

Quando, però, i mutati assetti di potere, maturati a seguito della Rivoluzione francese e diffusi al galoppo con Napoleone in tutta Europa, finirono per accogliere le istanze illuministe, questo si trovò dinanzi una nuova sfida: bisognava tradurre quelle dichiarazioni di principio in regole di condotta. Era necessario un sistema razionalmente costruito che accogliesse quelle istanze per tradurle in diritto cogente: iniziava l'epoca della Codificazione. Pertanto, non sembravano più necessari quegli strumenti di legittimazione esterna del potere, offerti dal giusnaturalismo. Ad essi dovevano sostituirsi criteri autolegittimanti di costruzione sistematica del nuovo assetto giuridico e della sua applicazione: di nuovo il razionalismo veniva in gioco, ma questa volta in qualità di metodo scientifico di tecnica legislativa ed ermeneutica. La questione centrale della scienza giuridica dell'Ottocento divenne il problema del metodo.

Tuttavia, la questione metagiuridica della fondazione delle norme resta inevitabile, pur in un contesto positivista di apologia del diritto vigente e di interesse puramente epistemologico. Quando si tratta di metodo, vengono in gioco innanzitutto concezione e concetto di diritto che si scelgono di adottare ed è in base a queste che si stabilisce la scelta metodologica, rendendo inscindibili le dottrine epistemologiche dalla definizione del loro oggetto. Quella della scelta del concetto di diritto potrebbe essere letta come fondazione metafisica o metaempirica. Ma anche su questo piano, nell'opzione tra metafisico e empirico, così come per le singole correnti sviluppate in ciascuna di queste opzioni, le premesse scientifiche risultano assiologicamente condizionate dai movimenti storici, culturali e politici in cui si muovono i singoli giuristi. «Ne deriva che il metodo si trova sempre condizionato dal modello di Stato al quale è funzionale il sapere giuridico, ossia, che la sua scelta va sempre preceduta da una decisione politica fondamentale»<sup>36</sup>. Gli sforzi condotti in funzione dell'affermazione di una neutralità della scienza giuridica, così, sono già di per sé un manifesto politico che marchia i suoi portavoce.

Ridurre tutte le correnti del positivismo giuridico in un unico insieme omogeneo veramente non è possibile. Soltanto la duplice prospettiva, storica da un lato e culturale e spirituale dall'altro, danno il senso di una uniformità. Essa si registra in

---

36 EUGENIO RAÚL ZAFFARONI - ALEJANDRO ALAGIA - ALEJANDRO SLOKAR, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, 2ª ed., 2002; ID., *Tratado de Derecho penal. Parte general*. 5 volumi, Buenos Aires, t. II, 1987.

effetti sul solo piano dell'esigenza storica cui si tentava di rispondere, quella della metodologia della scienza giuridica: una metodologia che doveva servire alla costruzione di un nuovo assetto istituzionale, fortemente centralizzato, funzionalizzato alla eliminazione dei residui di particolarismo feudale. Una felice coincidenza storica fece sì che l'enfasi posta sullo strumento legislativo da parte delle correnti illuministe si sposasse perfettamente con l'esigenza di accentramento dell'assolutismo di quei sovrani europei che si diranno per questo illuminati. Riconoscere come unica fonte del diritto la legge significava, infatti, sottrarre all'autonomia corporativa il potere di normazione e superarne l'impermeabilità rispetto ad un intervento statale. Poco importa che filosoficamente ciò fosse sostenuto in virtù del principio di uguaglianza, mentre politicamente rispondeva ad una esigenza di accentramento del potere: principi e utilità avevano stretto la loro storica alleanza.

Ma in che modo si dovesse intendere la scientificità del metodo e addirittura in cosa consistesse l'oggetto della sua conoscenza, il diritto, erano domande che conducevano in luoghi del sapere strutturalmente eterogenei, seppur talvolta confinanti. Pertanto non pare né propriamente corretto, né tanto meno funzionale al presente lavoro, trattare le correnti positiviste della scienza giuridica come un unico insieme coerente<sup>37</sup>, tanto più che al suo interno si collocano correnti che potrebbero ricondursi alternativamente alle due categorie del soggettivismo o dell'oggettivismo penale.

### **6.1. La codificazione Napoleonica**

La convergenza degli interessi assolutistici con quelli illuministici aveva mostrato il duplice volto della legge. Questa, pensata quale espressione della sovranità popolare<sup>38</sup>, avrebbe dovuto garantire dall'arbitrio e dalla disuguaglianza. Tuttavia, la codificazione napoleonica in materia penale dimostra immediatamente la sua strumentalità alle esigenze stesse del potere centralizzato.

---

37 Così per esempio KARL LARENZ, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, Milano 1966, traduzione dal tedesco di Sergio Ventura (titolo originale *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin-Göttingen, 1960), 47ss.

38 JEAN JACQUES ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, a cura di Roberto Gatti, Milano, 2010 (titolo originale *Du contrat social ou principes du droit politique*, Amsterdam 1762).

Il codice penale napoleonico del 1810, in effetti, adotta una metodologia legislativa di carattere logico-razionale e sistematico senza precedenti e dimostra di fare tesoro degli insegnamenti illuministici in termini di certezza del diritto: esso, sul piano tecnico, mirava a porre se stesso quale espressione positiva del diritto naturale universalmente valido, traducendo i precetti della ragione in legge positiva. Rimasto in vigore fino al 1994, il corpo normativo adottato non deve essere andato troppo lontano dall'obiettivo.

Il codice, sul piano strutturale, innanzitutto introduce l'ormai irrinunciabile bipartizione tra parte generale e parte speciale, già di per sé non scontata, se comparata con le mere raccolte di fattispecie che circolavano contemporaneamente in Europa, spesso ridotte a meri elenchi dei reati in ordine alfabetico. Nello specifico, esso procede, nella parte generale, al recepimento dei principi dell'illuminismo penale, in particolare per le diverse articolazioni del principio di legalità, e, nella parte speciale, alla costruzione e sistematizzazione delle fattispecie di reato, ordinate per categorie. Inoltre, suddivide per categoria i tipi di reato (crimini, delitti e contravvenzioni) e determina i tipi di pena entro cornici edittali<sup>39</sup>.

Tuttavia, se dalla tecnica legislativa, senza dubbio razionale e sistematica, si passa ad analizzare il contenuto delle norme con esso introdotte, il codice napoleonico mostra tutta la sua natura di compromesso storico tra le forze politiche e sociali predominanti. I principi del diritto naturale, quali strumenti di difesa della libertà morale e fisica del soggetto contro il potere, sbiadiscono in un formale quanto ambiguo principio di legalità. Da un lato, infatti, il vigore impresso alla tutela della proprietà, oltre che della persona, mostrano l'aspirazione individualista del codice, che così recepisce le esigenze difensive della classe borghese. Dall'altro, però la severità e capillarità degli interventi a tutela della «cosa pubblica» (un capo che va dall'art. 75 all'art. 294 in un codice di 483 articoli totali e che è suddiviso in sezioni specifiche per sicurezza dello Stato, costituzioni del regno, pace pubblica, esercizio delle funzioni pubbliche, etc.) mostrano plasticamente l'altra faccia del compromesso, che è quello tra autoritarismo centralista e liberismo economico.

---

<sup>39</sup> Superando il tal senso l'aspirazione ad una pena fissa avanzata dagli Illuministi, in ragione della limitazione del potere discrezionale dei Giudici.

Le caratteristiche razionali e organiche dell'impianto codicistico napoleonico furono all'origine dell'affermazione del principio di completezza dell'ordinamento, che fece da ponte per le teorie positiviste, e le cui origini possono farsi risalire, in Francia, alla c.d. «scuola dell'esegesi»<sup>40</sup>. Il passaggio dal diritto naturale, quale legittimazione e limite esterno del diritto *positum*, alla mera esegesi del diritto positivo sembrerebbe un salto quantico nella storia delle dottrine giuridiche, se non fosse contestualizzata nella dimensione politica in cui queste si muovono. Da una istanza di limitazione del potere, essa era passata a rappresentare uno strumento dell'efficienza nell'esercizio del potere stesso. Il razionalismo e l'utilitarismo, propaggini particolarmente riuscite della dottrina giusnaturalista, si erano mostrati infatti entrambi permeabili alle nuove esigenze del contesto istituzionale. Essi sul piano tecnico conducevano al miglior cammino possibile per il perseguimento degli scopi politico-criminali liberamente scelti dal legislatore.

L'insufficienza del solo principio di legalità formale in senso limitativo della potestà punitiva doveva riportare alla discussione sulla possibilità di una legittimazione esterna degli scopi perseguibili attraverso lo strumento penale<sup>41</sup>. Ma tale questione, che era centrale nella prima fase del giusnaturalismo, aveva perso di importanza quando quella classe che con esso aveva tentato di affermarsi, la borghesia, era già riuscita nel suo intento e adesso, piuttosto, necessitava consolidarsi nella propria posizione, in una società in forte trasformazione.

La codificazione, da un lato, e l'autoritarismo napoleonico, dall'altro, interruppero grosso modo il dibattito in Francia sulla fondazione delle norme, dibattito che, invece, si spostò nella vicina Germania, prevalentemente nel contesto del diritto civile. La centralità delle dottrine privatistiche era vincolata alla mancanza di un codice civile uniforme, come quello che al contrario era stato adottato in Francia. Ciò che si metteva in discussione era proprio la necessità stessa di una codificazione, ritenendosi, da parte di quella che sarà conosciuta come Pandettistica, che la tradizione di diritto comune, mediata attraverso la contestualizzazione storica, offrisse già un impianto concettuale idoneo alla regolamentazione dei rapporti

---

40 JULIEN BONNECASE, *L'école de l'exégèse en droit civil*, Parigi, 1924.

41 Tendenza che si svilupperà già nel corso del XIX secolo, attraverso le correnti della Giurisprudenza degli interessi e della giurisprudenza dei valori, ma che troverà compiutamente seguito attraverso la dottrina teleologicamente orientata alla funzione della pena da Roxin in poi.

civilistici. Posizione, questa, che costringeva la giurisprudenza a misurarsi con la tradizione di diritto comune ancora vigente e che richiedeva la formulazione di un metodo per la sua sistematizzazione e interpretazione. La penalistica, dal suo canto, risentirà notevolmente degli influssi del dibattito civilistico, restando per lungo tempo in posizione ancillare e condizionata da quest'ultimo, sia metodologicamente che spiritualmente. Le dottrine che vennero sviluppate in quel settore si vedranno meccanicamente estese anche al penale, finché questo non riuscì ad affermarsi come materia autonoma, non solo sul piano dogmatico, ma anche metodologico.

## **6.2. La scuola Storica del diritto di Savigny**

Chiave di volta nella dottrina giuridica tedesca di inizio Ottocento può essere considerata l'opera di Friedrich Carl von Savigny, che diede vita alla c.d. Scuola storica del diritto. Nonostante questa dottrina, di matrice romantica, è normalmente ricostruita in termini alternativi sia rispetto al giusnaturalismo che al giuspositivismo, in essa si trovano già sviluppati alcuni degli argomenti fondamentali che determineranno il successo di quest'ultimo<sup>42</sup>.

Innanzitutto Savigny condivide con il positivismo l'assunto iniziale della necessità di mettere da parte la fondazione metafisica delle norme, tanto da finire per utilizzare il termine filosofico, non in riferimento ad una fondazione trascendentale o giusnaturalista del diritto, bensì quale sinonimo di sistematico<sup>43</sup>. Ciò che rappresenta il segno di cesura tra lo storicismo di Savigny e il positivismo giuridico sta nella risposta, alternativa alla filosofia, che viene offerta alla concezione del diritto. Infatti, mentre per l'Autore esso si fonda nell'unità ideale immanente al sistema storico, tanto da interrogare il solo spirito del popolo (*Volksgeist*) quale unica fonte originaria di ogni disciplina giuridica, tutte le correnti del positivismo, carenti di senso storico, cercano una concezione del diritto e un metodo di studio e scoperta dello stesso universalmente valido e, dunque, intrinsecamente astorico.

Tuttavia positivismo e scuola storica si ritrovano in un altro aspetto, che rende l'opera di Savigny una possibile chiave di lettura degli sviluppi della scienza giuridica moderna. Come detto, per Savigny bisogna consultare lo spirito del popolo

---

42 GIOVANNI TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*. Assolutismo e codificazione, Bologna 1998.

43 In questo senso, K. LARENZ, *Storia del metodo*, cit., 5.

quale unica fonte del diritto: esso sarebbe costituito da quei comportamenti concreti osservati dalla comunità con la coscienza di una necessità intrinseca<sup>44</sup>. Tali rapporti umani tipici, riconosciuti nel loro significato giuridico, costituirebbero gli «istituti giuridici». Preme evidenziare che tali istituti, appartenendo allo spirito della storia, secondo l'Autore non sarebbero ricavabili deduttivamente da regole o principi positivi, ma solo intuitivamente attraverso la lettura del mutevole evolversi della coscienza collettiva. Questi istituti, pieni di significato per le relazioni umane e ricavati intuitivamente, forniscono una visione organica, l'idea di totalità storica, che costituirebbe il materiale sulla base del quale ricavare per astrazione e interpretare le regole giuridiche. Dunque il pensiero giuridico dovrebbe costantemente mediare tra l'idea di totalità storica da una parte ed i singoli concetti, che ne rappresentano un aspetto parziale, dall'altra. Tale mediazione avverrebbe attraverso un processo intuitivo, inteso quale «nesso organico» tra l'una e gli altri<sup>45</sup>. L'esigenza della scissione del metodo conoscitivo per l'idea totale, da un lato, e i concetti giuridici, dall'altro, è resa necessaria in quanto per Savigny il nesso organico, la totalità storica, si sottrae alla comprensione concettuale.

È stata sollevata una obiezione dirimente a tale concezione: se la totalità è conoscibile solo intuitivamente, mentre i concetti si ricavano solo per logica, non sarebbe possibile, si sostiene<sup>46</sup>, dedurre i secondi dal primo. L'incomunicabilità tra questi due mondi, in quanto metodologicamente del tutto indipendenti tra loro, doveva far concludere per l'impossibilità di una mediazione tra intuizione e concetto.

Involontariamente, così, Savigny fornisce gli argomenti di fondazione per il successivo sviluppo della scienza giuridica in una duplice, contrapposta, direzione.

Da un lato, infatti, l'affermazione del metodo scientifico con ad oggetto i soli concetti diviene il cavallo di battaglia per l'affermazione del concettualismo e poi del positivismo. Questi ultimi, con l'obiettivo di far acquisire allo studio giuridico il rango di metodo scientifico, si faranno forti di quelle premesse per espungere dal suo oggetto la concezione storico-filosofica del diritto e si concentreranno, dunque, sulla

---

44 FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY, *La vocazione del nostro tempo per la legislazione e la giurisprudenza*, in ANTON FRIEDRICH JUSTUS THIBAUT E FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY, *La polemica sulla codificazione*, a cura di Giuliano Marini, Napoli 1982, (Titolo originale *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1914), 87-197.

45 F. C. VON SAVIGNY, *La vocazione*, cit., 95ss.

46 LARENZ, *Storia del metodo*, cit., 16.

sola costruzione concettuale attraverso la classificazione logico-formale del materiale giuridico esistente. Il metodo storico dualista, che rimetteva al solo processo intuitivo la comprensione della visione organica e limitava il pensiero concettuale alle sole regole giuridiche ricavate deduttivamente, aveva, dunque, aperto la strada al formalismo. Partendo dal presupposto che l'idea di totalità degli istituti giuridici, che si coglie solo nell'intuizione, non sarebbe stata concepibile scientificamente, quest'ultimo concentrò gli sforzi esclusivamente sul processo di astrazione induttiva avente ad oggetto i concetti, razionalmente ricavati dal materiale giuridico esistente e che avrebbero rappresentato gli elementi costitutivi di un sistema di progressiva classificazione logico-formale<sup>47</sup>.

D'altro canto, una seconda corrente si sarebbe, invece, mossa in direzione opposta, valorizzando il primo elemento della relazione, quello della totalità dello spirito del popolo, conoscibile solo intuitivamente. Questa corrente si muoverà nella direzione del romanticismo, che, seppur prevalente in altri settori del sapere, come arte e letteratura, penetrerà nel corso dell'Ottocento anche nel diritto<sup>48</sup>.

L'opera di Savigny, dunque, introduce una distinzione nei metodi di conoscenza, l'uno per la storicità del mondo organicamente concepito, intriso dei costumi e valori caratterizzanti una determinata fase dell'evoluzione sociale, e l'altro volta alla costruzione concettuale del sistema di regole che formano il diritto. Tale distinzione, come visto, è gravida di conseguenze: negare la conoscibilità razionale e scientifica dei valori a fondamento delle norme, era sì all'origine dell'abbandono del metodo storico da parte del positivismo, che intendeva fornire il diritto di una metodologia scientifica. Ma, allo stesso tempo, nel movimento diametralmente opposto, darà anche l'appiglio per l'affermazione di quelle teorie che rinnegheranno il valore della razionalità umana, riduttiva e svilente rispetto alle capacità conoscitive scaturenti dalla mera intuizione, e valorizzeranno invece quest'ultima, considerata quale unica forma attraverso la quale cogliere l'essenza delle cose, sfuggente alla ragione. Si tratterà di quella intuizione che l'aristocratica concezione filosofica emergente già in Shelling<sup>49</sup> riserverà alle sole menti superiori e che non potrebbe schiudersi a menti

47 Vd. *infra*, parr. 6.3 e 7.

48 Vd. *infra*, par. 8.

49 Su Shelling e il confronto con i successivi sviluppi dell'irrazionalismo tedesco, Vd. GYÖRGY LUKÁCS, *La distruzione della ragione*, vol. 1, Milano 2011 (titolo originale *Die Zerstörung der Vernunft*, Berlin 1954), 154 ss.

ordinarie limitate al meccanicistico metodo logico-formale. Anche Nietzsche avrà qualcosa in comune con questo modo di intendere il rapporto tra individuo straordinario e società grezza.

Ciò che qui interessa sin da subito evidenziare è che la concezione intuitiva dell'apprensione dell'essenza delle cose avrebbe nuovamente ribaltato la relazione tra uomo e diritto. L'essenza era sì considerata accessibile alla comprensione umana, ma solo da parte di individui superiori, straordinariamente dotati. Ciò, da un lato, avrebbe legittimato e sostenuto l'affermazione di una struttura sociale fortemente antidemocratica e discriminatoria, poiché ontologicamente non tutti gli uomini avrebbero potuto considerarsi eguali, come invece perorato attraverso la dottrina kantiana della soggettività. Ed in secondo luogo, proprio la capacità intuitiva di quegli individui al di sopra della media avrebbe potuto restituire la realtà ontologica dell'assoluto, della giustizia, della natura umana individualmente concepita. Si procedeva, dunque, nuovamente all'oggettivizzazione della conoscenza, cui sarebbe corrisposta la soggettivizzazione del diritto in base alla natura, intuitivamente appresa, del singolo uomo.

I limiti della concezione storica del diritto e i vicoli ciechi cui avrebbero portato le dottrine costruite esclusivamente o sull'uno o sull'altro polo della stessa, hanno però stimolato, allo stesso tempo, numerosi tentativi volti ad integrare le due prospettive, portando il metodo razionale oltre i limiti dell'interpretazione sistematica del materiale normativo: lo scopo, questo concetto pieno di significato relazionale, ma, allo stesso tempo, oggettivo e razionalmente apprensibile, si sarebbe posto al centro dello scenario giuridico e non avrebbe più ceduto la sua posizione. Da quel momento in poi, lo specifico metodo della scienza giuridica, quale scienza dello spirito autonoma sia dalle scienze pure sia da quelle sociali e non per questo irrazionale, avrebbe trovato la propria identità nel metodo teleologico<sup>50</sup>. Ciò non significa che il concetto di scopo non sia stato sottoposto a potenti critiche e a confliggenti costruzioni. Tuttavia, per quanto progressivamente rivisto, corretto, spiritualizzato o concretato, esso si impose quale unica possibile finestra sulla realtà a disposizione della prescrittività e in quanto tale non sarebbe stato più possibile ignorarlo.

---

<sup>50</sup> Vd. *infra*, parr. 9 e 10.

### 6.3. La giurisprudenza dei Concetti

La prima evoluzione metodologica, che promana dallo spirito della dottrina storica del diritto, si rinviene nel Concettualismo. Si intende per Concettualismo quella corrente sviluppatasi durante la prima metà dell'Ottocento nella dottrina tedesca, avente ad oggetto la costruzione dogmatica del diritto attraverso il metodo sistematico. Il sistema, in quanto riduzione a unità di una molteplicità riconosciuta nella sua coerenza logica, può essere organico oppure concettuale. Nel primo caso, come nella concezione savignyana, l'unità è intesa quale totalità logica intrinseca alla molteplicità e dunque rappresentabile soltanto in relazione a e attraverso questa: ne deriva che tutti gli elementi del sistema si collegano con un centro concreto che ne rappresenta il fondamento. Nel sistema concettuale, invece, il concetto generale e astratto è ricavato per induzione dal particolare, attraverso procedimenti di logica formale di progressiva astrazione, che termina in una costruzione piramidale ove la base è costituita da tutta la materia particolare e la cima è occupata da un concetto generalissimo, a cui è possibile ricondurre tutti i concetti sussunti.

Il sistema inteso quale piramide concettuale nella scienza giuridica è stato introdotto da Puchta, attraverso la sua «genealogia dei concetti»<sup>51</sup>. Tale piramide era costruita secondo le regole della logica formale a partire dalle singole massime fino ad un principio generale. Ciò che pone tale corrente fuori dal positivismo è che per Puchta tale principio supremo doveva identificarsi in un apriori filosofico-giuridico, che egli individuava nella libertà morale kantiana. Da tale fondamento giusfilosofico deriverebbero a loro volta il concetto di persona, che sostanzia la soggettività giuridica, e quello di diritto soggettivo.

Mentre il metodo della scuola storica perorava per una concezione organica che ricavava deduttivamente i concetti dagli istituti giuridici, nella genealogia dei concetti di Puchta, nonostante l'ampia e approfondita analisi storica delle fonti romane, si procede induttivamente a partire dal materiale giuridico e solo alla cima della piramide è posto un collegamento extra-giuridico di carattere filosofico, quale fondamento ultimo della validità normativa. In realtà la fonte del diritto non è dunque la storia bensì la saggezza della dogmatica, che le istituzioni storiche conosce

---

<sup>51</sup> GEORG FREDRICH PUCHTA, *Corso delle Istituzioni*, Vol. 1, con traduzione e introduzione di A. Turchiaruolo, Napoli 1854, (titolo originale *Cursus der Institutionen*, Band 1. *Einleitung in die Rechtswissenschaft und Geschichte des Rechts bey dem römischen Volk*, Leipzig 1841) 11ss.

e adegua. Notiamo già qui, in un discepolo di Savigny, quella tendenza a sbilanciarsi a favore di uno solo dei due termini del nesso organico tra realtà storica e validità giuridica che aveva introdotto Savigny, ma ciò a vantaggio di una chiarezza espositiva e sistematica che ha avuto il merito di procurare alla successiva scienza giuridica gli strumenti di base della metodologia<sup>52</sup>.

#### 6.4. Jhering tra natura e scopo

Più affine, invece, alla metodologia indicata da Savigny può ritenersi l'opera del primo Jhering, che, considerando il diritto come organismo oggettivo della libertà umana e dunque come prodotto naturale, si muoveva secondo un metodo storico-naturalistico per la scomposizione, analisi e ricomposizione sistematica degli elementi logici del diritto positivo, al fine di individuare nuovi concetti a completamento dell'ordinamento<sup>53</sup>:

Combinando i diversi elementi può la scienza creare nuove idee e precetti nuovi; le idee sono feconde, si appajano, e ne generano delle altre. I precetti giuridici non hanno, come tali, questa forza produttiva; sono e rimangono sè medesimi, finché vengono risolti nei loro componenti semplici, e con ciò vengono posti, così in linea ascendente, come in linea discendente, in rapporto parentevole con altri, cioè appalesano l'origine loro da altre idee, e di sè ne generano di nuove alla volta loro.

Tale metodo, tuttavia, certamente soffre della fallacia naturalistica che confonde essere con dover essere, dato che in logica non sarebbe possibile derivare dalla mera coerenza sistematica del materiale normativo, quale necessità logica, anche la sua obbligatorietà giuridica<sup>54</sup>.

Tale fallacia si riconosce anche nella successiva fase dell'autore, più vicina al positivismo sociologico. In tal senso, la distanza che normalmente è riscontrata tra il primo Jhering e lo Jhering de *Lo scopo nel diritto* non appare poi così evidente. Nonostante, infatti, la prima posizione sia tradizionalmente collocata all'interno di

---

52 JOSÉ LUIS GUZMÁN D'ALBORA, *Elementi di filosofia giuridico-penale*, a cura di Gabriele Fornasari e Alessandra Macillo, Napoli 2015, 150.

53 RUDOLF VON JHERING, *Lo Spirito del diritto romano nei diversi gradi del suo sviluppo*, traduzione di Luigi Bellavite, Parte I, Milano 1855, (titolo originale *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Band 1, Liepzig 1852), 24ss.

54 In tal senso, la critica di K. LARENZ, *Storia del metodo*, cit., 32.

quella che fu definita «giurisprudenza dei concetti»<sup>55</sup>, mentre la seconda abbraccia un metodo che, già positivista, pare aprire il cammino al successivo sviluppo della Giurisprudenza degli interessi, in entrambe le proposte metodologiche la tensione verso una concezione del diritto quale espressione della realtà sociale è manifesta. Il primo considera il diritto come struttura organica e, dunque, naturale, prodotta dalla libertà umana; il secondo, come sistema che deriva la propria validità pratica dagli scopi posti dalla società alle singole massime. In entrambi i casi, dunque, si afferma la centralità del «fenomeno» giuridico quale prodotto del «fenomeno» sociale: nel primo, però, lo si riconduce ad una natura intrinsecamente razionale, mentre nel secondo l'accento è posto sulle concrete esigenze di vita, storicamente condizionate, ma ciò non toglie che tali esigenze e i conflitti risolti attraverso il diritto siano comunque frutto di quella stessa razionalità dell'uomo libero.

Neppure si potrebbe negare l'enorme e differente portata di tali approcci, ma non tanto in sé considerati, quanto piuttosto per ciò che hanno stimolato nello studio metodologico che a ciascuno di essi rispettivamente si sarebbe ispirato. In effetti, Jhering, nella sua autonomia intellettuale, non si può collocare né propriamente nel concettualismo, né nel teleologismo, né tantomeno nel positivismo naturalistico o normativistico: il suo grande lascito consiste nell'aver posto i termini delle questioni fondamentali, che altri autori avrebbero compiutamente tradotto nelle rispettive correnti.

Non un doppio Jhering, dunque, quanto una medesima intelligenza, sempre volta all'osservazione sociale del fenomeno giuridico. In questa chiave di lettura, è possibile comprendere la distanza tra il primo metodo ed il secondo, presentati in momenti diversi dell'evoluzione politica sociale e istituzionale della realtà tedesca nel corso dell'Ottocento. In una prima fase, essendo ancora sentito il legame con le tradizioni di diritto comune, riconfermata attraverso la Pandettistica inaugurata da Puchta, egli potrà ancora contare su una validità normativa riconosciuta agli studi dogmatici e dottrinari, in cui l'obbligatorietà della norma deriva dalla mera razionalità del metodo. Per tale ragione, nell'osservazione del diritto quale prodotto naturale, egli lo riconosce come organismo oggettivo della libertà. L'interdipendenza

---

55 PHILIPP HECK, *Begriffsbildung und Interrenjurisprudenz*, in *Grundriss des Schulrechts*, Tübingen 1929.

tra libertà e razionalità, lascito ancora fruttuoso dell'illuminismo, è ciò che giustificherà le successive evoluzioni nel senso della fondazione razionale del diritto, che si riconoscono sia nella posizione di Windscheid<sup>56</sup>, che intenderà la razionalità in senso soggettivo o empirico, come emanazione della saggezza dei secoli accolta dal legislatore, sia in quella della teoria ermeneutica oggettiva<sup>57</sup>, che vede Binding tra i principali promotori, ove la ragionevolezza intrinseca del diritto positivo è oggettivamente intesa quale coerenza, non formale, bensì funzionale.

Il secondo Jhering, dal canto suo, dinanzi al crescente potere normativo di cui si appropriava lo Stato a detrimento del diritto consuetudinario e dottrinale anche in Germania, aveva già visto sotto ai suoi occhi tramontare lentamente il sogno di una fondazione giusnaturalista nella pura razionalità, della quale egli stesso, a quel punto, si farà scherno<sup>58</sup>. Tale riflessione si inserisce in un processo storico di progressiva affermazione dell'autorità statale quale unica fonte legittima di diritto, laddove il diritto comune non era più in grado di rappresentare una società che si muoveva rapidamente verso l'industrializzazione. Non più la mera coerenza logica, bensì lo specifico scopo delle massime, in questo mutato contesto, sarebbe stata posta a fondamento della validità delle norme. E ciò poiché, da fine storico quale era, egli in realtà continuava a riconoscere il diritto quale prodotto sociale, seppure adesso considerasse quel prodotto come posto dalla società in funzione dei suoi interessi e non quale pacifico precipitato organico della libertà naturale.

A ben vedere anche in questa seconda costruzione più propriamente positivista, si legge un po' del primo Jhering giusnaturalista: nonostante si considerino gli scopi del diritto come posti dalla società, egli, infatti, ritorna ad una limitazione esterna del potere normativo, laddove definisce il diritto quale strumento funzionale al «perseguimento della sicurezza delle condizioni di vita della società realizzata mediante il potere coercitivo dello Stato»<sup>59</sup>, considerato, questo sì, quale unica fonte

---

56 BERNHARD WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, Traduzione di Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa con note e riferimenti al diritto civile italiano, Torino, 1930 (titolo originale *Lehrbüch des Pandektenrechts*, Berlino, 1882), 40ss.; ID., *Gesammelte Reden und Abhandlungen*, Leipzig, 1904, 6ss, 105.

57 KARL BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, Band I, Leipzig 1885, 450ss.; ADOLF WACH, *Handbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, Band I, Leipzig 1885, 254ss; Kohler, *Grünhuts Zeitschrift*, XIII, Düsseldorf 1886, 1ss.

58 K. LARENZ, *Storia del metodo*, cit., 60ss.

59 RUDOLF VON JHERING, *Lo scopo nel diritto*, I, a cura di Mario Losano, Torino 1972, (titolo originale *Der Zweck im Recht*, Leipzig 1877, 443).

del diritto. Ne deriva che anche gli scopi, in funzione dei quali vanno lette, corrette e integrate le massime positive, sono a loro volta funzionali a quel fine generale che è la sicurezza delle condizioni di vita storicamente mutevoli, poiché espressione di esigenze e interessi concreti. Dunque, anche gli scopi sono soggetti a correzione quali imperativi sociali posti al servizio dell'utilitarismo.

### ***7. Il positivismo giuridico***

Codificazione, concezione storica del diritto e concettualismo rappresentano, nei limiti di quanto suddetto, le premesse ottocentesche per l'affermazione del positivismo giuridico.

Quest'ultimo, tuttavia, neppure potrebbe configurarsi quale corrente univoca. Dall'aspirazione comune a bandire ogni metafisica dalla scienza giuridica limitandola empiricamente ai fatti e alla loro conformità alla legge positiva, deriva l'assunto comune dell'impossibilità di fondare il sistema giuridico su idee eterne o valori assoluti, in quanto questi non sarebbero razionalmente intellegibili e quindi andrebbero relegati ai contesti di fede e alla convinzione morale personale. L'assunto iniziale comune a tutto il positivismo si rinviene nella convinzione che l'idea di giustizia non sarebbe accessibile alla conoscenza scientifica e pertanto non potrebbe porsi quale principio oggettivamente generalmente valido, in netta contrapposizione alle tesi giusnaturaliste.

A questo punto, però, si dividono le correnti positiviste in base al metodo cui si intende ricondurre la scienza giuridica. Il primo modello, quello del positivismo naturalistico, intende assurgere a modello delle scienze giuridiche il metodo delle scienze naturali, che si occupa di fatti percepibili, materiali o psichici, retti da una legge causale<sup>60</sup>. Il diritto, secondo queste tesi, in quanto frutto della coscienza degli uomini, consisterebbe in un fatto psicologico o un fatto sociale. Tale concezione naturalistica del diritto darà luogo rispettivamente allo psicologismo giuridico e alla sociologia giuridica. In entrambi i casi, l'esito di tale modello si individua nel negare l'autonomia non solo del metodo scientifico di conoscenza del diritto, ma del concetto di diritto stesso, che sarà dissolto, a seconda dei casi, nella psicologia o nella sociologia.

---

<sup>60</sup> *Infra*, par. 7.1.

La seconda corrente che si inquadra nelle premesse positiviste anzidette propone, invece, una conoscenza scientifica del diritto in base al modello, non delle scienze naturali, bensì di quelle pure, rette da leggi universali, come la matematica: si tratta del positivismo normativista. La massima espressione del modello in discussione si identifica con l'opera del noto giurista Hans Kelsen, in particolare con la sua *Dottrina pura del diritto*<sup>61</sup>. Nel contesto del positivismo, essa ha raggiunto l'indiscusso risultato di fondare l'autocoscienza metodica della scienza giuridica, sulla base della distinzione fondamentale tra giudizi sull'essere e giudizi sul dovere, che, nel rispetto della legge di Hume, non sarebbero desumibili l'uno dall'altro, appartenendo il primo al piano esplicativo o descrittivo, l'altro al piano normativo. Mentre il primo tipo di giudizi, infatti, descrive i fatti e li spiega in base al principio di causalità naturale, come nelle dottrine iuspositiviste naturaliste, il metodo normativo riconosce il contenuto di un dovere sulla base delle sole disposizioni: un dovere può infatti derivare logicamente solo da un altro dovere<sup>62</sup>.

### 7.1. Il positivismo naturalistico

Il modello giuspositivista di tipo naturalistico si colloca in un contesto culturale di estrema fiducia nella scienza e nell'idea di progresso. Supportano tale fiducia la notevole espansione dell'economia industriale, che rende potente e sicura la classe borghese dominante, ed i successi coloniali europei, entrambi resi possibili dalla stabilità degli Stati assoluti raggiunta attraverso la Restaurazione.

In tale contesto, l'interesse della classe di giuristi si sposta dalla coerenza e razionalità oggettiva delle norme al modo della loro formazione nella società. In questa chiave, le regole di comportamento della vita in comune dovrebbero essere riconosciute come le vere norme giuridiche. Esse, dunque, risulterebbero dai fatti sociali che danno origine al diritto, quali gli usi, i rapporti di dominio, le dichiarazioni di volontà. Il diritto quale fenomeno sociale non sarebbe da intendersi come un insieme di norme, bensì come insieme di istituzioni giuridiche storicamente determinate, dalle quali a posteriori viene estrapolata una massima attraverso un processo di generalizzazione e astrazione. Tuttavia, si sostiene<sup>63</sup> che tale processo

---

61 HANS KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, a cura di Mario Losano, Torino 1990 (titolo originale *Reine Rechtslehre*, Leipzig und Wien 1934).

62 *Infra*, 7.2.

63 EUGEN EHRLICH, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, München-Leipzig, 1913, 292.

non potrebbe rivestire i caratteri di scientificità, in quanto la generalizzazione non sarebbe il frutto di un procedimento imparziale condotto con spirito scientifico, bensì si troverebbe in balia dei rapporti di forza, delle considerazioni di opportunità e di equità che conducono ad una valutazione comparativa degli interessi.

L'ordinamento giuridico quale fatto storico-sociologico si identifica così con il sistema dei rapporti vigente in una determinata comunità poiché riconosciuto socialmente vincolante. Sarebbe, dunque, la genesi sociale a formare la base delle regole e non queste a determinarne le relazioni<sup>64</sup>. Dal punto di vista sociologico proposto in questa linea argomentativa, infatti, ciò che rileva non è l'eccezionalità del conflitto, ma il pacifico adempimento che rappresenta la normalità e quotidianità delle relazioni e da cui deriva la loro elevazione a norme vincolanti, tanto da giustificare un intervento coattivo allorquando non siano spontaneamente realizzate.

Questa posizione metodologica, che riduce la scienza giuridica in sociologia, allo stesso tempo denuncia l'origine irrazionale del diritto. Le due posizioni sono strettamente vincolate, in quanto è dinanzi alla incapacità di una fondazione razionale del diritto, che funga da limite interno di esso, che sorge l'esigenza di rivolgersi a metodi scientifici alternativi, sulla falsa premessa di voler eliminare la componente politica e metafisica del conflitto di interessi che nella norma trova il proprio criterio di soluzione.

Il diritto, in questo modo, viene spiegato quale fenomeno sociale, ma non giustificato quale atto normativo, perché considerato inaccessibile ad una trattazione razionale. Tuttavia, negare scientificità al diritto quale atto normativo, limitando la trattazione scientifica alla sua matrice sociologica o psicologica, solo surrettiziamente può presentarsi come posizione politicamente e metagiuridicamente neutrale. Anche le posizioni che negano scientificità al diritto riparandosi dietro il paravento dei metodi delle scienze naturali mostrano, proprio in questa scelta di neutralità, di aderire ad una precisa opzione valoriale in termini di fondazione normativa dell'ordinamento<sup>65</sup>.

Questa opzione, che si muove costantemente tra i due poli di *veritas* e *auctoritas*, si identifica con il decisionismo volontaristico, che sottrae ogni possibilità di critica al diritto posto, proprio nel momento in cui limita qualsiasi discorso di *veritas* al solo

---

64 E. EHRLICH, *Grundlegung*, cit., 68ss.

65 SERGIO MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli 1992, 65ss.

campo delle scienze naturali. La validità delle norme, in tal modo, viene del tutto compressa sul principio di autorità, che non trova altro limite se non in se stesso e negli obiettivi politici fissati per il diritto in generale e di politica criminale, per il diritto penale. L'affermazione dell'origine sociale delle norme, in questa chiave, non comporta la fissazione di un limite eterodeterminato alla posizione delle stesse, come controlimite al potere statale, o una linea guida nella loro interpretazione quale strumento di valutazione dell'efficacia di un intervento normativo, bensì fornisce, sotto il manto della surrettizia indifferenza valoriale, il criterio di legittimazione autoreferenziale all'assetto giuridico-sociale esistente.

I sostenitori del positivismo naturalistico tedesco, del pari dell'antropologismo e biologismo lombrosiano, finiscono così paradossalmente per giustificare il diritto spiegandolo, descrivendolo, cadendo nella fallacia naturalistica per cui ciò che è deve pure essere<sup>66</sup>. Se infatti si fossero limitati a tentare di studiare sociologicamente il fenomeno giuridico, la genesi del reato, le conseguenze sociali della pena, essi non avrebbero fatto alcun torto alla scienza giuridica. Tuttavia, questa corrente non si è limitata a ciò, ma ha preteso di ridurre tutta la scienza giuridica alla mera sociologia, o ad altre scienze sociali, sostenendo che non fosse razionalmente possibile alcun altro studio metodologico di essa. In ciò si legge l'opzione politica schiettamente autoritaria di questa posizione, che invece avrebbe potuto rappresentare un enorme progresso, in particolare in termini di scienza penale integrata, se si fosse limitata a sostenere l'indipendenza reciproca del metodo naturalistico e di quello giuridico, separando le due concezioni di diritto come fenomeno sociale e diritto come atto normativo.

A riprova di ciò, non è un caso che i più illustri rappresentanti di questa corrente, Ehrlich e Kantorowicz in *primis*, siano allo stesso tempo i fondatori del movimento del diritto libero, cui si farà riferimento nel prosieguo<sup>67</sup>. Abbandonato il diritto quale concetto normativo in balia dell'irrazionalismo volontaristico, non resta alla scienza giuridica che di occuparsi di esso quale fenomeno sociale. Tra questi due piani, in questa concezione, non esiste alcun possibile ponte, quello che invece tenteranno di porre i neokantiani della scuola sud-occidentale. Per tale ragione, nonostante le

---

66 LUIGI FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari 1989, 210ss.

67 Vd. *Infra*, par. 8.

affinità sul piano dell'attenzione alla dimensione sociologica del diritto, non è possibile assimilare a questa corrente, nell'ambito della penalistica, quei giuristi, quali Franz von Liszt in Germania e Ferri in Italia, che invece tenderanno di usare le categorie sociologiche per erigere un diritto valido, perché scientificamente fondato. Mentre infatti il positivismo naturalistico tedesco che sfociò nella dottrina del diritto libero arriva a negare l'esistenza di un dover essere che non sia meramente frutto della posizione volontaristica, quello di Franz von Liszt e di Ferri fu funzionalizzato alla creazione di categorie giuridiche che ricavassero la propria fondatezza dallo studio criminologico di reato e pena e dalla figura dell'autore. L'enorme differenza sta nella negazione della razionalità del diritto, che si rinviene nei primi ma non in questi ultimi.

## 7.2. Il positivismo normativistico

Secondo la dottrina pura del diritto di Hans Kelsen, la scienza giuridica consisterebbe in una scienza normativa che ha ad oggetto un complesso di norme<sup>68</sup>. In quanto tale essa richiederebbe un metodo puro, e cioè scevro da elementi provenienti dalle scienze empiriche nonché da dogmi di natura etica. Il metodo puro non è funzionale al perseguimento di uno scopo pratico, che gli resta del tutto indifferente, pertanto deve essere slegato dagli interessi politici economici o ideologici. Il suo obiettivo è quello di cogliere la dimensione scientifica del diritto e pertanto, sostiene Kelsen, bisogna uscire dalla nebbia metafisica e dalle valutazioni di opportunità<sup>69</sup>.

Rispetto alla metafisica, egli sostiene che, se si concepisse il diritto quale categoria morale, esso si sovrapporrebbe all'idea di giustizia, il cui contenuto non è razionalmente determinabile, consistendo essa in un ideale irrazionale<sup>70</sup>. Rispetto, invece, all'opportunità politica, partendo dal presupposto secondo cui il contenuto del diritto non possa essere razionalmente predeterminato, ne deriva che esso può essere piegato al perseguimento di qualsiasi scopo sociale. Pertanto l'idea di scopo non sarebbe in grado di identificare ciò che è logicamente necessario ad ogni scienza giuridica, rappresentandone un dato puramente accessorio e storicamente determinato. Ne deriva una duplice limitazione all'oggetto della scienza giuridica:

68 H. KELSEN, *La dottrina pura*, cit., 1ss.

69 HANS KELSEN, *Was ist die Reine Rechtslehre?*, in *Festschrift für Zaccaria Giacometti*, 1953, 154.

70 H. KELSEN, *Was ist*, cit., 40; Id. *La dottrina pura*, cit., 16.

verso l'alto, rispetto alla fondazione metafisica, e verso il basso, rispetto ai concreti scopi perseguiti. Ciò che resta è il diritto inteso quale mera forma, privo di contenuto empirico e di valore universale, in cui l'oggetto di studio si identifica con la funzione logica che le norme acquistano nell'ambito del sistema<sup>71</sup>. Qualsiasi altro metodo cadrebbe, secondo Kelsen, nel sincretismo metodologico che confonde essere e dover essere.

Tale sincretismo si scongiura soltanto quando il concetto di dovere (*Sollen*), viene distinto dal concetto di necessità (*Müssen*), intesa quale espressione della legge di causalità naturale. Un dovere (*Sollen*), infatti, non può in logica rimandare alla dimensione dell'essere per fondare la propria validità, bensì solo ad un altro dovere<sup>72</sup>.

Da ciò derivano due conseguenze. In primo luogo, il dovere giuridico non avrebbe il valore di una determinazione coattiva, ma solo di correttezza. Quest'ultima può essere intesa quale misura sia del conoscere (verità) sia dell'agire giustificato, ma in quest'ultimo caso consisterebbe in una categorie etica. Nella dottrina pura del diritto, al fine di scongiurare il sincretismo anzidetto, il dovere deve essere completamente sganciato dal contenuto morale: esso, pertanto, non può essere inteso quale imperativo categorico, bensì solo ipotetico. In questo senso, l'esigenza di validità della massima giuridica è convertita in una asserzione relativa ad un particolare nesso di causalità definito «imputazione», che si rivolge agli organi statuali. Dunque la funzione essenziale del diritto non sarebbe quello di ordinare la vita sociale, ma solo di collegare ad un determinato comportamento una conseguenza, consistente in atti coercitivi statali: le sanzioni. Rispetto a questa struttura logica, lo scopo è del tutto accessorio<sup>73</sup>.

Anche nel caso dell'illecito penale, seguendo quest'ordine argomentativo, non avrebbe senso intendere il fatto di reato quale violazione di una fattispecie. La fattispecie, in quanto appartenente al piano della prescrittività, non potrebbe essere violata da un fatto, che invece si colloca nel mondo dell'essere. Piuttosto quel comportamento, letto nella prospettiva della struttura formale del diritto, andrebbe inteso quale realizzazione della premessa contenuta nella fattispecie di reato: il fatto,

---

71 H. KELSEN, *Was ist*, cit., 150ss.

72 H. KELSEN, *La dottrina pura*, cit., 22.

73 H. KELSEN, *La dottrina pura*, cit., 32.

in definitiva, costituirebbe la condizione per l'attivazione di una reazione specifica dello Stato, consistente nell'atto coercitivo<sup>74</sup>.

In secondo luogo, il dovere, potendo rimandare logicamente solo ad un altro dovere a suo fondamento ed essendo rivolto agli organi statuali, restituisce una costruzione a gradi dell'ordinamento giuridico, al cui vertice è posta una norma fondamentale in cui si ricongiunge ad unità il sistema, garantendone la coerenza formale. La norma fondamentale, seppur rappresenta il fondamento ultimo di validità di tutte le massime coerenti con essa, non può però ricavarsi né dalla metafisica né dall'utilitarismo, senza cadere nel sincretismo metodico. Essa può consistere, pertanto, solo in una norma di produzione, che specifica come le norme subordinate debbano essere prodotte, così da fornirle di legittimazione formale<sup>75</sup>.

L'emanazione di questa norma fondamentale, tuttavia, resta un problema nella costruzione normativa di Kelsen. Egli la intende come mero atto di volontà, poiché in essa si stabilisce solo che deve valere come norma ciò che l'organo storicamente originario ha manifestato come propria volontà. Dinanzi alla questione di cosa attribuisca carattere normativo e non descrittivo alla norma fondamentale, non potendosi fare ricorso al diritto naturale o al potere di fatto, egli, a ben vedere, svincola, affermando che si tratti di una mera «ipotesi» scientifica, soltanto presupposta dalla scienza, al fine di configurare come diritto il materiale empirico e dunque non appartenente essa stessa al diritto positivo.

La dottrina pura del diritto, in definitiva, si pone come dottrina del diritto positivo: essa introduce un metodo che ha ad oggetto un complesso di norme con l'esclusivo obiettivo di individuarne metodologicamente il contenuto. Il metodo, potendosi applicare a qualsiasi materiale giuridico, è, pertanto, indipendente sia dal contenuto di questo, a differenza di quanto avviene nello studio dogmatico, sia dalla volontà storica posta alla base delle norme. Ne deriva che ciò che definisce il diritto, e di cui dunque una scienza propriamente detta può occuparsi, è la sola struttura logica delle

---

74 Questa visione dell'illecito quale condizione della massima giuridica, contenuta in H. KELSEN, *La dottrina pura*, cit., 26, si ritrova anche in KARL BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts*. In 4 volumi, Leipzig 1922, riedito Aalen 1991.

75 H. KELSEN, *La dottrina pura*, cit., 66.

norme giuridiche, intese quali strutture qualificative: in questo modo, l'Autore aspira a fondare una teoria della conoscenza scientifica del diritto.

Tuttavia, il più grave difetto della dottrina pura del diritto è da riscontrare proprio in ciò che ne dovrebbe rappresentare la forza: svuotare di qualsiasi significato i concetti giuridici, restituendoli come mere categorie logico-formali, fa perdere di vista il carattere di prodotto umano che caratterizza altrettanto essenzialmente il diritto. Una costruzione metodologica che non tiene conto di questo elemento essenziale del diritto, per quanto logicamente ineccepibile, diventerà inutilizzabile, in quanto non potrà che incorrere in aberrazioni disumanizzanti. Ed, in effetti, mentre in dottrina essa si è imposta come punto di riferimento fondamentale, sia in chiave di accoglimento che di critica, il suo impatto nella giurisprudenza e nella vita pratica del diritto è risultato minimo<sup>76</sup>.

Nel binomio esclusivo tra scienze pure e scienze naturali, in cui si muoveva il positivismo, questo sistema complesso fatto di esigenze terrene e aspirazioni universali, che è il diritto, non trova posto, se non perdendo se stesso, ossia perdendo il proprio senso. Finché la scienza sarà confinata nella scelta alternativa tra metodo empirico oppure matematico, questo senso dovrà confondersi nell'irrazionalismo volontaristico.

### ***8. Il movimento del diritto libero***

La seconda corrente che si collega in termini logici, seppur non temporali, dalla bipartizione di Savigny tra intuizione e metodo logico-sistematico è quella che si incentrerà sul primo elemento per affermare la natura essenzialmente irrazionale del diritto. Questa corrente in Germania prende il nome di dottrina del diritto libero, *Freirecht*<sup>77</sup>, e sostiene che non soltanto la posizione della legge, ma la sua stessa applicazione ad opera dei giudici consiste in realtà in una prestazione creatrice di diritto, sulla premessa secondo cui dal dato normativo non sarebbe possibile dedurre alcuna conclusione logicamente vincolante. Per questa concezione, non soltanto il legislatore, in pieno spirito positivista, imprime alla legge la propria spontanea volontà soggettiva, ma anche il giudice, dinanzi alla molteplicità di interpretazioni, sempre riscontrabili, sarebbe libero di scegliere la qualificazione giuridica che gli

<sup>76</sup> K. LARENZ, *Storia del metodo*, cit., 107ss.

<sup>77</sup> EUGEN EHRICH, *Freie Rechtsfindung und Freie Rechtswissenschaft*, 1903, 5.

appaia intuitivamente più opportuna, secondo il suo metro puramente soggettivo. In questa chiave di lettura l'irrazionalismo non entra solo nella testa del legislatore, ma anche nella mano del giudice: nessun aspetto di razionalità è riscontrabile nel diritto quale atto normativo, né sul piano fondativo né su quello metodologico.

Secondo Ehrlich, uno degli esponenti di spicco del movimento, il giudice non sarebbe vincolato ai giudizi di valore espressi dal legislatore, perché «nel gran numero di giudizi di valore che sono contenuti nelle leggi di uno Stato moderno, se ne può attingere per ogni decisione uno qualunque»<sup>78</sup>.

Se tale selezione avvenisse in base a criteri oggettivi, ci muoveremmo nell'ambito dell'ermeneutica teleologica. Al contrario, il movimento del diritto libero ritiene che tale scelta avvenga in base a criteri meramente soggettivi, che rendono tutto il diritto, non solo quello statale, ma anche il giudizio giuridico dei consociati, la giurisprudenza e la dottrina, un mero prodotto della volontà.

Il movimento del diritto libero rappresenta, dunque, una seria svolta verso il soggettivismo, che, pur non negando il momento deduttivo nell'interpretazione, considera la deduzione al servizio non della verità ma dell'interesse<sup>79</sup>. La decisione nel singolo caso sarebbe adottata in base al criterio personale dettato dalla propria sensibilità giuridica, così come la legge è posta in base a giudizi di valore volontaristici. Solo in un momento logicamente e gerarchicamente successivo si porrebbe, invece, la questione della sua conformità al dato normativo. Tuttavia anche questo giudizio di conformità, che formalmente interviene in base al materiale giuridico disponibile, sarebbe in realtà manipolabile in funzione della decisione già presa e determinata dall'interesse che si persegue. Non si tratterebbe, dunque, di un controllo effettivo di conformità, atto a correggere e finanche a sostituire la prima configurazione intuitiva del fatto, bensì di una mera copertura formalistica della decisione già presa<sup>80</sup>.

---

<sup>78</sup> EUGEN EHRLICH, *Die juristische Logik*, 1918, 163.

<sup>79</sup> HERMANN U. KANTOROWICZ, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1906.

<sup>80</sup> Ben diversa è la posizione che da questa base di partenza si sviluppa attraverso l'ermeneutica attraverso Gadamer e Habermas: la precomprensione è sì frutto della sensibilità e della concreta esperienza del giudice, ma essa è sottoposta ad un serio giudizio di conferma, attraverso criteri oggettivi di ragionevolezza nel cd circolo ermeneutico. Nella letteratura italiana, si veda FRANCESCO VIOLA E GIUSEPPE ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 1999.

La ragione per la quale il diritto non potrebbe che configurarsi come prodotto della volontà, inaccessibile alla ragione, starebbe, secondo alcuni rappresentanti del movimento<sup>81</sup>, nella sua costante tensione verso l'idea di giustizia. Quest'ultima, come già per Kelsen, sarebbe «semplicemente inafferrabile per l'intelletto», in quanto prodotto dell'intuizione e della sensibilità giuridica: la sua natura di ideale e di valore la renderebbe necessariamente di origine irrazionale. Per tale ragione anche la decisione, che mira alla realizzazione della giustizia nel caso concreto, sarebbe necessariamente irrazionale, in quanto prodotta dalla medesima sensibilità e così anche il consenso sociale e la scienza giuridica. A causa di questa aspirazione al valore della giustizia, ciò che risulta decisivo per il diritto sarebbe il sentimento dei valori che si incarna nella sensibilità dell'operatore giuridico, mentre la conformità al dato normativo occupa il luogo marginale dello sfondo formalmente legittimante.

La corrente del diritto libero designa, dunque, un indirizzo che di fronte ad ogni sorta di decisione fornita razionalmente e per deduzione, sottolinea la «preminenza della volontà, del sentimento o dell'intuizione»<sup>82</sup> e perciò rimanda il giudice alla sua propria sensibilità giuridica, anziché a riflessioni di carattere logico-deduttivo.

Tale concezione, come già evidenziato, si intreccia strettamente con il giuspositivismo empirico, che dissolve il diritto nella sociologia o psicologia giuridica, come dimostra il fatto che alcuni dei maggiori esponenti del volontarismo del diritto libero perorano, allo stesso tempo, una concezione della scienza giuridica quale mera scienza sociologica<sup>83</sup>. Se, infatti, il diritto, inteso come insieme di leggi, di decisioni giudiziarie e posizioni dottrinali, è prodotto volontaristico di natura irrazionale, ciò che resta allo studio propriamente scientifico sarebbe esclusivamente l'analisi dei fatti sociali che fungono da base di esso. Tale analisi, in quanto scientifica, si arroga il manto della neutralità valoriale: essa non vuole servire agli scopi pratici della sua applicazione, mentre la giurisprudenza pratica, intrisa di aspirazioni valoriali e strategie politiche, è definita come l'arte di utilizzare questa

---

81 H. YSAY, *Rechtsnorm und Entscheidung*, 1929, in part. 18ss.

82 K. LARENZ, *Storia del metodo*, cit., 84 nota 55.

83 È il caso di Ehrlich, ma anche di Kantorowicz, tra gli altri: EUGEN EHRLICH, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, München-Leipzig, 1913; HERMANN U. KANTOROWICZ, *Scienza giuridica e sociologia*, in *Metodologia della scienza giuridica*, a cura di Agostino Carrino, Napoli, 1989, traduzione del contributo *Rechtswissenschaft un Soziologie*, Tübingen, Mohr, 1911.

base per le particolari necessità della vita giuridica ed è perciò alternativa alla vera e propria scienza del diritto<sup>84</sup>.

Secondo una nota suddivisione degli atteggiamenti della conoscenza tra politico, filosofico e teoretico<sup>85</sup>, la dogmatica e la giurisprudenza sarebbero da ricondurre nell'ambito dell'atteggiamento politico, in quanto sarebbero inserite nel diritto come suoi elementi costitutivi, interessate, come sono, al perseguimento degli scopi della vita pratica. L'assenza di un principio di verità a condurre lo sviluppo delle asserzioni giurisprudenziali e dottrinali, ugualmente che per le posizioni legislative, ne esclude il rango di scienze teoretico-conoscitive, rango che, invece, può riconoscersi esclusivamente alla sociologia giuridica, la quale, indifferente agli scopi, adotterebbe l'atteggiamento teoretico dell'oggettività dinanzi al fenomeno giuridico. Per tale ragione Ehrlich afferma che la giurisprudenza pratica «deporrà per sempre il ridicolo travestimento della costruzione astratta dei concetti»<sup>86</sup>. Per questa via, si viene a negare su entrambi i fronti, quello del volontarismo e quello dell'empirismo, la natura autonoma della scienza giuridica, che invece sarà riaffermata sia dal normativismo kelseniano, sia dalla giurisprudenza dei valori, di cui si tratterà nel prosieguo<sup>87</sup>.

Rispetto al diritto penale, la dottrina del diritto libero ha esiti drammatici. La centralità del principio di legalità che si era affermata in questo settore attraverso i lasciti dell'illuminismo è chiaramente negata dal processo di interpretazione propugnato da tale movimento, che invece affida alla sensibilità, all'intuizione e alla volontà la definizione della singola fattispecie. In questo contesto, si spiega il successo che assunse la dottrina del bene giuridico nella definizione del concetto di reato, che passa dalla considerazione classica, risalente a Kant e Feuerbach, di violazione di una norma, a quella innovativa di lesione ad un bene giuridico.

Per quanto la teoria del bene giuridico sia oggi ripetutamente collegata ad una funzione limitativa dell'intervento punitivo<sup>88</sup>, le sue prime e più importanti applicazioni sono state al contrario utilizzate in funzione estensiva dell'area del

84 E. EHRLICH, *Grundlegung*, cit., 198.

85 FRANZ WILHELM JERUSALEM, *Kritik der Rechtswissenschaft*, Frankfurt am Main, 1948, 48ss.

86 E. EHRLICH, *Grundlegung*, cit., 274.

87 Vd *Infra*, par. 9.

88 FRANCESCO ANGIOINI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano 1983, 11ss.

penalmente rilevante oltre il dato letterale<sup>89</sup>. Il bene giuridico, infatti, forniva la chiave per l'estensione dell'intervento statale ove la sensibilità del giudice ritenesse che un singolo fatto offendesse il bene giuridico tutelato dalla norma, nonostante questa fosse stata formulata in modo tale da escluderlo. Per la via del ricorso all'argomento del bene giuridico sotteso alla norma, si svincolava, dunque, il giudice dal rispetto del tenore letterale della disposizione, scavalcando il principio di legalità. E ricordando l'affermazione di Ehrlich in base alla quale nella legge è sempre possibile rinvenire il giudizio di valore che personalmente si ritiene più opportuno per il caso concreto, il ricorso all'espedito argomentativo rappresentato dal bene giuridico potenzialmente rimetteva al giudice, in base alle sue personali convinzioni, la concreta definizione del reato, a seconda dell'opinione che avesse del fatto che gli fosse sottoposto.

Questa tuttavia non è l'unica, né la più grave deriva che può farsi risalire all'irrazionalismo giuridico. L'affermazione della natura irrazionale del diritto, infatti, se da un lato intende descrivere una realtà fattuale, che è quella del processo decisionale intuitivo dei giudici, allo stesso tempo libera del tutto dal vincolo che la legge astrattamente porrebbe al giudizio. Se quell'idea illuminista del giudice come bocca della legge e dell'interpretazione come mera applicazione della stessa era un'ingenua illusione, aver sollevato il velo su tale ingenuità, ma senza neppur tentare di porvi rimedio, risolve la questione nel senso della legittimazione dello stato di fatto. La denuncia di un processo interpretativo intuitivo, condizionabile e condizionato dalle personali convinzioni dell'interprete, invece di stimolare la ricerca verso un metodo che correggesse tale anomalia, aveva affermato l'incurabilità del male, soffermando lo sguardo in luoghi più riparati dal manto della scienza, la sociologia giuridica. Tuttavia, non è difficile leggere in questo processo quel sincretismo metodico, già denunciato da Kelsen, che confonde descrittività e prescrittività, laddove alla denuncia dell'irrazionalismo nella decisione non si accompagna una tensione verso un dover essere, che tenga in considerazione la problematicità dell'essere.

---

89 KNUT AMELUNG, *Rechtgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Franckfurt an Main 1972, 47; JESÚS MARÍA SILVA SANCHEZ, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 3ª edizione, Montevideo-Buenos Aires 2011, 111ss; F. ANGIOINI, *Contenuto e funzioni*, cit., 33ss.

In ultimo, ma centrale per i successivi sviluppi della scienza giuspenalistica, l'irrazionalismo metodologico aveva comportato una fondamentale frattura nello sviluppo dommatico della concezione del reato. L'illuminismo, col suo rifiuto per ogni metodo che non fosse razionale e la sua tensione verso il sistema, aveva stimolato gli studi dommatici per una costruzione razionale delle categorie nella dottrina del reato, impegnando la scienza nella sistematizzazione prima bipartita e poi tripartita dello stesso<sup>90</sup>. Allo stesso tempo, l'esigenza di razionalità doveva configurare il reato come una azione esteriore socialmente dannosa, poiché soltanto in questo caso si sarebbe rispettato, da un lato, il requisito della utilità dell'intervento statale e, dall'altro, quello della concreta possibilità di accertamento del fatto, secondo leggi scientifiche<sup>91</sup>. Lasciando l'elemento dell'utilità all'ambito della fondazione filosofica del diritto e del rapporto politico tra autorità e libertà, cui già di è accennato, il secondo elemento sembra, invece, rilevare direttamente per la costruzione dommatica del reato e per la scelta del metodo nella scienza giuspenalistica. Mentre il metodo razionale esige una costruzione sistematica e l'uso di elementi costitutivi oggettivi delle fattispecie come unica possibilità del loro accertamento, il paradigma irrazionalistico ammetteva una apprensione intuitiva della natura del fatto oggetto di giudizio. Se infatti la reazione al formalismo riscontrabile nella situazione spirituale degli ultimi scorcì dell'Ottocento si era tradotta in una riabilitazione delle spinte intuitive nel panorama epistemologico<sup>92</sup>, ciò si rifletteva anche nelle dottrine del reato. Quest'ultimo in questa visione assumeva la struttura unitaria della conoscenza intuitiva, che mira alla apprensione dell'essenza ontologica delle cose, oltre ai denunciati astrattismi concettuali. Le categorie, con il loro manicheismo, non si ritenevano in grado di restituire l'essenza del reato quale istituzione giuridica piena di significato, che trova l'unità nello spirito e al quale dunque si giunge per via meramente intuitiva.

L'accesso dell'intuizione nel panorama conoscitivo conduceva così al superamento di quel limite tra diritto e morale che si era affermato nel secolo precedente. Se infatti

---

90 La concezione tripartita del reato, che separa, oltre alla colpevolezza, anche tipicità e antiggiuridicità come due categorie indipendenti, la prima descrittiva, la seconda valutativa della fattispecie, può farsi risalire a ERNST BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906.

91 Si rimanda a quanto già precisato in merito all'Illuminismo in diritto penale, *supra*, parr. 3 e 4.

92 Con una linea di sviluppo che parte dal tardo Shelling, passando per Schopenhauer, Kierkegaard, Bergson e Nietzsche. Per una storia critica dell'irrazionalismo in Germania, si rimanda al già citato G. LUKÁCS, *La distruzione della ragione*, cit.

l'essenza delle cose è intuitivamente apprensibile, mentre il metodo logico-deduttivo restituisce solo le ombre esteriori della verità<sup>93</sup>, l'argine posto all'esercizio del potere punitivo sulle soglie dell'oggettività di un fatto socialmente dannoso vengono rotti. L'intuizione spalanca le porte sullo Spirito, permettendo al potere, sia legislativo che giudiziario, di accedere apparentemente a quella essenza del reato, che non è più vincolata entro le anguste forme del fatto esteriore, necessariamente destrutturato in categorie, bensì nella sua pienezza di disvalore, quale unità ontologica. È a quel punto che, dal fatto oggettivo socialmente dannoso, si ritorna a fondare la legittimità dell'esercizio del potere punitivo sulla natura intrinsecamente malvagia dell'autore, sulla sua intenzione perversa, che si svela alla sensibilità giuridica, grazie al momento estetico dell'intuizione<sup>94</sup>. Se l'accesso al foro interno era precluso al metodo razionale, nel paradigma intuizionistico essa diventa trasparente, penetrabile nella sua essenza. La comunione tra diritto e morale nella concezione del reato conduce dunque alla fondazione del potere punitivo non più sulla natura del fatto, bensì su quella dell'autore in virtù di una concezione teocratica e mistica dell'idea di Stato che si indetifica come forza materiale dello Spirito<sup>95</sup>.

L'intima correlazione tra condizione storica e metodo giuridico dimostra anche qui la sua pertinenza. Nella società tedesca dell'imperialismo post-rivoluzionario, affermatasi dopo il 1848, l'esplosione delle tensioni sociali avevano ritratto la classe dirigente borghese in una posizione difensiva, che si arroccava nella difesa di un individualismo mistico, indifferente alle condizioni politiche e sociali. Mentre nella sua fase rivoluzionaria, la componente individualista, dalla filosofia alla economia,

---

93 È questa ad esempio la posizione che già si ritrova nel tardo Schelling, il quale opera la distinzione tra filosofia negativa e filosofia positiva, la prima, logico-razionale, che avanza attraverso la concettualizzazione ma che non è in grado di cogliere l'essenza, la seconda, la vera filosofia, che apprende la verità dell'essenza attraverso la pratica della rivelazione intuitiva. Tale sistema inizia già nel 1804 con il suo *Filosofia e religione* e si conclude con la pubblicazione postuma delle sue lezioni, con il titolo *La filosofia della rivelazione* (1858).

94 Questa evoluzione sarà trattata più specificamente con riguardo all'esperienza nazionalsocialista tedesca, quale manifestazione più compiuta del soggettivismo punitivo. Basti qui evidenziare come la teoria della conoscenza irrazionalista, fondandosi su una specifica concezione della natura dell'uomo e del suo rapporto con la realtà, abbia condotto all'alterazione di quel rapporto tra soggetto e oggetto, ove nuovamente il primo è reificato in funzione di una essenza intuitivamente appresa.

95 Questa è una delle conseguenze dell'idealismo soggettivo, che si sviluppò alternativamente all'idealismo oggettivo di Hegel. Tuttavia, anche nella dialettica hegeliana il terzo momento della conoscenza, che postula un ritorno al concetto, finiva per risolvere una contraddizione esistente nel rapporto tra società e individuo, in cui quest'ultimo poteva finire dissolto nello Stato. Vd. T. ADORNO, *Dialettica negativa*, cit., *Il disincanto del concetto*, posizione 522.

era sempre letta in una chiave di sviluppo sociale, come «egoismo razionale», «mano invisibile», «socievolezza asociale» o «astuzia della ragione», che in tutti i casi attraverso l'egoismo conduceva al progresso e al senso sociale, nel periodo della stabilizzazione della posizione economica borghese, che corrisponde al positivismo<sup>96</sup>, questo senso di socialità si perde completamente, l'individualità borghese non è più universale, ma è chiusa nei recinti del giardino privato della persona singola, nella sua aristocratica specialità. In virtù di un atteggiamento apologetico rispetto alle condizioni create dal capitalismo feroce dell'epoca industriale e coloniale, gli intellettuali non si affannavano più a presentare il sistema sociale capitalista come il migliore possibile, nonostante i suoi orrori, bensì presentavano le rovine e la miseria cui obbligava un capitalismo selvaggio come proprietà specifiche di tutta la vita umana, dell'esistenza in generale. La lotta contro questi mali appare fin da principio non solo come vana, ma come assurda, come tentativo di distruggere l'essenza stessa dell'uomo. L'esistenzialismo e il pessimismo come correnti filosofiche rappresentano così la forma di «giustificazione dell'assurdità di ogni attività politica»<sup>97</sup> e producono i primi germogli di quella tesi che oggi si definisce del pensiero unico.

Un nuovo individualismo si profila in questa tendenza ed è purtroppo un individualismo che oggi si rigenera. Da quella dimensione di individuo quale essere razionale e sociale già presente in Grozio, ma mantenuto nel corso dell'Illuminismo, attraverso il dovere etico del rispetto dell'umanità in sé stessi e negli altri, si passa ad un individualismo atomistico, nichilista e aristocratico, fatto di contemplazione degli orrori del mondo come essenza della vita stessa e pertanto immutabili. Nessuna speranza di cambiamento né di salvezza: soltanto il ritorno ad un sé vuoto. Questa rottura nella concezione dell'uomo che perde completamente il proprio legame sociale e si rintana nell'isolamento contemplativo, forte di una superiorità, quale dono selettivo, è stata ed è la più pericolosa delle matrici reazionarie e antiumaniste.

Nella confusione filosofica tra utilità e verità, la buona coscienza intellettuale aveva accolto tutti i miti che le permisero di affermare la propria superiorità morale e liberarsi dal dovere storico di affrontare i problemi della lotta di classe con quella stessa affermazione di universalismo che le aveva tramandato l'Illuminismo e il

---

96 G. ORRÙ, *I criteri extralegali di integrazione*, cit. 93ss.

97 G. LUKÁCS, *La distruzione della ragione*, cit., 207.

giusnaturalismo. Ma, così facendo, una classe dirigente arroccata al potere finì per restituire la pagina più buia della modernità, poiché «la possibilità di una ideologia fascista aggressiva e reazionaria è contenuta obiettivamente in ogni espressione filosofica dell'irrazionalismo»<sup>98</sup>.

### **9. Scopi, interessi e valori nella scienza giuridica e giuspenalistica**

Giuspositivismo normativistico e movimento del diritto libero, con il suo alter ego sociologico, sono entrambi accomunati dalla scelta di disinteressarsi della fondazione metagiuridica delle norme, risolvendo l'espressione del concreto contenuto normativo nel mero volontarismo irrazionalistico. Tuttavia, mentre il sistema giuspositivista di Kelsen si propone di studiare la forma delle norme, ma lasciando il contenuto, che può essere conosciuto ma non posto scientificamente, all'attenzione della coscienza morale<sup>99</sup>, il movimento del diritto libero si spinge oltre, offrendo una copertura legittimante al processo creativo giurisprudenziale, quale espressione irrazionale all'interno della quale non c'è spazio per il discorso razionale.

Dinanzi al riconoscimento del contributo creativo della giurisprudenza, non c'è come per Windscheid e Binding una razionalità intrinseca che funga da direttiva all'operazione interpretativa<sup>100</sup>. Questa differenza metodologica fondamentale rappresenta una soluzione di continuità che non può ritenersi ricomposta *a posteriori*, come è da alcuni proposto<sup>101</sup>, evidenziando gli indubbi risultati cui tale dottrina giunge, come principalmente il riconoscimento della politicità del discorso giuridico. Al di là della effettiva possibilità di attribuire tale risultato alla dottrina in oggetto, va, infatti, considerato che questa concezione del diritto viene strumentalizzata al fine dell'affermazione della sua irrazionalità e inconoscibilità scientifica. Non sembra dunque che la considerazione della politicità del diritto abbia rappresentato un punto di svolta nelle tesi del *Freirecht*, quanto piuttosto il facile argomento per relegarlo nell'irrazionalismo e distogliere lo sguardo dalle concrete soluzioni che venivano adottate per risolvere i conflitti sociali e le loro matrici ideologiche, dalla cui considerazione tali studiosi si ritraggono.

98 G. LUKÁCS, *La distruzione della ragione*, cit., 32.

99 In questo senso ALESSANDRO BARATTA, *Positivism giuridico e scienza del diritto penale*, Milano 1966, 6ss.

100 K. LARENZ, *Storia del metodo*, cit.

101 Sembra di poter collocare in tale prospettiva Giovanni Orrù: vd. ID., *I criteri extralegali di integrazione del diritto positivo nella dottrina tedesca contemporanea*, Milano, 1989, 97ss.

### 9.1. La Giurisprudenza degli Interessi

Il tentativo di misurarsi con questi conflitti sociali, entrando nel merito e senza presumere l'irriducibilità al discorso scientifico, è compiuto per la prima volta con Jhering e continuato da quella che si definirà Giurisprudenza degli interessi, *Interessenjurisprudenz*, il cui capostipite è Philipp Heck. In una delle sue opere più significative, *Begriffsbildung und Interrenjurisprudenz*<sup>102</sup> (cui si deve anche la definizione delle dottrine risalenti a Puchta come Giurisprudenza dei concetti), lo studioso prende le mosse proprio dal cuore della questione metodologica nel diritto: egli sostiene che il conflitto sul metodo concerne in realtà l'influenza del diritto sulla vita. Mentre nel concettualismo si afferma il primato della logica estraniandola dalle concrete situazioni di fatto, che dunque risultano subordinate logicamente ai concetti giuridici nella costruzione di un sistema giuridico chiuso e perfetto, la giurisprudenza degli interessi afferma la necessità di far riemergere nella superficie diafana della legge i bisogni di vita, i desideri e le tendenze appetitive della comunità, al fine di preparare una decisione che non sia soltanto logicamente ineccepibile, ma anche adeguata per la scienza pratica del diritto<sup>103</sup>.

In questa concezione, il diritto esce dalla definizione formale di legge, come oggetto, e di concatenazione di concetti astratti e generali tratti da essa, come metodo, per tingersi di quella concretezza che lo rende sostanziale tutela degli interessi della comunità. I comandi legislativi, in tal senso, vanno intesi come prodotto degli interessi di carattere materiale ed etico,<sup>104</sup> ponendosi i primi come effetto necessitato del concreto atteggiarsi dei secondi. Dunque gli interessi rappresenterebbero i fattori causali che obbligatoriamente conducono alla norma giuridica. Avendo riconosciuto tale rapporto di causalità all'origine delle norme, ne deriva la necessità di riconoscere esattamente tali interessi reali nella loro storicità.

La decisione cristallizzata nella legge, pertanto, si fonderebbe sul concreto atteggiarsi delle forze sociali che ne rappresentano i fattori causali, i motivi di fondo. Per questa via, Heck arriva a fondare una «dottrina genetica degli interessi»<sup>105</sup>, in cui questi ultimi sono intesi quali cause prime delle norme e queste quali forme di

102 P. HECK, *Begriffsbildung und Interrenjurisprudenz*, cit.

103 P. HECK, *Begriffsbildung und Interrenjurisprudenz*, cit., 4ss.

104 PHILIPP HECK, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, in *Archiv für die zivilistische Praxis*, 112, 60ss.

105 P. HECK, *Begriffsbildung und Interrenjurisprudenz*, cit.

rappresentazione dei primi, forme che, in ragione di tale rapporto necessitato, sarebbero obbligatorie per il legislatore che le trasforma in comandi. Egli dunque sostiene una effettiva concatenazione causale tra le cause individuate negli interessi sociali e la posizione delle norme da esse obbligatoriamente condizionate.

L'identificazione di un rapporto di causalità tra interessi e norme esclude la possibilità di considerare la dottrina genetica di Heck come una dottrina ermeneutica oggettiva. Essa, bensì, consiste in una mera ricerca storica degli interessi quali cause delle norme: solo questa ricerca storica rappresenterebbe, infatti, l'oggetto dell'interpretazione, mentre in essa non entrerebbero elementi valutativi. Per questa ragione, nonostante si tratti del vero primo approccio scientifico alla trattazione degli interessi vitali quali strutture fondamentali del diritto, questa dottrina continua a collocarsi all'interno del positivismo<sup>106</sup>. Sarà proprio questa tensione giuspositivista a originare il difetto metodologico di cui Heck non si avvede. Storicamente gli interessi, infatti, possono sicuramente riconoscersi quali fattori causali delle norme, perché laddove non esistano interessi in gioco, non si pone neppure l'esigenza di una disciplina normativa. Ma gli interessi sorgono solo all'interno di un conflitto sociale tra opposte istanze ed in questo conflitto, la norma, pur riconoscendo la sua permeabilità al gioco delle forze sociali, tuttavia opera una scelta su quale soluzione approntare. E tale scelta tra opposte esigenze deve avvenire in base ad un criterio che è terzo rispetto al conflitto stesso, poiché altrimenti esso non potrebbe trovare soluzione, non avrebbe la misura della scelta da operare. Da ciò consegue che quelli accolti dalla norma non sono solo interessi, bensì interessi meritevoli di tutela<sup>107</sup>.

Il giudizio su tale meritevolezza implica, pertanto, la necessità di un criterio di soluzione in grado di decidere a quale interesse o a quale bilanciamento tra gli interessi apprestare tutela. Per tale ragione gli interessi singolarmente considerati non possono allo stesso tempo formare l'oggetto del conflitto sociale e il criterio della sua decisione. Tale decisione tra interessi oggettivi confliggenti, che forma il corpo della norma, consiste in un vero e proprio giudizio valutativo e non soltanto in un prodotto causale, per quanto il conflitto sociale sia effettivamente all'origine della necessità di questa valutazione. La norma, dunque, non ha soltanto una origine

---

<sup>106</sup> K. LARENZ, *Storia del metodo*, cit., 72ss.

<sup>107</sup> G. ORRÙ, *I criteri extralegali di integrazione*, cit., 41ss.

causale, bensì anche valoriale: si tratta di giudizi di valore e non solo di concatenazioni causali.

La triplice definizione di interesse quale oggetto, criterio di valutazione e fattore causale delle norme rappresenta una fallacia della dottrina di Heck che ne ha determinato il superamento<sup>108</sup>. Essa rivela la natura monista del metodo positivista che permea anche l'impostazione epistemologica della giurisprudenza degli interessi, e che sconta ancora la dicotomia già evidenziata in Savigny tra contesto storico e ordinamento giuridico. Per quanto in essa si superi la barriera posta sulla soglia della comunicabilità scientifica del rapporto tra questi due elementi, resta comunque il rifiuto positivista di considerare la posizione delle norme e le decisioni giurisprudenziali nella loro dimensione valoriale e non per questo irrazionale.

Questo limite si incontra nuovamente a proposito della costruzione sistematica del diritto. Heck, infatti, conferma questa visione monista, ancora impregnata di concettualismo, allorché attribuisce ai soli «concetti d'ordine» il compito di guida nella sistematizzazione del materiale legislativo, ricavando tali concetti, attraverso progressivi procedimenti di induzione e astrazione a partire dalle disposizioni. Accanto e non in integrazione ad essi, egli pone i «concetti di interesse», che sarebbero inadatti alla costruzione del sistema, ma funzionali alla comprensione degli interessi determinanti per le norme e dunque alla interpretazione e applicazione del diritto da parte dei giudici, formando così parte della scienza dogmatica del diritto<sup>109</sup>. Anche qui, l'impossibilità di integrare concetti giuridici astratti e concetti storici di interesse deriva dalla natura fattuale di questi ultimi, che non potrebbero fungere da criteri ordinativi, di carattere normativo. Pertanto con Heck non si arriva ad una costruzione teleologicamente orientata del diritto, proprio perché i suoi interessi, quali puri fattori causali, restano ancorati al piano fenomenico, mancando quel concetto intermedio che è in grado di tradurre la storicità in giuridicità, il concetto di valore.

## **9.2. Franz von Liszt e il Programma di Marburgo**

Nell'ambito della penalistica, il metodo storico-naturalistico orientato agli interessi si rinviene principalmente in Franz von Liszt. Le linee fondamentali del suo pensiero

---

108 K. LARENZ, *Storia del metodo*, cit., 72 e G. Orrù, *I criteri extralegali di integrazione*, cit., 68.

109 P. HECK, *Begriffsbildung und Interrenjurisprudenz*, cit., 3.

sono già tutte presenti nella prolusione *La dottrina dello scopo nel diritto penale*<sup>110</sup>, con cui egli si insediò presso l'università di Marburgo alla cattedra di diritto penale, e per questo meglio conosciuta come Programma di Marburgo. In piena coerenza rispetto ad un orientamento schiettamente positivista, Liszt ritiene di poter risolvere l'antinomia tra essere e dover essere attraverso l'indagine storica sugli istituti di diritto penale. Egli concorda col positivismo nel ritenere che la scienza finisca là dove inizia la metafisica e che dunque solo cogliendo le leggi del divenire sociale in un'ottica evoluzionistica è possibile tradurre la storicità in necessità giuridica. Il dover essere in questo senso si coglie nell'idea di progresso che guida il senso della storia e a quest'ultima dunque bisognerà rivolgersi per scoprire i fondamenti delle categorie di reato e pena.

A tale metodo storico-naturalistico, Franz von Liszt ricollega però anche quella svolta di Jhering verso il concetto di scopo, come traspare evidentemente anche dal titolo della sua prolusione. V'è da evidenziare che lo scopo di Jhering e di Liszt non si differenzia dal concetto di interesse di Heck. Come già a proposito di Jhering e di Heck, anche in Liszt scopo e interesse rappresentano delle categorie naturalistiche, storicamente determinate, fattuali e non valoriali. Esse sono cause, ma non fini, come invece potrebbe lasciar intendere l'odierna accezione terminologica<sup>111</sup>. Quando dunque Liszt tratta del fondamento della pena e del reato, in realtà sta facendo riferimento alla loro emersione storica, non ad un senso di giustizia che ne funga filosoficamente da fondamento e da limite. Questa caratteristica è anche nell'autore, così come per Heck, all'origine della impossibilità di integrare i concetti storici di scopo, indagati secondo un metodo induttivo-sperimentale, da quello logico-astratto di tipo deduttivo-classificatorio che continua a caratterizzare la Dogmatica. Il

---

110 Abbiamo preferito il termine dottrina a quello di teoria, poiché ci sembra meglio rendere l'idea di *Gedanke* del titolo originale. Tuttavia, la traduzione italiana, a cura di Alessandro Alberto Calvi, cui si fa riferimento nel testo è: FRANZ VON LISZT, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, Milano 1962 (titolo originale *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, Marburg 1882).

111 La confusione tra causa naturalistica, e fine valoriale si origina proprio nella necessità positivista di scongiurare l'approccio etico e metafisico nel diritto. Ma ciò che Liszt indica come processo storico di obiettivizzazione della pena, che da istinto diventa volontà, e dunque da effetto causale diventa mezzo orientato ad uno scopo, sarà con Stammler, che svilupperà il movimento della scuola neokantiana sudoccidentale, riconosciuto per quello che è: una confusione metodologica tra scienze naturali e scienze dei fini, quale è il diritto, la prima, interessata a spiegare, utilizza lo strumento del nesso causale, la seconda, interessata a realizzare una volontà, utilizza il nesso teleologico. Vd. RUDOLF STAMMLER, *Theorie der Rechtswissenschaft*, Halle 1911, 49ss.

concetto di *gesamte Strafrechtswissenschaft*<sup>112</sup> ancora non conduce nella sua impostazione metodologica all'integrazione tra scienze criminologiche e dogmatica, così come in Heck non si supera la divisione tra concetti d'ordine e concetti di interesse.

Partendo dallo scopo della pena, da rinvenire storicamente, egli la configura, riprendendo argomenti già noti per la sua epoca, come «reazione istintiva della società nei confronti di quelle azioni atte a turbare le condizioni di vita del singolo individuo o dei gruppi di individui già presenti»<sup>113</sup>. Questa definizione già rivela l'eredità di Jhering nel pensiero lisztiano, giacché lo scopo che egli assegna alla pena corrisponde a quello che il primo indica come proprio del diritto in generale: il diritto è «la forma della sicurezza delle condizioni di vita della società realizzata mediante il potere coercitivo»<sup>114</sup>.

In nuce già nelle società primitive si rinvengono i caratteri propri della pena, il suo fondamento, ma il meccanismo di risposta è ancora prettamente vendicativo, legato all'istintualità dello spirito di conservazione. In ciò già emergono le spinte evoluzionistiche di von Liszt, che nell'idea di progresso rinviene la ragione di un processo di progressiva razionalizzazione di tale reazione. Nel processo di obiettivizzazione della pena, essa da reazione istintiva diventa infatti reazione volontaria, che razionalmente calcola l'efficacia della risposta rispetto allo scopo. Tale scopo, già presente volgarmente nelle forme primitive come tutela delle condizioni di vita, si specifica e concretizza in oggetti precisi, i beni giuridici.

Dunque naturalmente nella storia si produce il passaggio dal puro istinto di conservazione, che si traduce in reazione cieca, istintiva, all'oggettiva tutela dei beni giuridici necessari al mantenimento delle condizioni di vita. Questa evoluzione indica che solo lo scopo può rappresentare il limite e il fondamento della pena, secondo la nota asserzione per cui solo la pena necessaria è giusta. Ed è necessaria soltanto quella pena che appaia conforme allo scopo. Ma siccome questo scopo consiste nella efficace tutela dei beni giuridici, ne deriva che la pena è in definitiva

---

112 Concetto introdotto e che viene elaborato nella prolusione berlinese contenuta in FRANZ VON LISZT, *Die Aufgaben und die Methodeder Strafrechtswissenschaft*, in *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge von Dr. Franz von Liszt*, Berlin, 1905, 285ss.

113 F. VON LISZT, *La teoria dello scopo*, cit., 10.

114 R. VON JHERING, *Lo scopo nel diritto*, cit., 394.

tutela di beni giuridici<sup>115</sup>. Per verificare quale pena sia effettivamente necessaria e cioè giusta, perché efficace tutela dei beni giuridici, ossia «se vogliamo cogliere con precisione scientifica l'efficacia che la pena riveste come protezione di beni giuridici e prevenzione dei crimini»<sup>116</sup>, bisogna rivolgersi alla sociologia, studiando il delitto come fenomeno sociale e la pena nella sua funzione sociale.

Tuttavia, sul piano sociologico, al fine di realizzare una effettiva prevenzione dei crimini, secondo Liszt emerge la necessità di spostare l'attenzione dalla fattispecie di reato al tipo di delinquente. Infatti, gli effetti della pena e la sua efficacia in termini preventivi non possono dipendere intrinsecamente dalla natura del fatto, bensì dal tipo di autore che li commette. In questa concezione tutta piegata sull'efficacia, che confonde il crimine come fenomeno sociale con il reato quale categoria giuridica, ritroviamo la fallacia naturalista di quel positivismo che dissolve il diritto in sociologia. In base a questi presupposti, se si vuole indagare l'effettiva conformità della pena allo scopo di tutela preventiva, bisognerà suddividere le categorie di delinquenti in base all'efficacia che i diversi tipi di pena producono su di essi, in modo da applicare quella più adeguata alle caratteristiche personali dell'autore: la pena infatti punisce un autore, non un fatto. È nota la suddivisione dei delinquenti, richiamata da von Liszt, tra delinquenti irrecuperabili, risocializzabili e occasionali, cui corrispondono le tre funzioni della pena rispettivamente di neutralizzazione, risocializzazione e intimidazione<sup>117</sup>.

Franz von Liszt dichiara già dalle prime righe della sua prolusione qual è l'orizzonte valoriale cui egli si ispira, nonostante eviti accuratamente di far riferimento alla natura etica di tale prospettiva: la ricerca circa il fondamento (storico) della pena ha, in lui, la funzione di delimitazione dell'intervento penale sia per la definizione di ciò che può considerarsi reato (la lesione dei beni giuridici storicamente determinati), sia per la definizione della pena (per tipo ed estensione limitata all'efficacia di tutela). In questa prospettiva di delimitazione dell'azione punitiva statutale si ricomponde quella contraddizione che spesso viene sostenuta tra il Liszt dei tipi di autore e il Liszt che definisce il diritto penale quale *Magna Charta* del delinquente<sup>118</sup>. In entrambi i casi, per le due vie distinte della politica criminale nel primo caso e del diritto penale nel

---

115 F. VON LISZT, *La teoria dello scopo*, cit., 46.

116 F. VON LISZT, *La teoria dello scopo*, cit., 47.

117 F. VON LISZT, *La teoria dello scopo*, cit., 51ss.

secondo, egli si muove verso una fondazione delimitativa della legittimità dell'esercizio punitivo, sotto i due aspetti, quello sostanziale dell'efficacia rispetto allo scopo di tutela, e quello formale dello Stato di diritto, con il principio di legalità. Certamente non va sottaciuto il contesto di intellettualismo borghese di epoca imperialista, nel quale comunque si muove lo studioso e che è all'origine delle contraddizioni e dei punti più bassi della sua impostazione metodologica<sup>119</sup>. In lui si muove da un lato l'eredità più alta del pensiero liberale, quella della fondazione dello Stato di diritto, e dall'altro quell'atteggiamento di strenua difesa del potere sociale acquisito dalla borghesia strappandolo alle strutture feudali. Di quelle strutture contro le quali aveva combattuto la propria battaglia sociale, la borghesia ora temeva di seguire la sorte, dinanzi all'irruenza di un nuovo minaccioso soggetto sociale, il proletariato. A proposito della delinquenza abituale, degli irrecuperabili, egli afferma che

Si tratta infatti solo di un anello di quella catena, del resto il più significativo e pericoloso, di manifestazioni patologiche della società che noi siamo soliti raggruppare sotto la comprensiva denominazione di proletariato./ Mendicanti e vagabondi, individui d'ambo i sessi dediti alla prostituzione ed alcoolizzati, mariuoli e soggetti dalla vita equivoca, degenerati nel fisico e nello spirito – tutti costoro concorrono a formare l'esercito dei nemici capitali dell'ordine sociale [...].<sup>120</sup>

L'etica borghese, proprio quell'etica che Liszt con estrema decisione espunge dal discorso fondativo e metodologico del diritto, rispunta in tutta la sua prepotenza, quale terrore securitario rispetto all'incipiente lotta di classe. Egli stesso, nel presentare il processo di obiettivizzazione della pena, afferma che «quanto più si consolida l'assetto etico della società tanto meno forte è necessario sia l'espressione

<sup>118</sup> FRANZ VON LISZT, *Über den Einfluss der Soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts*, in *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, cit., vol. II, p. 80: «Secondo la mia opinione, pur se ciò possa suonare paradossale, il codice penale è la Magna Charta del delinquente. Esso non tutela già l'ordinamento giuridico, né la collettività, bensì proprio quegli che ad essi si ribella. Esso gli accorda una assicurazione scritta, in base alla quale egli verrà punito soltanto ove ne ricorrano i presupposti legali e soltanto entro i limiti stabiliti dalle leggi. La duplice proposizione: *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*, è il baluardo del cittadino contro l'onnipotenza statale, contro il cieco potere della maggioranza, contro il *Leviathan*. Da anni io ho indicato il diritto penale come *la potestà punitiva dello Stato giuridicamente limitata*. Ora posso anche dire: *il diritto penale è l'insuperabile barriera della politica criminale*. E le cose dovranno assolutamente rimanere così».

<sup>119</sup> La critica di Amelung sulla posizione contraddittoria di Liszt in questo senso coglie nel segno: K. AMELUNG, *Rechtgüterschutz*, cit., 82.

<sup>120</sup> F. VON LISZT, *La teoria dello scopo*, cit., 54.

della disapprovazione, cosicché le pene si attenuano con il progredire della civiltà»<sup>121</sup>. Se Liszt leggesse Liszt dovrebbe concludere che la sua ferocia, la sua condanna senza appello nel trattamento dei cosiddetti irrecuperabili, di quella melma proletaria ai margini delle città industriali, è prova del turbamento propriamente etico della classe al potere che egli rappresenta, e ciò, nonostante egli si sforzi di indossare le vesti di un neutrale positivismo naturalistico.

Pur con tutti i limiti anzidetti, il ponte tra esigenze di vita e diritto era ormai tracciato. Nonostante sia Heck che Liszt e prima di loro Jhering trattino di scopi e interessi quali categorie storiche dell'essere al fine di renderle necessitate secondo un processo puramente causale, ancora legato al rapporto naturale tra causa ed effetto, l'interazione tra questi due mondi, quello dei fini e quello dei mezzi, è ormai penetrata nel discorso giuridico. Dal monismo del metodo positivista si passerà, per questa via, al dualismo del metodo teleologico.

### **9.3. La scuola neokantiana sud-occidentale e la Giurisprudenza dei Valori**

La corrente filosofica che aprì la strada alla concezione valoriale del diritto fu quella del neokantismo, in particolare della scuola sudoccidentale tedesca. I suoi esponenti, partendo dalla teoria della conoscenza di Kant, fondarono l'autocoscienza metodica del diritto distinguendolo nettamente dalle scienze naturali e matematiche. Tale obiettivo si raggiunse proprio attraverso il passaggio dalle concatenazioni causali tra causa ed effetto, che corrisponde alla capacità del pensiero basato sull'osservazione, alle concatenazioni teleologiche tra mezzi e fini, che invece si fondano sulla forma pura del pensiero diretto dalla volontà.

L'aver ricondotto sia l'osservazione che la volizione tra le forme pure del pensiero implicava la possibilità di una costruzione logica tipicamente giuridica che non dovesse vedersi prestate le armi argomentative e metodologiche dalle scienze naturali, ma che potesse in autonomia fondarsi quale scienza dei fini. Indipendentemente dalle scienze naturali, secondo questa corrente era necessario costruire una scienza dei fini umani, attraverso lo strumento del pensiero dato dalla logica teleologica che si pone accanto alla logica causale<sup>122</sup>. Le forme pure del pensiero giuridico teleologico sarebbero rappresentate dai principi fondamentali del

<sup>121</sup> F. VON LISZT, *La teoria dello scopo*, cit., 22.

<sup>122</sup> STAMMLER, *Theorie*, cit., 63ss.

diritto e primo tra di essi l'idea stessa di diritto, quale unità condizionante tutte le altre. Questa opzione metodologica supera nuovamente lo spirito positivista che aveva escluso la fondazione filosofica dalla scienza giuridica, tornando a porre la centralità della concezione dell'uomo, della sua soggettività, quale perno centrale del metodo giuridico. Per tale ragione, la prima fase di evoluzione della giurisprudenza dei valori si è contrassegnata da una tendenza giusnaturalista, che però a differenza del giusnaturalismo razionalistico, è sempre connessa al senso di storicità del diritto e inquadra i valori in un progressivo evolversi sociale. La relatività del giusnaturalismo di questa corrente si individua dunque in un contenuto etico minimo, il quale si sviluppa dinamicamente nella società quale comunità culturale.

La particolarità distintiva delle scienze dello spirito rispetto a quelle naturali starebbe proprio nel fatto che mentre queste ultime avrebbero come obiettivo la individuazione di una generalità a partire dalla particolarità dei fatti, le prime, all'opposto, mirano ad discernere elementi di individualità nella realtà, non in quanto mera casistica, ma in ragione della loro specifica significatività.

Il concetto di significatività richiede il ricorso ad un valore attraverso cui operare una scelta nella massa delle particolarità suscettibili di constatazione. Pertanto, il punto di vista direttivo è la relazione di un determinato avvenimento od oggetto con un valore considerato come significativo, seppur sul piano metodologico continua a presentarsi come irrilevante di quale valore si tratti. Tuttavia affinché la costruzione si presenti come significativa non solo per il soggetto che la pone ma anche in virtù di un interesse generale, tale valore non può ritenersi completamente libero, per quanto corrisponda, nello spirito neokantiano ad una forma a priori teoretico-conoscitiva. Ciò comporta il costante dialogo con la comunità culturale, che riconosce di fatto un valore: esso diventa di validità normativa generale se si deve pretenderne ed esigerne il riconoscimento da ognuno. Questo fatto che pone il valore nella comunità ha però sempre un presupposto trascendentale che lo rende incondizionato: il piano assoluto a priori del valore entra in comunicazione con i valori di fatto che si trovano nella comunità culturale e questi ultimi ne diventano una costante riaffermazione ed evoluzione. La cultura è dunque tutto ciò che grazie alla sua relazione con valori ha significato ed importanza per l'uomo che questi valori riconosce come tali. La distinzione tra scienze naturali e scienze morali si porrebbe proprio nella presenza o

assenza di significato valoriale: la natura è l'essere privo di significato, la cultura è l'essere significativo<sup>123</sup>.

Per la prima volta con Emil Lask queste idee sono state applicate anche alla scienza giuridica, considerata quale ramo delle scienze morali empiriche<sup>124</sup>. Essa, infatti, si occupa di avvenimenti o rapporti che si staccano dalla massa degli eventi, nel processo di individualizzazione, grazie alla loro importanza rispetto a determinati valori culturali. Compito della giurisprudenza dogmatica sarebbe dunque quello di concatenare sistematicamente il contenuto ideale delle norme in base ad un giudizio teoretico-sociale. Questo contenuto ideale delle norme non sarebbe infatti scindibile dalla dimensione valoriale, poiché la sua natura significativa si ricava dalla relazione con valori e scopi socialmente riconosciuti. Da ciò deriva la necessità di un pensiero assiologicamente orientato (*wertorientiertes Denken*), quale metodo specifico della scienza giuridica: è un metodo valutativo e teleologico, che perde il carattere naturalistico, ma senza ritrarsi in una concezione astratta dell'uomo e delle relazioni sociali.

A questa filosofia formale dei valori, che si occupa prevalentemente della questione metodologica specifica della scienza giuridica quale scienza morale empirica, seguono gli studi del filosofo Gustav Radbruch<sup>125</sup> che volge i suoi interessi non solo a questo collegamento teleologico rivolto al metodo, ma anche al contenuto e alla coerenza logica degli stessi valori dal cui rapporto conflittuale emerge l'idea di diritto: si tratta di giustizia, conformità allo scopo e certezza del diritto. La necessità di una fondazione filosofica, il ponte tra metafisica e diritto, pone l'esigenza di «recuperare all'interno del pensiero giuridico una teoria critica dei valori, [...] non postularla come prodotto finito di una filosofia del diritto che opera al di fuori e al di

---

123 HEINRICH RICKERT, *Die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung*, Tübingen, 1902; ID., *Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft*. Ein Vortrag, Tübingen, 1899, 20.

124 EMIL LASK, *Filosofia giuridica*, in *Metodologia della scienza giuridica*, a cura di Agostino Carrino, Napoli 1989, (titolo originale RECHTSPHILOSOPHIE, 1905, pubblicato in *Gesammelte Schriften*, Tübingen, 1923, 275ss), 13ss.

125 GUSTAV RADBRUCH, *Introduzione alla scienza del diritto* (titolo originale *Einführung in die Rechtswissenschaft* 1910 Leipzig) 105ss.; ID., *Propedeutica alla filosofia del Diritto* a cura di Dino Pasini, Torino 1959 (titolo originale *Rechtsphilosophie*, Leipzig 1956).

sopra di quello»<sup>126</sup>. Dal piano metodologico, si passa dunque ad una filosofia materiale dei valori.

In questo contesto, secondo Radbruch la cultura sorge come dato di fatto che ha il significato, il senso di realizzare i valori e che trova la propria unità in un valore ultimo non ulteriormente deducibile che nel diritto è l'idea di giustizia. La *Rechtsidee*, l'idea di diritto, infatti, non sarebbe concepibile se non posta in comunicazione con quella di giustizia: il diritto è la realtà il cui senso consiste nel servire la giustizia. L'idea di diritto e quella corrispondente di giustizia dunque non sono solo un criterio valutativo per il diritto, ma anche principio costitutivo e interpretativo del diritto positivo. Soltanto alla luce di questo principio le singole norme assumono il contenuto significativo che è proprio del diritto.

Come realtà significativa anche già solo per la comprensione e per la costruzione dogmatica è necessario il riferimento logico a valori. Per questa via si arriva a fondare una teoria ermeneutica oggettiva, come senso oggettivo degli ordinamenti giuridici positivi che si collegano a quell'idea di diritto, anch'essa oggettiva, in quanto legata al significato di norma culturale.

È tuttavia stato posto in rilievo circa la dottrina neokantiana sudoccidentale che il suo carattere teorico-formale, pur richiamando la centralità del mondo dei valori come sistema di secondo grado cui si rivolge il diritto, resta comunque legata al formalismo kantiano che resta povero di contenuti e dunque privo di significatività<sup>127</sup>. L'idea di diritto, per assumere l'effettiva funzione di fine e cioè di valore ultimo del diritto deve necessariamente riempirsi di un contenuto, che non è soltanto formale, ma si presenta nella pienezza del suo significato etico-giuridico e filosofico-sociale attuato nel diritto positivo. Su questa via si mosse la corrente neohegeliana che dialetticamente intese costruire i concetti giuridici attraverso un costante meccanismo di concretizzazione<sup>128</sup>. Ecco dunque qui riproporsi quel metodo lisztiano di *gesamte Strafrechtswissenschaft*, ma orientato in funzione di opzioni

---

126 ALESSANDRO BARATTA, *Presentazione*, in KARL ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, a cura di Alessandro Baratta, Milano 1970, XXXIIss (traduzione dall'originale *Einführung in das juristische Denken*, 1956).

127 ERICH KAUFMANN, *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie*, Tübingen 1921, 98ss.

128 Il concetto di concretizzazione nella scienza giuridica si deve a KARL ENGISCH, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, Heidelberg 1953.

valoriali quali *Kulturnormen*<sup>129</sup>. Quale indagine di secondo livello, che è quella propriamente normativa del dover essere, il diritto, pur non indipendente rispetto al fatto, lo accoglie nella sua significatività piena di contenuto in un processo di costruzione teleologica.

In questo contesto hanno preso piede quelle concezioni ontologiche del diritto, filosoficamente legate alla corrente fenomenologica e poi esistenzialistica, che introducevano il concetto di *Natur der Sache*, quale realtà essenziale, prepositiva, ed in questo senso, giunaturalistica.

Nel processo di concretizzazione, che si rivolge non solo al valore inteso in termini etici, ma anche quale struttura ontologica della realtà, si manifesterebbe quel procedimento dialettico tra pensiero problematico e pensiero sistematico, in grado di comporre in unità significativa i singoli concetti generali e astratti<sup>130</sup>.

Tali tendenze della filosofia del diritto, che si richiamano a equivalenti correnti nella filosofia generale, hanno trovato ampio spazio soprattutto nell'ambito della scienza penalistica, ove la tensione tra diritto penale e politica criminale rende particolarmente incisiva la pretesa ontologica di una struttura logica del fatto (*ontologische Strukturen* o *sachlogische Strukturen*), della natura della cosa, prepositiva. Ne sia dimostrazione l'ampio credito guadagnato dalla dottrina finalistica dell'azione di Welzel e la progressiva normativizzazione delle categorie del reato, in particolare della colpevolezza.

### ***10. La Penalistica costituzionale ed il problema irrisolto della concretizzazione dei valori***

Nell'approccio dualista del metodo teleologico delle correnti neokantiane così come in quelle neohegeliane si inseriva un processo dialettico idealista, che nel passaggio tra l'idea e il concetto di diritto tentava di risolvere la contraddizione tra piano dell'essere e del dover essere, in alcuni casi però ritornando verso richiami all'Assoluto o al giusnaturalismo. Tuttavia, tale ritorno non fa che risolvere solo surrettiziamente la contraddizione, che resta, mal celata, in tutta la sua portata fallace

129 MAX ERNST MAYER, *Rechtsnormen und Kulturnormen*, Breslau 1903, ristampa Frankfurt am Main, 1977, 16.

130 THOMAS WÜRTEMBERGER, *Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, Karlsruhe 1959, consultato nella traduzione italiana a cura di Mario Losano e Franco Giuffrida Répaci, *La situazione spirituale della scienza penalistica in Germania*, Milano 1965, 17ss.

e non riesce a comporsi se non attraverso una spiritualizzazione dei concetti giuridici, appagante quanto infruttuosa. In quella contraddizione bisogna, invece, stare, accettarla come componente ineliminabile: solo una dialettica negativa<sup>131</sup>, che non pretenda di risolvere nell'ontologismo le contraddizioni tra valori astratti e norme di cultura, potrebbe restituire l'immagine reale del rapporto tra diritto e realtà e scongiurare i rischi di assolutizzazione e idealizzazione del primo, quali forme di autolegittimazione volontaristica. Nel relativismo e nella precarietà, parafrasando Bauman, esiste una possibilità di salvezza, che è quella dell'incedere col dubbio in tasca, per gradi progressivi di perfezionamento, senza pretesa di verità.

Proprio nell'ambito penale la tendenza metodologica all'ammissione di una integrazione del diritto positivo attraverso criteri extralegali, non importa se puramente morali o ontologici, si scontrava con quella tradizione liberale che poneva il principio di legalità quale baluardo della libertà personale. Soprattutto nel contesto italiano, in cui la tradizione positivista derivante dal tecnicismo giuridico faceva come fa ancora presa sulla cultura giuridica, questa contraddizione non poteva essere risolta con il richiamo a criteri metagiuridici. Soltanto attraverso il vincolo di positività posto dalle moderne Costituzioni quella contraddizione ha potuto trovare una composizione<sup>132</sup>. Ma tale composizione, tuttavia, scontava una dose di formalismo, che, se offriva copertura legale attraverso la positivizzazione dei valori e dei principi garantistici del diritto penale, comunque non scongiurava l'apertura del sistema verso il divenire culturale di quei valori stessi: essi, sempre identici, sono sottoposti all'evoluzione ermeneutica oggettiva che segue gli umori sociali. Una soluzione apparente dunque, che in epoca contemporanea si manifesta in tutta la sua fallacia.

Oggi, al problema irrisolto della definizione dei contenuti dei principi costituzionali, che necessariamente rimanda ad una concezione metagiuridica circa la natura dell'uomo, si è aggiunta l'ulteriore variabile della normazione sovranazionale e, molto più incisivamente, delle tendenze di politica criminale di matrice sovranazionale. In questo mutato contesto, la sola norma costituzionale non sembra più né rivestire quella centralità che ad essa si attribuiva nei sistemi penali

---

131 Il concetto di dialettica negativa si deve a THEODOR W. ADORNO, *Dialettica negativa*, cit. posizione 2572.

132 FRANCO BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIX, 1973, 5ss.

costituzionalmente orientati tipici degli Stati-Nazione, né quella vincolatività di regola, che si è mostrata, invece, permeabile ai rigurgiti autoritari dei tempi attuali.

Dinanzi a questo limite intrinseco alle interpretazioni costituzionalmente orientate, ritorna la necessità di una fondazione filosofica del diritto di punire, che si fondi su una esplicita concezione dell'uomo. L'agnosticismo circa la natura dell'uomo, il relativismo giuridico, non risolve infatti la tensione esistente nel metodo teleologico tra diritto positivo e politica criminale, pur laddove i valori di riferimento non siano extra-giuridici, bensì costituzionalizzati. Anche questi ultimi sono soggetti a quel processo di concretizzazione dialettica che li rendono aperti alle evoluzioni e involuzioni della coscienza sociale. Pertanto risulterà necessario anche nel prosieguo del lavoro domandarsi costantemente quale concezione dell'uomo è realmente sottesa alle tendenze di politica criminale che penetrano del diritto positivo e se esse siano corrispondenti, non tanto alla Costituzione quale testo normativo, bensì alla struttura politica, ossia valoriale, cui essa rimanda, che è quella del garantismo dello Stato sociale di diritto. In essa sarà possibile trovare il fondamento per una nuova concezione della responsabilità penale, che vada intesa sia nella sua dimensione sociale sia in quella individuale: un'antitesi irrisolvibile sia rispetto alla concezione eticizzata di colpa, che rimanda ad un soggetto ideale privo di concretezza, sia a quella positivista di pericolosità, che rimanda ad una concretezza senza soggettività.

La giustizia penale combina una dottrina dell'essere giuridico, come ontologia circa la natura dell'uomo, con una dottrina del pensiero giuridico quale epistemologia, ove la legge si pone quale strumento razionale di regolamentazione. Ogni proposizione sul dover essere indica un come che presuppone sempre la soluzione logicamente anteriore della domanda sul perché. La premessa fondativa, di carattere filosofico e metagiuridico, in tal modo non può essere elusa senza mistificare il mondo dei valori non esplicitati che determinano il come del dover essere. Solo dalla combinazione di questi due elementi, una dottrina giusfilosofica circa la natura dell'uomo, che si traduce nella posizione dei fini quale decisione costitutiva<sup>133</sup>, ed una epistemologica circa il metodo del pensiero giuridico, ovvero l'indicazione del mezzo, sarà possibile svelare le trame sottese alle moderne forme di soggettivismo punitivo.

---

133 ELIGIO RESTA, *La dismisura dei sistemi penali*, in *Dei delitti e delle pene*, n. 3 1985, 483.

## CAPITOLO I

## CAPITOLO II

### IL SOGGETTIVISMO PUNITIVO

*«Di tutte le divisioni che dividono artificialmente la scienza sociale, la più rilevate, e la più rovinosa, è quella posta tra soggettivismo ed oggettivismo».*

*Questa non è un'autobiografia,  
Pierre Bourdieu*

#### ***1. La reificazione dell'uomo***

L'analisi che si è soliti condurre riguardo alle dottrine giuspenalistiche dei primi decenni del Novecento e di quelle che specificamente riguardano i totalitarismi europei è caratterizzata dalla centralità attribuita alla c.d. dottrina dei tipi di autore, manifestatasi nelle due versioni del tipo criminologico di autore e del tipo normativo di autore<sup>134</sup>. La dottrina in oggetto tuttavia fotografa solo un aspetto, probabilmente il più estremo e pertanto catalizzante, di un processo che, riguardando le evoluzioni della concezione stessa del rapporto tra società e individuo, non può ritenersi esclusivamente legato ai totalitarismi come fenomeno storico specifico, superandone, invece, i limiti temporali. D'altra parte, in un'ottica giusfilosofica sulla fondazione della potestà punitiva, la dottrina dei tipi di autore non sarebbe da considerare neppure un prodotto specifico dei totalitarismi, riguardando in verità un processo più ampio, che qui si definisce, non senza autorevoli precedenti, di soggettivismo punitivo<sup>135</sup>. Tale precisazione risulta necessaria affinché da un lato non si cada

---

134 In Italia, uno studio approfondito è stato condotto da ALESSANDRO ALBERTO CALVI, *Tipo criminologico e tipo normativo d'autore*, Padova 1967, che resta il testo fondamentale per la ricostruzione della dottrina sia tedesca che italiana. Nella dottrina spagnola, si veda, VÍCTOR GÓMEZ MARTÍN, *El derecho penal de autor*, Valencia 2007.

135 GIORGIO MARINUCCI, *Soggettivismo e oggettivismo nel diritto penale. Uno schizzo dogmatico e politico-criminale*, in *Rivista Italiana Diritto e Procedura Penale*, 2011, 1ss.; ANTONIO CAVALIERE, *Riflessioni intorno ad oggettivismo e soggettivismo nella teoria del reato*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci* a cura di Emilio Dolcini e Carlo Enrico Paliero, Vol. II, Milano

nell'errore di considerare la dottrina dei tipi di autore come specifico portato del totalitarismo, che, conclusosi quale fenomeno storico, avrebbe consumato anche la vitalità delle dottrine su cui poggiava. Dall'altro, poiché con l'allocuzione «soggettivismo punitivo» non ci si intende riferire esclusivamente a quella dottrina<sup>136</sup>, bensì a tutte le opzioni di politica criminale che manifestino una fondazione filosofica, ossia una concezione del mondo, sbilanciata nel rapporto tra individuo e autorità, incedendo verso forme di reificazione dell'uomo a favore di una collettività ipostatizzata.

La necessità dell'approccio filosofico si manifesta proprio in questa caratteristica, che il soggettivismo punitivo, come tutte le dottrine giuspenalistiche, si nutre della concezione dell'uomo nelle sue tre specificazioni del rapporto con la conoscenza, con la natura e con se stesso<sup>137</sup>, e che è tale da permeare ogni aspetto di un determinato periodo storico. Nell'introduzione storica si è già posto di manifesto l'impatto delle tesi gnoseologiche sull'intera struttura sociale<sup>138</sup>. Non è dato sapere se siano quelle a condizionare questa o se non sia l'inverso: Hegel sostenne che «la Filosofia arriva sempre troppo tardi rispetto al pensiero del mondo, perché inizia il

---

2006,1443ss.; NICOLA MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nel diritto penale*, Milano 1983; ID., *Il «soggettivismo» nel diritto penale: tendenze attuali ed osservazioni critiche*, in *Il Foro Italiano*, Vol. 106, 1983, pp. 45ss.; FERRANDO MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova 2013, 18ss. 101ss.; ADELMO MANNA, *La giustizia penale tra Otto e Novecento: la disputa tra soggettivismo e oggettivismo*, in *Indice penale*, 2006, 509ss.; UGO SPIRITO, *Storia del diritto penale italiano*, Firenze 1974; FILIPPO GRAMATICA, *Principi di difesa sociale*, Padova 1961; GIUSEPPE BETTIOL, *Oggettivismo e soggettivismo nell'ambito della nozione del reato*, in ID., *Scritti Giuridici*, Padova 1966, 986ss.; GIORGIO LICCI, *Figure del diritto penale. Il sistema italiano*, Torino 2013, 75ss.; CARLO ENRICO PALIERO, *Oggettivismo e Soggettivismo nel diritto penale italiano*, a cura di Perini e Consulich, Milano 2006. Nella letteratura di lingua inglese, in particolare per il rapporto tra diritto e morale, cui si riconduce la dialettica tra oggettivismo e soggettivismo, Cfr. Alan Norrie, *Punishment, responsibility and Justice*, Oxford 2000; GEORGE FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, Brown 1978, 135ss.; JOEL FEINDBERG, *The moral limits of the criminal law*, I vol. *Harm to others*, IV vol. *Harmless wrongdoing*, Oxford 1987-1990; PATRICK DEVLIN, *The enforcement of Morals* 1965; ANTHONY DUFF, *Choice, Character and criminal liability*, in *Law and Philosophy* 1993, 345ss.; ANDREW ASHWORTH, *Belief, Intent and Criminal Liability in J. Eeklaar and Bell*, in *Essays in Jurisprudence*, 1987, 7ss.; ID., *Principles of criminal law*, Oxford 1991, 27ss.; BERNARD WILLIAMS, *In the beginning was the deed. Realism and moralism in Political Arguments*, Princeton 2005.

136 La sovrapposizione delle due terminologie caratterizza tutti gli studi che hanno affrontato la contrapposizione tra oggettivismo e soggettivismo: si rimanda per i riferimenti bibliografici alla nota che precede.

137 Questi tre ambiti corrispondono alla filosofia teoretica, alla filosofia pratica o morale e a quelle scienze psicologiche che iniziarono un lungo cammino di indipendenza con la psicoanalisi di Freud: Vd. SIGMUND FREUD, *Introduzione alla psicoanalisi*, traduzione di Irene Castiglia, edizione a cura di Roberto Finelli e Paolo Vinci (titolo originale *Vorlesungen zur Einführung in die Psychoanalyse*, raccolta delle lezioni tenute a Vienna, 1916-1917) Roma 2010.

138 *Supra*, *Introduzione storico-metodologica*.

suo volo sul far del crepuscolo»<sup>139</sup>, ma questo scritto, che arriva in tarda età, ribalta ciò che egli stesso in gioventù sostenne circa il ruolo di guida della filosofia nel modellare la società, posizione quest'ultima che è sostenuta da Lukács, quando tuona sulla funzione storico-sociale dei pensieri filosofici: «ogni pensatore, egli afferma, è responsabile di fronte alla storia del contenuto obbiettivo del suo filosofare»<sup>140</sup>.

A nostro avviso, se pensiero ed esperienza trovano il proprio punto di contatto nell'uomo, unione complessa di universalismo e particolarismo, lo studio storico del pensiero filosofico che ci ha preceduti non va condotto con in mano la spada del giudizio *propter hoc*, pronti a scoprire responsabilità storiche e nessi causali immanenti tra pensieri ed eventi, ma neppure con il velo legittimante della neutralità scientifica del tirare le somme. Dietro tutti i fenomeni storici e i pensieri filosofici c'è sempre la stessa umanità, con la stessa capacità di analisi e sogno, un'unità di esigenze e aspirazioni, che resta costante nel volgere degli eventi. Se dunque non c'è sostanziale differenza tra l'uomo primitivo e l'uomo post-moderno, se l'uomo è sempre lo stesso, mutando soltanto il contesto culturale in cui opera, ciò che offre la storia è lo specchio di ciò che siamo, reso più obiettivo dalla distanza del tempo, e con esso la prospettiva di ciò che è possibile attendersi dal futuro.

Riprendiamo dunque quanto affermato circa il legame tra la concezione dell'uomo e il suo portato giuspenalistico. Quando nella storia dell'umanità si è scorta una verità assoluta iscritta nella natura, l'uomo ha finito per risultare mero strumento di quella verità. In ciò si registra il legame tra le dottrine gnoseologiche e quelle giuridiche: nel rapporto tra uomo e natura, se quest'ultima si manifesta quale rivelazione mistica, spirituale, assoluta, quale essenza intrinseca alle cose, l'uomo scompare, si confonde con l'oggetto, è egli stesso cosa, non più che il mondo che lo circonda. In questi casi, il rapporto di uomo come soggetto e natura quale oggetto si ribalta: il soggetto finisce per dipendere dall'oggetto, che, in quanto essenza, è fine in sé. Rispetto ad esso l'uomo, a cui la verità si rivela nella sua oggettività assoluta, diventa mezzo, strumento della rivelazione: nelle concezioni mistiche della realtà, si dice che la verità si rivela *attraverso* l'uomo, egli è, dunque, suo strumento. In ciò consiste

---

139 GEORG WILHELM FRIEDRICH HEGEL, *Prefazione a Lineamenti di filosofia del diritto*, traduzione di Francesco Messineo, (titolo originale *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Berlino 1821), Bari 1974, 20.

140 G. LUKÁCS, *La distruzione della ragione*, cit., 4.

quella reificazione dell'uomo in funzione di un'entità superiore che è tipica di tutti i sistemi politici illiberali<sup>141</sup>.

Il collegamento delle forme di reificazione dell'essere umano rispetto ad una specifica struttura giuridica<sup>142</sup> è stato spesso ricondotto nell'alveo del rapporto tra libertà e autorità. Tuttavia, già la posizione di questo binomio è in sé dipendente dalla concezione del mondo ad esso sotteso: la libertà, in quanto valore, esiste soltanto come portato dell'idea dell'uomo quale soggetto, quale parametro valoriale cui rapportare l'esistente. Tale concezione, che sembra scontata nella cultura occidentale dell'apologia all'individualismo, ha in verità una tradizione piuttosto giovane nella storia dell'umanità: essa rimonta alle religioni monoteiste che riconoscono l'esistenza dell'anima e pertanto la libertà dell'uomo quale suo portatore. Gli assiomi religiosi, d'altro canto, sono all'origine non solo del riconoscimento della libertà dell'individuo, in quanto portatore di un'anima che lo ricongiunge a Dio, ma anche del valore di uguaglianza, poiché agli occhi di Dio tutte le anime sono uguali. L'idea di uomo come soggetto, come individuo autonomo e libero, nella tradizione occidentale affonda, in effetti, le sue radici nel Cristianesimo.

Una volta stabilito il rapporto tra uomo, quale soggettività autonoma, e natura come oggetto, il cammino verso l'affermazione del metodo scientifico moderno, da un lato, e dell'imperativo categorico di origine kantiana, dall'altro, era ormai tracciato. Il contributo più importante della rivoluzione copernicana e del *cogito* cartesiano rispetto alle teorie della conoscenza si identifica tutt'oggi nella rinuncia all'apprensione della verità in sé, limitandosi la scienza a cercare la congruenza dei risultati rispetto agli scopi della ricerca: la migliore soluzione, la migliore

---

141 Sul concetto di reificazione vd. AXEL HONNETH, *Reificazione. Uno studio in chiave di teoria del riconoscimento*, traduzione di Carlo Sandrelli (titolo originale *Verdinglichung*, Frankfurt am Main 2005), Roma 2007; JÜNGEN HABERMAS, *Teoria dell'agire comunicativo*, (titolo originale *Theorie des kommunikativen Handelns*, Frankfurt am Main, 1981) vol I, Bologna 1988, 457ss; JOSEPH GABEL, *La falsa coscienza*, traduzione di Anna Backhaus Righini (titolo originale *La fausse conscience*, Paris 1962), Bari 1967; T. ADORNO, *Dialettica negativa*, cit., *Il rapporto all'ontologia*, posizione 1308: GYÖRGY LUKÁCS, *Storia e coscienza di classe* (titolo originale *Geschichte und Klassenbewusstsein*, Berlin 1923), Milano 1978; PETER L. BERGER – THOMAS LUCKMANN, *La realtà come costruzione sociale*, traduzione di Marta Sofri Innocenti e Alessandro Sofri Peretti (titolo originale *The Social Construction of Reality*, New York, 1966), Bologna 1969; AA. VV., *Teorie della reificazione. Storia e attualità di un fenomeno sociale*, a cura di Alessandro Bellan, Milano 2013.

142 Un preciso collegamento tra fenomeno di reificazione e diritto è stato affrontato in ALESSANDRA GROMPI, «Il senso della giustizia lo trasformò in brigante e assassino». *Oggettivazione, oggettificazione e reificazione nel diritto*, in AA.VV., *Teorie della reificazione*, cit., 303ss.

spiegazione, ma nessuna verità assoluta. Così si è messo il mondo sotto la lente dello studio e il dubbio nella testa di chi lo conduce: non più l'autorità delle scritture, ma l'entusiasmo della continua scoperta fungono da guida in tale processo. Al concetto di verità, nella scienza si è sostituito quello di solidità, di congruenza, che non è dogmatizzata, ma sempre circoscritta al contesto delle sue premesse e suscettibile di superamento. Nessuna assolutizzazione, dunque, il valore scientifico è, anzi, tutto nella falsificazione<sup>143</sup>.

D'altro canto, sul piano della filosofia morale, l'uomo si è affermato quale valore inviolabile, quale fine ultimo, al cui parametro misurare la natura, le azioni, le relazioni<sup>144</sup>. Questa concezione ha trasformato profondamente la struttura giuridica, la quale, in qualità di mezzo strumentale al benessere dell'uomo, inteso come fine in sé, si è prima delineata nella forma dello Stato di Diritto, con la centralità dei valori della libertà e dell'autonomia individuale, e successivamente dello Stato socialdemocratico di Diritto, che ha adottato la persona, nella sua complessità di esigenze individuali e sociali, quale prisma essenziale dell'esperienza giuridica<sup>145</sup>.

Nelle manifestazioni storiche dell'approccio ontologico alla conoscenza, in cui la verità si rivela all'uomo, che la riceve passivamente, quest'ultimo ha, invece, dovuto piegarsi a quella. In tale contesto, la struttura giuridica, economica e sociale ha finito per rispecchiare questa supremazia della rivelazione assoluta rispetto ai bisogni e alle esigenze individuali. Se nel mondo della prescrittività, del dover essere, si inserisce un concetto di verità di derivazione mistica, che per definizione non ammette eccezioni, il sistema giuridico, così come quello morale, che è per sua natura prescrittivo, viene funzionalizzato alla eliminazione delle difformità rispetto alla verità rivelata. Esso, pertanto, diventa strutturalmente discriminatorio. E tuttavia la natura, la verità, non ha bisogno di prescrizioni: essa è e non c'è legge che possa cambiarla o confermarla, soltanto spiegarla.

---

143 Il chiaro riferimento è a Popper e alla sua teoria della falsificabilità come discrimine tra scienza e metafisica: vd. KARL RAIMUND POPPER, *Logica della scoperta scientifica*, (titolo originale *Logik der Forschung*, Wien 1935), Torino 1970; ID., *Congetture e confutazioni. Lo sviluppo della conoscenza scientifica*, (titolo originale *Conjectures and Refutations*, London 1963), Bologna 1972.

144 IMMANUEL KANT, *Critica della ragion pratica* (titolo originale *Kritik der praktischen Vernunft*, Leipzig 1788), Bari 1970.

145 Una delle più note teorie sullo Stato sociale di diritto si deve a GØSTA ESPING-ANDERSEN, *The three worlds of welfare capitalism*, Cambridge, 1990.

La natura prescrittiva è invece di quei sistemi che necessitano di ricorrere agli obblighi per essere realizzati e che allo stesso tempo presuppongono la possibilità di non essere seguiti. Per tale ragione i sistemi prescrittivi presuppongono una soggettività che possa autodeterminarsi. La confusione tra l'essere e il dover essere, invece, nega questa soggettività in quanto vuole ricondurre un sistema prescrittivo, quale quello giuridico, nell'ambito della legge di causalità: pertanto, non riconoscendo la soggettività individuale, impone un determinata concezione del mondo attraverso lo strumento della costrizione. Non dunque l'obbligo, ma la pura forza, in questo contesto, si impone nei rapporti sociali. D'altra parte, non tutti i sistemi normativi presentano la medesima natura: in particolare, mentre la morale prescrive obblighi soltanto per chi la riconosce, il diritto, all'obbligo di ciascuno, fa corrispondere una pretesa, un diritto altrui, richiedendo dunque l'intervento, e cioè l'uso della forza, a tutela di questa posizione. Per tale ragione, mentre la morale può permeare anche gli aspetti più intimi della personalità, il diritto, nel quale è implicita la possibilità del ricorso alla forza, si arresta sul piano dei rapporti esterni, quelli caratterizzati da intersoggettività<sup>146</sup>. In entrambi i casi, tuttavia, la prescrizione di obblighi necessita del riconoscimento della soggettività individuale, che possa autodeterminarsi rispetto a quelli.

Anche nei sistemi che reificano l'uomo, esiste, a ben vedere, una volontà, tuttavia essa non viene identificata con quella dell'uomo, poiché egli non è titolare della soggettività: essa è, piuttosto, la volontà di quella entità superiore, alla quale l'uomo, in quanto mezzo, deve adeguarsi. Questa verità assoluta, in grado di manifestare la propria volontà indipendente dall'uomo, ha cambiato spesso nome, si è idealizzata o concretizzata, ma ciò che è rimasto costante è che essa si è posta come superiore all'uomo, ha finito per renderlo mezzo, mero strumento, oggetto privo di valore in sé.

Sull'altare di questa verità, che altro non è se non un'idea, una concezione del mondo in qualche modo funzionale alla cooperazione e convivenza sociale, sono stati commessi i più atroci sacrifici. C'è chi ha sostenuto<sup>147</sup>, per questo, che le ideologie, il patriottismo, la religione, altro non siano che pandemie, vere e proprie malattie

---

146 G. RADBRUCH, *Introduzione alla scienza del diritto*, cit., 75ss.

147 Nella sua ricostruzione, lo ricorda Y. N. HARARI, *Da animali a Dèi*, cit., posizione 371ss.

infettive, che mentre posseggono il portatore lo conducono lentamente alla morte: esse rendono schiavo l'uomo in funzione di una idea, per la quale egli è disposto a mettere a repentaglio persino la vita, finanche a rinunciarvi. Non sempre però si tratta della propria. Simone Weil ha definito questo fenomeno come idolatria<sup>148</sup>. In filosofia è quanto si intende per ipostatizzazione.

In una prospettiva che intenda porre l'uomo come valore essenziale, ossia quale essenza del diritto, non è sufficiente riconoscere la mera possibilità storica di una sua concezione reificata, diventa necessario domandarsi in che modo si ingenerino quei fenomeni che portano all'idolatria, al fine di scongiurarli nella costruzione e correzione dell'attuale sistema politico e giuridico. La domanda da porsi è dunque cosa spinga il corpo sociale alla idolatria. Lo scredito di un simile fenomeno dal punto di vista valoriale, infatti, da un lato non permette di porvi rimedio, posto che esso si offre quale alternativa sullo stesso piano dei giudizi di valore. E d'altro canto non è in grado di evidenziarne le cause: ciò che infatti deve essere sempre tenuto presente è che tutte le concezioni del mondo, le ideologie, rispondono ad una determinata esigenza. Bisogna così verificare a quale esigenza risponda una concezione reificata dell'uomo e quali ne siano, dunque, le cause.

A tal fine appare utile richiamare i lavori di Cattaneo sul totalitarismo<sup>149</sup>: egli intende dimostrare che questa manifestazione tipica del Novecento in realtà possa considerarsi quale forma specifica di un ricorrente fenomeno sociale che egli identifica nel dispotismo, ma che può essere ricondotto nella più ampia famiglia dell'autoritarismo. La tesi fondamentale da lui sostenuta è che le manifestazioni storiche di dispotismo presentino caratteri uniformi, al di là delle differenze specifiche, legate al contesto culturale: vi sarebbe dunque un carattere di continuità e non di eccezionalità nel totalitarismo rispetto alle altre forme di autoritarismo<sup>150</sup>. Egli arriva a tale conclusione partendo dall'analisi del dispotismo quale fenomeno storico. Esso sarebbe strutturalmente caratterizzato da due elementi, che si ripetono e riproducono con precise modalità a seconda dei contesti: questi due elementi sono il terrore e l'ideologia. Già Hannah Arendt ha provveduto ad indicare in tali caratteri la

148 SIMONE WEIL, *La persona e il sacro*, a cura di Maria Concetta Sala (titolo originale *La personne et le sacré* Paris 1957), Milano 2012.

149 MARIO A. CATTANEO, *Terrorismo e Arbitrio. Il problema giuridico nel totalitarismo*, Padova 1998.

150 *Ibidem*, *Introduzione* XXss.

specificità del totalitarismo, tuttavia ella ha ritenuto di poterli circoscrivere come tipici e specifici di esso soltanto<sup>151</sup>.

Attraverso una analisi della storia del pensiero giuridico occidentale, a partire dal giusnaturalismo laico, Cattaneo offre invece una ricostruzione, che ci sentiamo di condividere, secondo la quale quegli stessi caratteri rappresenterebbero il nucleo caratterizzante di tutte le forme di dispotismo e autoritarismo. Di conseguenza essi potrebbero porsi come possibile metro di giudizio per ogni sistema giuridico, al fine di verificarne – insieme ai singoli corollari di natura penalistica che ci impegneranno nel prosieguo della trattazione – la prossimità con quelle manifestazioni: è evidente che lo scopo ultimo del suo lavoro è quello di mettere in guardia rispetto al possibile riproporsi di quegli stessi caratteri, non essendo essi legati alla eccezionalità del totalitarismo e potendo invece inserirsi in qualsiasi contesto istituzionale, provocandone la degenerazione autoritaria.

Proprio sul piano degli effetti del dispotismo, Cattaneo considera centrale lo stato di incertezza giuridica che caratterizzerebbe tali sistemi, i quali per loro natura sarebbero arbitrari. Nella sua ricostruzione, pertanto, terrore e arbitrio si intrecciano in una relazione causale: sarebbe infatti l'arbitrio all'origine dell'incertezza giuridica che genera il terrore. Quest'ultimo, riprendendo gli studi di Fisichella<sup>152</sup>, che a sua volta si basano sulla concezione freudiana di Neumann<sup>153</sup>, viene specificato quale stato di angoscia nevrotica. In questo modo, egli conclude nel senso già indicato, secondo cui il terrore, quale stato di angoscia nevrotica, si porrebbe come conseguenza dell'arbitrio, tipico dei sistemi dispotici<sup>154</sup>.

Tuttavia, tale ricostruzione ancora non fa luce sulle cause che inducono allo stato di arbitrio e terrore che caratterizza gli autoritarismi. Per quanto paura, terrore e angoscia siano stati da sempre ricondotti alle forme di autoritarismo nella storia del pensiero giuridico moderno, come già in Hobbes e Montesquieu, questo collegamento è sempre rimasto allo stato intuitivo, che per quanto possa suggerire

---

151 HANNAH ARENDT, *Le origini del totalitarismo*, a cura di Alberto Martinelli (titolo originale *The Origins of totalitarianism*, London 1951), Torino 2009.

152 DOMENICO FISICHELLA, *Totalitarismo, Un regime del nostro tempo*, Roma 1987, 37.

153 FRANZ LEOPOLD NEUMANN, *Lo stato democratico e lo stato autoritario*, (titolo originale *The Democratic and the Authoritarian State: Essays in Political and Legal Theory* 1957), Bologna 1973, 119ss.

154 M. A. CATTANEO, *Terrorismo e arbitrio*, cit., 19ss.

una correlazione, non chiarisce quale sia e se ci sia un rapporto causale tra l'uno e l'altro.

In base alle conclusioni cui siamo giunti circa il rapporto tra la concezione filosofica dell'uomo e il suo rapporto con il sistema giuridico, siamo stati in grado di evidenziare un collegamento tra le forme di autoritarismo e una idea reificata dell'uomo, la cui vita è strumentalizzata al fine del perseguimento di un valore ipostatizzato, che si ritiene superiore. In questa concezione, l'uomo, in quanto mezzo, risulta privo di volontà propria, ritrovandosi eterodeterminato in base ai dettami provenienti dalla volontà dell'entità superiore. Dunque egli è privo di libertà di autodeterminazione, essendo agito e non agente. Ciò che non abbiamo ancora compreso è come sia possibile che l'uomo, che, ricordiamo, sin dalle caverne e fino ai giorni nostri resta fondamentalmente lo stesso, con le stesse capacità intellettive ed emotive<sup>155</sup>, arrivi ad accogliere una concezione in cui egli stesso non è fine, ma oggetto, come è possibile che arrivi ad accettare che il suo Io scompaia, che si annulli, che diventi puramente un mezzo.

Nell'analisi offerta da Simone Weil del totalitarismo<sup>156</sup> si aggiunge a tal fine un elemento di grande rilevanza: ella sostiene che la mera forza non sarebbe mai in grado di imporsi al pensiero, agendo la prima nel mondo esteriore e il secondo in quello interiore. Nei rapporti intersoggettivi, mentre la prima manifesta una relazione di prevaricazione, che non riconosce nell'oppresso la soggettività, il secondo presuppone una natura dialogica, che di per sé richiede il preliminare riconoscimento dell'altro quale soggetto. La sua conclusione è che laddove vi sia pensiero, e cioè razionalità, non vi possa essere l'affermazione della relazione di prevaricazione degli autoritarismi che abbiamo indicato come reificazione dell'uomo. Questi infatti sarebbero in grado di affermarsi soltanto nel caso di assenza di pensiero, e cioè quando quella resistenza offerta dal riconoscimento universale della soggettività individuale sia stata già previamente compromessa. Cattaneo non si avvede del fatto che questa assenza di pensiero libero e critico anticipa l'avvento degli autoritarismi, mentre egli la configura come conseguenza dello strumento propagandistico<sup>157</sup>:

155 Y. N. HARARI, *Da animali a Dèi*, cit. 4326.

156 SIMONE WEIL, *Riflessioni sulle cause della libertà e dell'oppressione* (titolo originale *Réflexions sur les causes de la liberté et de l'oppression sociale*, in *Oppression et liberté*, Paris 1955), Milano 2013, 153ss.

157 M. A. CATTANEO, *Terrorismo e arbitrio*, cit., 21.

l'assenza del riconoscimento universale di soggettività rappresenterebbe, invece, il preludio, la premessa essenziale per la costruzione di un sistema giuridico strutturalmente discriminatorio.

Affermare che l'assenza di pensiero critico sia all'origine della formazione di strutture sociali autoritarie, significa vincolare tali degenerazioni allo sviluppo dell'irrazionalismo. Non è in effetti casuale che il pensiero giuridico giusnaturalista e poi illuminista, attraverso cui si è affermato il modello di Stato di Diritto, si sia preoccupato innanzitutto di fondare la soggettività dell'uomo sulla razionalità, quale sua natura intrinseca<sup>158</sup>. E tuttavia il pensiero filosofico occidentale doveva ancora affrontare quella che Freud ha definito la terza grande mortificazione dell'ingenuo amor di sé<sup>159</sup>: essa è consistita nel riconoscimento della natura fondamentale irrazionale di una parte dell'uomo altrettanto essenziale per la determinazione del suo comportamento, che è quella che si identifica con la sfera emotiva. Questo problematico compagno di viaggio, che si muove nell'ombra e schiva la logica, ha la sua origine nell'istinto innato nell'uomo, ciò che lo accomuna a tutti gli esseri viventi e al quale ci si è spesso rivolti con il nome di istinto o principio di conservazione. Nonostante possano essere molteplici gli stimoli emotivi che annullano l'intervento della coscienza razionale nella determinazione del comportamento umano, alcuni altissimi, quali la compassione o l'empatia, non v'è dubbio che tra i tanti motori di attivazione della risposta istintiva si debba riconoscere quell'istinto di sopravvivenza che si attiva dinanzi alle situazioni di pericolo: la paura<sup>160</sup>.

---

158 Su giusnaturalismo e illuminismo vd. *Supra*, *Introduzione storico-metodologica*.

159 Sigmund Freud afferma che: «*Nel corso dei tempi l'umanità ha dovuto sopportare due grandi mortificazioni che la scienza ha recato al suo ingenuo amore di sé. La prima, quando apprese che la nostra terra non è il centro dell'universo bensì una minuscola particella di un sistema cosmico che, quanto a grandezza, è difficilmente immaginabile. Questa scoperta è associata per noi al nome di Copernico, benché già la scienza alessandrina avesse proclamato qualcosa di simile. La seconda mortificazione si è verificata poi, quando la ricerca biologica annienta la pretesa posizione di privilegio dell'uomo nella creazione, gli dimostrò la sua provenienza dal regno animale e l'instirpabilità della sua natura animale. Questo sovvertimento di valori è stato compiuto ai nostri giorni sotto l'influsso di Charles Darwin, di Wallae e dei loro precursori, non senza la più violenta opposizione dei loro contemporanei. Ma la terza e più scottante mortificazione, la megalomania dell'uomo è destinata a subirla da parte dell'odierna indagine psicologica, la quale ha l'intenzione di dimostrare all'io che non solo egli non è padrone in casa propria, ma deve fare assegnamento su scarse notizie riguardo a quello che avviene inconsciamente nella sua psiche.*», *Introduzione alla psicoanalisi*, cit.,

160 MIGUEL BENASAYAG – GERARD SCHMIT, *L'epoca delle passioni tristi*, traduzione di Eleonora Missana (titolo originale *Les passions tristes. Souffrance psychique et crise sociale*, Paris 2003), Milano 2013, 21ss, 39ss.

La sensazione di paura dinanzi al pericolo che genera una risposta istintiva ha senza dubbio una inestimabile funzione di protezione in quelle circostanze in cui non sarebbe affatto raccomandabile attendere le lente elucubrazioni del compagno razionale. In tali situazioni, l'istinto di sopravvivenza, al fine di scongiurare o eliminare il pericolo, cerca una soluzione immediata, nonostante essa non sia necessariamente la più ragionevole: infatti, le risposte istintive provocate dallo stimolo della paura generalmente sono di due tipi, la fuga e la lotta. E tuttavia quando la risposta istintiva generata dalla paura non si collega più ad una situazione di pericolo puntuale e determinata nel tempo, bensì ad uno stato costante di insicurezza, questa continua esposizione ai suoi stimoli, accompagnato dall'impossibilità di eliminare la fonte del pericolo che continua a riproporsi, dà vita ad un fenomeno che è piuttosto caratteristico dell'epoca post-moderna: l'istinto di conservazione si tramuta in una condizione mentale di angoscia patologica, che inibisce il comportamento razionale. L'uomo qui si trova a fuggire in un labirinto e a lottare contro titani.

Se lo stato di angoscia è in grado di modificare il comportamento umano, generando risposte irrazionali che annullano la libertà di autodeterminazione soggettiva e inibiscono il pensiero razionale, quando la fonte di quel pericolo, che ne è all'origine, non ha carattere individuale e puntuale, bensì sociale e strutturale, riguardando una condizione collettiva di insicurezza, quella risposta difensiva di carattere irrazionale si diffonde all'intero corpo sociale, che diventa particolarmente suggestionabile e di conseguenza manipolabile: essendo patologicamente interdetto il ricorso agli strumenti razionali, esso si reifica e si lascia plasmare dal puro istinto<sup>161</sup>.

Nelle situazioni di forte disagio collettivo, in cui la capacità di raziocinio diviene fortemente condizionata dall'angoscia esistenziale, la ricerca di risposte immediate, quelle istintuali, che nell'accecamento della paura sembrano offrire un rifugio rispetto alla fonte del pericolo, facilita, dunque, l'insorgenza di atteggiamenti sociali puramente irrazionali, dettati dall'istinto di sopravvivenza. Tuttavia, nel momento in cui l'uomo agisce di puro istinto non solo annulla in sé quella soggettività, non

---

<sup>161</sup> Interessanti in questo senso sono gli studi sulla schizofrenia condotti, in particolare, da RONALD DAVID LAIG, ne *L'insicurezza ontologica*, in ID., *L'io diviso*, traduzione di David Mezzacapa (titolo originale *The Divided Self: An Existential Study in Sanity and Madness*. London 1955), Torino 1969.

potendo ricorrere al filtro della propria coscienza, ma la nega anche nell'altro, essendo accecato dall'istanza primaria di salvare se stesso. Alla luce dei meccanismi di reazione allo stimolo della paura, del pericolo, studiati sia a livello individuale in psicologia che a livello collettivo in sociologia, possiamo dunque concludere che una forma di reificazione dell'uomo si produce ogni qual volta la collettività si trovi a far fronte ad uno stato diffuso di insicurezza tale da stimolare una risposta irrazionale immediata, dettata dall'istinto di sopravvivenza, che però non fornisce una soluzione al concreto disagio o pericolo che l'abbia generata, essendo questo di natura strutturale e non puntuale. Il cortocircuito tra lo stimolo di risposta e la capacità di soddisfare quell'esigenza di sicurezza, si tramuta dunque in uno stato di angoscia patologica, che offusca la capacità di autodeterminazione dell'intero corpo sociale: esso perde la propria soggettività diventando puro istinto.

Se questa brevissima digressione mette in luce un meccanismo di risposta di carattere psicologico che si produce sia a livello individuale sia a livello sociale<sup>162</sup>, tale da annullare la capacità di autodeterminazione dell'uomo, possiamo effettivamente concordare con la tesi di Weil, quando sostiene che quelle strutture giuridiche autoritarie intrinsecamente irrazionali, che si identificano in una concezione reificata dell'uomo in funzione di una verità superiore, non sono causa, bensì conseguenza di una situazione pregressa di disagio sociale. Essa sarebbe talmente radicata nello stato sociale da aver patologicamente condizionato i meccanismi di risposta collettivi. È l'assenza di pensiero conseguente ad una condizione sociale insostenibile di insicurezza collettiva a determinare la reificazione dell'uomo, non quale ideologia, bensì come fenomeno sociale<sup>163</sup>. Sulla base di questo fenomeno sociale trovano terreno fertile per attecchire quelle correnti ideologiche che mistificano quello stato dell'essere, condizionato dal disagio sociale, tramutandolo in un dover essere, come effettiva concezione del rapporto tra società e individuo, riconoscendo nella prima una istintualità superiore che si impone alle singole, insufficienti risposte individuali.

Un diffuso e pericoloso atteggiamento di sdegnosa superiorità porta spesso a valutare gli orrori dei totalitarismi come l'opera di un manipolo di squilibrati, giustificando i

---

162 A. HONNETH, *Reificazione*, cit., 13.

163 La sovrastruttura ideologica in questi casi segue e non precede l'affermarsi di una situazione di angoscia collettiva: essa così presume di trovare davanti a sé un dato della natura semperiterno, l'inadeguatezza e inconsistenza della dimensione individuale, che è invece mera conseguenza di un condizionamento sociale.

più severi giudizi di condanna verso quel popolo che non si è opposto al declino, che si è lasciato manipolare da quella cupola di degenerati<sup>164</sup>. La posizione è estremamente pericolosa in quanto, da un lato, presuppone l'esistenza di un'idea di progresso nella storia, che, nel porre l'uomo contemporaneo in una posizione di superiorità, escluderebbe la possibilità del ripetersi di fenomeni simili, e, dall'altro, perché disconosce che proprio quegli uomini al comando e quegli uomini comandati erano in tutto simili a noi, che, nelle stesse condizioni, al di là dell'insorgenza di sparute individualità eccezionali, avremmo ripercorso, come corpo sociale, gli stessi atroci passi. È vero infatti che la forza non può imporre una morale, ma questa, come più alta espressione della libertà individuale, necessita di soggettività vigile e lucida: quando l'uomo reagisce sotto lo stimolo della paura, il suo comportamento è intrinsecamente amorale, poiché eterodeterminato.

Per tale ragione risulta così importante riconoscere la normalità e non l'eccezionalità dei tratti essenziali del totalitarismo, una normalità che si identifica nella risposta sociale all'angoscia esistenziale. Dove le opinioni irrazionali tengono il posto delle idee, la forza, che canalizza l'istinto, può tutto<sup>165</sup>. È, dunque, l'assenza di pensiero libero che rende possibile imporre con la forza delle dottrine ufficiali del tutto prive di significato, di ragionevolezza. Allo stato di insicurezza non si risponde con azioni meditate, ma con la risolutezza del comando, che possa dare sfogo agli istinti più brutali covati a lungo nelle maglie oscure dei rapporti di forza. La risolutezza, priva di meditazione e mediazione, presuppone l'ignoranza della risposta istintiva, che, senza coscienza, nega la soggettività sia nella vittima che nel carnefice. L'angoscia è, così, coesistente al fanatismo, così come questo è immanente al potere autoritario: il dispotismo ha sempre bisogno di cattivi cittadini e buoni schiavi, pronti a eseguire, senza la dubbiosa esitazione del ragionamento, gli ordini impartiti.

Se dunque si vogliono scongiurare quei fenomeni di reificazione che danno origine ad un sistema giuridico autoritario, è necessario domandarsi sulla natura di quei pericoli, che consumano la libertà individuale. In base a quanto detto, sembra poco plausibile altra scelta valoriale, che non sia quella di intervenire sulle cause

---

164 Anche Lukács si mostra impietoso rispetto al popolo tedesco, assegnandogli tratti di arrendevolezza e rassegnazione, quelli che egli descrive come «miseria tedesca», frutto di arretratezza e conservatorismo: G. LUKÁCS, *La distruzione della ragione*, cit. vol. II, diffusamente.

165 SIMONE WEIL, *Riflessioni*, cit., 153.

dell'angoscia esistenziale, sempre nei ragionevoli limiti del possibile<sup>166</sup>: qualsiasi altra posizione, infatti, finirebbe per negare un tratto essenziale dell'uomo quale soggetto complesso e concluderebbe o per una astratta costruzione normativa, ignara della concretezza delle situazioni di vita in cui si inserisce il diritto, o in una concezione completamente reificata dell'uomo, quale ingranaggio meccanicistico, spersonalizzato. In questa biforcazione disumanizzante, come evidenziato, sono giunti per vie alternative sia il concettualismo che il positivismo sociologico a cavallo tra Otto e Novecento<sup>167</sup>.

Abbiamo già accennato alla natura strutturale del pericolo che è in grado di interessare in modo permanente un intero corpo sociale e non soltanto un individuo: esso si può identificare con la compromissione duratura delle più basilari condizioni di vita. Tali situazioni possono essere di carattere oggettivo o soggettivo. Nel primo caso, avremo un rischio oggettivo, che si concreta nell'esposizione a un pericolo riguardo le concrete possibilità di sopravvivenza. Quelle soggettive, invece, concernono la sfera valoriale, ed entrano in crisi nelle ipotesi di anomia e cioè quando le istituzioni sociali tradizionali non sono più in grado di rappresentare un punto di riferimento, perdono stabilità e diventano volatili<sup>168</sup>: in questi casi, si rompono quei meccanismi mimetici di apprendimento che garantiscono la sicurezza collettiva costruita sul senso di appartenenza. Anche in questo caso, si può rimandare alle acute osservazioni di Simone Weil sullo sradicamento<sup>169</sup>.

Le condizioni di insicurezza generate da un rischio oggettivo, a differenza dell'insicurezza soggettiva, hanno il vantaggio di essere legate a processi causali, che possono essere previsti e razionalizzabili. Proprio questo approccio scientifico e razionale allo studio delle cause di quelle condizioni di insicurezza concrete nella vita sociale può essere all'origine della creazione, costruzione ed evoluzione di nuovi diritti e nuove strutture volte alla loro realizzazione: se lo scopo ultimo del diritto è quello di preservare le condizioni di vita dell'uomo come singolo e nelle formazioni

---

166 Su questo punto ritorneremo nelle conclusioni sullo scopo del diritto, in particolare penale, discendenti da una concezione complessa, dialettica dell'uomo, quale soggetto condizionato: né soggetto ideale completamente libero, né oggetto etero-determinato.

167 *Supra*, *Introduzione storico-metodologica*.

168 Per un approfondimento si rimanda a *Infra*, *La funzione promozionale nel diritto penale*.

169 SIMONE WEIL, *La prima radice*, traduzione di Franco Fortini (titolo originale *L'enracinement. Prélude à une déclaration des devoirs envers l'être humain*, Paris 1949), Milano 1990.

sociali<sup>170</sup>, quanto più avanza lo studio del mondo naturale e del mondo sociale funzionalizzato al benessere primario dell'uomo, tanto più dovranno sorgere posizioni soggettive suscettibili di protezione da parte dell'ordinamento. Poiché il diritto, quale scelta valoriale a tutela della persona, deve significare certezza<sup>171</sup>.

Se il diritto, come mezzo di pace, si impone di garantire certezza, al contrario l'insicurezza è l'anticamera della violenza. Essa risveglia l'irrazionalità della speranza e del suo risvolto di disperazione, della forza come mezzo di sopravvivenza: essa annulla la soggettività e rigetta l'uomo nell'indifferenziazione.

Nella profonda crisi di inizio Novecento che ha falciato le nazioni europee, fu proprio una trasformazione sociale in senso industriale a imporre l'introduzione di nuovi diritti che garantissero le condizioni minime di dignità sociale, accanto a quelli storicamente legati all'esperienza liberale. Fu, invece, la resistenza ideologica di una classe, arroccata in posizione difensiva e terrorizzata da una evoluzione che non la vedeva più come protagonista, a ritardare quell'affermazione e a produrre la spirale di irrazionalismo che sfociò negli autoritarismi più o meno accentuati sviluppatisi in ciascun paese europeo. Su ciò vanno dissipati tutti i dubbi, poiché anche in quei paesi, in cui non si affermò un dichiarato sistema autoritario o totalitario, tuttavia le tesi (pseudo)scientifiche sulla razza e un mistificato darwinismo sociale venivano poste a giustificazione di un sistema giuridico ugualmente discriminatorio.

Il diritto implica sempre una scelta valoriale, che invece manca per definizione nei risultati della scienza: non importa quale tesi scientifica si prenda a punto di riferimento di una dottrina giuridica, su di essa si innesterà sempre una scelta di valore volta ad inserire quella teoria sulla natura fenomenica nel mondo dei fini ad essa estranei. D'altro canto non sarebbe certo sconvolgente sostenere oggi che sul piano genetico ogni essere umano sia unico e diverso e tuttavia l'innesto di un criterio gerarchico in queste diversità è sempre di carattere valoriale. La scelta tra principio di uguaglianza e disuguaglianza, tra strutture sociali che mirano a garantire la stessa dignità e quelle che discriminano in funzione emarginante, resta comunque

---

170 Art. 2 della Costituzione italiana: «*La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.*»

171 ELIGIO RESTA, *La certezza e la speranza. Saggio su diritto e violenza*, Bari 2006, 79ss.

una scelta di valore. Sul piano normativo, si tratta sempre di perseguire un fine di carattere politico.

## ***2. Soggettivismo punitivo: una definizione***

Il soggettivismo punitivo, quale portato giuspenalistico della concezione reificata dell'uomo, indica la persecuzione e repressione di quei soggetti considerati disfunzionali al corpo sociale. In quel meccanismo di risposta irrazionale all'insicurezza, tali categorie di soggetti sono identificate e trattate come fonte di pericolo: esse sono dunque strumentalizzate, ossia trattate come mezzi, per l'affermazione della sicurezza collettiva.

Il nucleo del soggettivismo punitivo consiste, dunque, nella discriminazione di categorie di soggetti a seguito della loro reificazione: da ciò consegue che sul piano della pena si affermi il paradigma neutralizzante, sia sotto forma di interventi trattamentali disumanizzanti e manipolativi della personalità, sia del più classico meccanismo di esclusione. È solo questione di tempo che l'esclusione diventi infine eliminazione, poiché la differenza tra l'una e l'altra si pone solo in termini quantitativi ma non qualitativi: lo stesso scopo, se ammesso, può parimenti giustificare entrambe, cosicché il passaggio dall'una all'altra si produce naturalmente per fasi susseguenti a seconda del grado di resistenza che il senso di umanità, consumato lentamente dall'irrazionalità reificante, è in grado di opporvi.

Il soggettivismo punitivo è, dunque, quella dottrina di diritto penale che punisce in base a criteri discriminatori, volti a negare la soggettività del reo. Pertanto essa può condurre ugualmente a forme di responsabilità oggettiva, così come a forme di tipo di autore: in entrambi i casi, infatti, il fondamento punitivo si rinviene in una reificazione dell'uomo. Il reo in queste ipotesi non è punito per il cosciente danno sociale provocato, come azione sostenuta da una scelta individuale, ma perché in un sistema ipostatizzato di valori, egli è disfunzionale. Questo dato accomuna le ipotesi di responsabilità oggettiva e la dottrina dei tipi di autore, perché in entrambi i casi si elimina dal contesto sociale un elemento disturbatore disfunzionale, in funzione di una istanza di difesa sociale; in entrambi i casi, tale operazione è condotta partendo dal presupposto della negazione della soggettività individuale<sup>172</sup>.

---

<sup>172</sup> Questa lettura si pone in alternativa rispetto alla definizione di oggettivismo e soggettivismo che si è soliti proporre in dottrina: Cfr. nota 135. Tuttavia, la lettura teleologica sulla base del

Potrebbe ciò sembrare paradossale per quelle dottrine normative di tipo di autore che si concretano in forme di *Gesinnungstrafrecht* e *Willenstrafrecht*<sup>173</sup>. E tuttavia va rammentato che, al di là degli intenti legittimanti dichiarati, quella che viene detta volontà o convinzione interna non rappresenta lo spirito, l'anima o la malvagità interna dell'individuo, che resta e non può che restare sempre inaccessibile, bensì la sua disfunzionalità rispetto ad una irrazionalistica istanza di difesa sociale. Lo stesso può dirsi per le ipotesi di responsabilità oggettiva, ove la negazione della soggettività è persino più evidente: in questi casi, il reo è inquadrato come mero nesso causale rispetto ad un fatto che turba la suscettibilità collettiva, ma in assenza di alcun tipo di supporto volontaristico<sup>174</sup>. In ultimo, per le ipotesi rientranti nelle dottrine del tipo di autore di carattere criminologico, anche in questo caso ritroviamo il medesimo meccanismo di reificazione, in quanto il reo è negato nella sua irripetibile dimensione individuale, nella sua specificità, e viene stigmatizzato in quanto corrispondente ad un tipo, naturalisticamente inteso<sup>175</sup>: anche in questo caso dunque egli è trattato come oggetto, che, in quanto appartenente ad una determinata categoria criminologica, viene confuso in essa.

Questo tipo di aberrazione disumanizzante non sembra caratteristica di un determinato periodo storico, essendosi riproposta in molteplici contesti, sia temporali che geografici. Essa infatti presuppone un determinato tipo di rapporto tra individuo e società, indipendente dalle sovrastrutture politiche, economiche e giuridiche. È l'uomo nella sua duplice natura di tutto e parte il punto comune a tutte queste manifestazioni. Nonostante non sia possibile ripercorrere ciascuna di esse, tuttavia, si

---

fondamento filosofico pratico e teoretico dimostra che non esiste una corrispondenza biunivoca tra dottrina dei tipi di autore e negazione della soggettività: nonostante la prima sia sicuramente una manifestazione dell'ultima, la categoria del soggettivismo punitivo si presenta più ampia, poiché il relativo fondamento, la reificazione dell'uomo, non è esclusiva di quella dottrina. Ciò rappresenta il nucleo fondamentale del presente lavoro di indagine, in quanto vedremo che la reificazione si riproduce in vastissimi ambiti dell'intervento punitivo contemporaneo, nonostante essi non possano a tutto titolo farsi rientrare in una dottrina dei tipi di autore.

173 *Infra*, *La dottrina dei tipi di autore nel diritto penale nazionalsocialista*.

174 Per uno studio sulle manifestazioni più evidenti della responsabilità oggettiva nel sistema penale italiano, Cfr. SERGIO MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 141ss.

175 Questa è la posizione che si riconosce alla Scuola Positiva italiana, ma che caratterizza anche la dottrina tedesca del positivismo naturalistico della Scuola Moderna: solo che, mentre la dottrina tedesca, che con Franz von Liszt sviluppò la corrente teleologica delle scienze penali integrate, manteneva salda la distinzione tra politica criminale, criminologia e diritto penale in funzione liberale, quella italiana distruggeva quest'ultimo annullandolo nelle scienze sociali. In tal senso, vd, F. GRAMATICA, *Principi di difesa sociale*, cit. Per una ricostruzione sul paradigma della pericolosità sociale quale fondamento della responsabilità penale, si veda anche BIAGIO PETROCELLI, *La pericolosità criminale e la sua posizione giuridica*, Padova 1940.

intende presentare una breve mostra della sorprendente prossimità delle idolatrie che si sono presentate in tutto l'arco della storia, con le stesse idee, gli stessi rituali, gli stessi miti che di epoca in epoca, addirittura con la medesima nomenclatura hanno dato prova di porsi nell'anticamera delle distruzioni di massa. E in ciascuna di esse, con maggiore o minore grado di complessità e di efficienza si è ogni volta riproposto un sistema penale caratterizzato da soggettivismo punitivo.

A conferma dell'assenza di una evoluzione lineare e di una idea di progresso nella storia, è possibile individuare a titolo meramente esemplificativo tre concezioni lontanissime tra loro e tuttavia unite dal processo di reificazione dell'uomo e del conseguente soggettivismo punitivo. Si accennerà molto brevemente, in particolare, alla concezione animista tribale e alla concezione teocratica del diritto penale in Carpzov. Infine, ci concentreremo ampiamente sulle dottrine del diritto penale d'autore e sulle forme aberranti di imputazione che hanno caratterizzato il sistema penale tedesco durante il nazionalsocialismo e in parte lo Stato Etico nel fascismo italiano.

### ***3. L'animismo come forma tribale di soggettivismo punitivo***

Il mondo arcaico delle società protostoriche è normalmente caratterizzato da primitivismo nella concezione del mondo e dell'uomo in esso (come abbiamo visto queste due concezioni sono inscindibilmente legate tra loro). Preliminarmente è necessario chiarire che il termine primitivismo<sup>176</sup> non indica una categoria di carattere cronologico, bensì culturale: essa rimanda, precisamente, ai caratteri di una concezione reificata dell'uomo, non vincolata ad un preciso periodo storico, potendo presentarsi anche in epoca contemporanea<sup>177</sup>. Abbiamo tuttavia preferito quest'ultima dicitura affinché risaltasse già in prima battuta l'elemento caratterizzante di quel contesto culturale, altrimenti definito primitivo, che risulta più incisivo sul diritto

---

176 LUCIEN LÉVY-BRUHL, *La mentalità primitiva*, traduzione di Carlo Cignetti (titolo originale *La mentalité primitive*, Paris 1922) Torino 1966: secondo l'autore le società arcaiche partecipano della natura immedesimandosi in essa e non percependo l'individualità. Egli definisce questo stato mentale come prelogismo. Tuttavia, una simile ricostruzione tende a cadere in quell'errore tipico dell'evoluzionismo alle prime armi, per cui i popoli primitivi presenterebbero delle strutture mentali diverse da quelle moderne. Correttamente, invece, il primitivismo e l'animismo vanno intese come manifestazioni culturali, legate ad un elemento intrinseco alla natura umana, unione di spirito e mente. In questo secondo senso, ANTOINE FRATINI, *Per una cultura dell'anima*, in *La religione del dio Economia*, Crotone 2009.

177 In questo senso, CLAUDE LÉVI-STRAUSS, *Il pensiero selvaggio*, traduzione di Paolo Caruso (titolo originale *Le Pensée sauvage*, Paris 1962) Milano 2010, 48ss.

penale. Il primitivismo si considera, in effetti, caratterizzato da due elementi: il primo, che riguarda la concezione della natura, consiste nel mancato riconoscimento di un rapporto di causalità nella produzione dei fenomeni, essendo questi intesi come prodotto di forze sconosciute che operano attraverso la natura. Il secondo elemento, che invece concerne la concezione dell'uomo, consiste nel mancato riconoscimento dell'Ego, quale sfera di soggettività individuale: nelle società primitive sussiste una indifferenziazione tra individuo e corpo sociale e naturale, del quale si sostiene una concezione sostantivizzata. L'uomo rappresenterebbe parte di un insieme non differenziato con tutti gli altri membri della società, tale da formare una totalità con il mondo naturale.

L'animismo è quella forma di cultura secondo la quale esisterebbero degli spiriti immateriali che muovono gli oggetti materiali e naturali del mondo organico e inorganico in modo intenzionale, essendo dotati di una volontà propria indipendente da quella degli uomini. Gli esseri umani, come tutte le altre forme di esistenza, sarebbero dunque soggetti all'intervento di forze oscure invisibili, che svelano la propria volontà attraverso gli eventi naturali. Al fine di mantenere benigni questi spiriti che agiscono nella e attraverso la natura, così che non manifestino la propria ira nei confronti degli uomini, sarebbe necessario mantenere l'equilibrio naturale tra tutte le forze, punendo severamente chi lo abbia turbato. Tale concezione sarebbe all'origine di un sistema di divieti sacri, chiamati tabù, volto a mantenere tale equilibrio: essi rappresentano il primo nucleo essenziale del sistema penale<sup>178</sup>.

Il tabù, quale divieto sacro, esprime il segreto rapporto tra tutte le cose e la loro dipendenza da forze superiori. Pertanto alla loro violazione consegue una pena il cui scopo è quello di riparare l'equilibrio turbato, in funzione esclusivamente della tutela della comunità. In questa concezione completamente ipostatizzata della natura la responsabilità non ha carattere personale, poiché il concetto di individuo è assente: da ciò derivano forme aberranti di imputazione corrispondenti alla responsabilità oggettiva. Infatti, secondo la mentalità primitiva, esisterebbe una intenzionalità nella natura, che sarebbe capace di determinare il comportamento umano: in questo caso, se pur un fatto umano non fosse intenzionale, ciò dimostrerebbe solo che il reo

---

178 EDWARD BURNETT TYLOR, *Alle origini della cultura*, Vol IV. *Animismo* (titolo originale *Primitive Culture*, London 1920, 417ss.) Pisa 2000.

incosciente è stato agito da forze maligne, delle quali egli è stato strumento. Ma ciò renderebbe ancora più urgente l'intervento per ristabilire la benevolenza degli spiriti attraverso la punizione. È per questa ragione che il soggetto è chiamato a rispondere non solo per ciò che fa, ma anche per quello che egli è o che gli capita: sarebbero, infatti, da imputare alla sua essenza le eventuali conseguenze nocive per la società, essendosi rivelata attraverso di lui la volontà benigna o maligna degli spiriti. Pertanto egli è male in sé o strumento del male: in entrambi i casi, risulterà necessario reagire contro di lui per ristabilire la benevolenza della natura. La completa mancanza di una soggettivizzazione dell'uomo, inserito nella natura come totalità, è d'altra parte la ragione per la quale un evento può essere imputato anche a cose o animali.

Una interpretazione dell'animismo collega questo tipo di concezione proprio a quel sentimento di paura ed incertezza, di cui abbiamo riferito come causa dell'irrazionalismo, dinanzi all'inspiegabilità dei fenomeni naturali. Ciò sarebbe all'origine della loro riconduzione ad una origine mistica. Per quanto questa tesi possa in effetti descrivere una effettiva condizione delle società protostoriche, tuttavia non ci sembra di poter condividere la collocazione della mera paura dell'ignoto all'origine di una concezione reificata dell'uomo, che ignoto dopo tutto non è. Più plausibilmente è nella fragilità stessa delle comunità tribali, nelle loro difficili condizioni di sopravvivenza, che richiedevano una collaborazione intima di tutto il corpo sociale, che possiamo rinvenire un motivo più pertinente per la reificazione dell'uomo a favore dell'organo sociale. In ogni caso, non vi è dubbio che il primitivismo della concezione animista della natura abbia prodotto il primo sistema penale di carattere soggettivista.

#### ***4. La fondazione teocratica del diritto penale in Benedikt Carpozov***

Idolatria e soggettivismo punitivo si rinvengono, altresì, come caratteri distintivi in tutte le concezioni teocratiche del diritto penale, nelle quali il processo di ipostatizzazione può trovare il suo referente addirittura in un terribile essere perfetto e onnisciente. La funzionalizzazione del potere punitivo al soddisfacimento di istanze di ordine teologico-metafisico è quanto emerge nell'opera di uno dei giuristi più rappresentativi del Seicento tedesco, proprio per l'assoluta limpidezza dei presupposti fondativi di carattere teocratico che egli assegna al diritto: parliamo di

Benedikt Carpzov, in particolare della sua opera maestra *Practica nova imperialis Saxonica rerum criminalium*, del 1635. Questo instancabile giurista, forte di una esperienza quarantennale nelle aule dei tribunali e delle università, rappresenta l'esponente più appropriato di un potere autolegittimante che invoca l'autorità divina a sostegno della mannaia. Il fatto che sia riconosciuto come il fondatore della scienza giuridica tedesca<sup>179</sup> non lascia ben sperare sulla classe dei giuristi «con livrea di schiavi e maschera da cortigiani» (Carducci) posti al servizio del potere. Ciò, tanto più che egli si trovò a lavorare proprio quando il bandito Ugo Grozio trovava rifugio in Francia, ove scrisse il suo *De iure belli ac pacis*, di lì a poco messo all'indice<sup>180</sup>.

Nell'opera più rappresentativa del pensiero di Carpzov ai fini della esposizione del modello teocratico di diritto penale, egli introduce una concezione chiaramente sostanzialista e non formalista dell'esercizio della potestà punitiva, volta allo scopo primario della realizzazione attraverso coercizione di un progetto etico-religioso. A tal fine il diritto penale doveva funzionalizzarsi alla persecuzione e repressione di qualsiasi comportamento anche minimamente deviante rispetto a quel modello, che, a suo dire, trovava la sua fonte prima nelle sacre scritture. Dato che la legittimazione del potere terreno discende da quello divino, infatti, il diritto secolare si considera gerarchicamente subordinato al primo e le sacre scritture non solo dovevano porsi quale strumento interpretativo delle norme positive, bensì come fonte giuridica con immediata efficacia obbligatoria.

Nelle sue pagine emerge, pertanto, una netta equiparazione del delitto con il peccato e, specularmente, del peccato con il delitto. Ciò comportava che non solo il diritto secolare posto dai sovrani ricevesse per principio una legittimazione divina, ma anche che ciò che è peccato solo agli occhi di Dio, poiché si cela nell'intimità dell'anima e dei pensieri, dovesse trovare il giusto castigo anche in terra. Non vale per lui l'obiezione, che sarà posta dallo stesso Grozio, sull'imperscrutabilità dell'anima da parte dell'uomo, poiché quando il potere e lo Stato si presentano come rappresentanti terreni di un Dio onnisciente, la loro mano si presumerà guidata da

---

179 Lo riporta SERGIO MOCCIA, *Carpzov e Grozio. Dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*, Napoli 1988, 11, citando GERD KLEIHEYER, *Benedikt Carpzov, in Deutsche und europäische Juristen aus fünf Jahrhunderten*, a cura di G. Kleiheyer e J. Schröder, Heidelberg 1976, 52.

180 Vd. *Supra*, *Introduzione storico-metodologica*.

quello Spirito superiore e giusto che saprà indicare la strada per scrutare e discernere l'anima rea da quella benigna.

Due sistemi che sembrano perfettamente conseguenti rispetto alle premesse poste si delineano in questo scorcio di Seicento: la differenza è sempre sul piano fondativo, l'uno, quello groziano, che attribuisce centralità all'uomo, gli riconosce soggettività e lo considera fine rispetto al mezzo diritto, funzionalizzato al suo benessere. L'altro, che ipostatizza un'entità superiore dinanzi alla quale l'uomo è mero strumento, privo di soggettività, che deve cedere rispetto a quel progetto etico assolutizzante. Da questa sovrapposizione completa tra morale e diritto consegue la negazione di qualsiasi spazio di autodeterminazione dell'individuo: quando infatti una morale idolatrata si intende imporre attraverso un mezzo coercitivo, il diritto, in particolare penale, mira a condizionare fin nel più intimo la vita dei singoli, in conformità a principi etico-religiosi eterodeterminati. Anche qui, dunque, all'oggettivizzazione della verità innata iscritta nelle cose, si accompagna la soggettivizzazione del diritto penale e il suo fondamento discriminatorio.

Tale processo di ipostatizzazione con conseguente soggettivizzazione del diritto penale emerge in tutta chiarezza nella considerazione di Carpzov su quello che definiremmo soggetto passivo del reato: ogni reato, anche il più lieve, nella sua opera si configura come offesa diretta all'autorità divina, mentre l'uomo concretamente offeso o danneggiato dal reato è solo strumento attraverso cui si rivela questa offesa. L'uomo è dunque trattato come oggetto materiale, privo di soggettività, sia quando veste i panni del reo, come dimostrano le tante ipotesi di responsabilità oggettiva e di imputazioni aberranti, sia quando è vittima. Pertanto, e su questo punto Carpzov è inflessibile, non è mai possibile configurare una rinuncia alla potestà punitiva rimessa alla vittima o a ragioni di opportunità, poiché l'offesa a Dio non può essere altrimenti riparata che con il castigo e l'espiazione.

Sul piano della funzione della pena potrebbe sembrare, come ad alcuni<sup>181</sup>, che si tratti di una concezione retributiva. Tuttavia, portato dell'idea di retribuzione è la necessità di un giudizio di proporzionalità tra fatto e sanzione penale. Ciò restituirebbe un

---

181 Cfr. JOHANNES NAGLER, *Die Strafe. Eine juristisch-empirische Untersuchung*, Leipzig 1918, 252ss Eberhard Schmidt, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, Göttingen 1965, 157; THOMAS WÜRTEMBERGER, *Benedikt Carpzov*, in *Juristische Schulung* 1966, 346.

connotato oggettivistico al diritto penale che guarda alla gravità del fatto sorretto dalla volontà del soggetto per proporzionarvi una risposta sanzionatoria. Nella concezione di Carpzov, invece, la soggettività individuale è negata e il diritto penale persegue il solo obiettivo dell'obbedienza ai precetti teocratici. Pertanto, non interessa di quale natura e gravità sia il fatto, se sia sorretto da una volontà o sia meramente accidentale, poiché ogni forma di disobbedienza, concreta, presunta o astratta, è ugualmente offensiva dell'autorità divina e suscettibile di scatenare la sua ira<sup>182</sup>.

La pena non si fonda dunque su un criterio assoluto di giustizia: essa è costruita in funzione di uno scopo di neutralizzazione, che si persegue sia attraverso l'espiazione, volta a mortificare la personalità del singolo reo, sia con l'eliminazione fisica, analogamente a quanto avviene al corpo quando, laddove incurabile, si amputa di esso la parte malata. Quest'ultima metafora è significativa, poiché riporta alla mente la concezione organicistica hobbesiana dello Stato Leviatano, che annulla l'individuo nel tutto. La differenza è che la fondazione del diritto in quest'ultimo ha una natura tutta antropologica e non divina. Il risultato, tuttavia, è esattamente equivalente: la reificazione dell'uomo in funzione di un organo superiore ipostatizzato, di matrice divina in Carpzov, di matrice umana in Hobbes.

Questa forma di terrorismo sostenuta da Carpzov, che impone i più severi castighi per tutto ciò che potenzialmente mostra disobbedienza all'autorità, ha lo scopo di scongiurare che l'ira di Dio si abbatta sugli uomini. Pertanto da un lato si giustificano i più atroci supplizi, ma dall'altro, e cioè suol piano delle fattispecie, il sistema giuridico sprofonda in uno stato di completa incertezza: la concezione sostanzialista del diritto penale, che mira a realizzare un progetto di vita di matrice teocratica, non conosce, infatti, alcun limite di carattere formale. Il formalismo penale, insieme agli altri principi del garantismo, necessariamente richiede il riconoscimento, che qui manca, di un valore intrinseco all'individuo a tutela del quale è posta la legge. Invece, se l'individuo scompare come interesse e al suo posto prevale una divinità terribile e vendicativa, è del tutto irrilevante che un fatto o un atteggiamento siano previsti o no in una legge secolare, poiché è la legge divina, gerarchicamente superiore, a distinguere tra ciò che è reato, ovvero peccato, e ciò che

---

182 In questo senso S. MOCCIA, *Carpzov e Grozio*, cit, 27ss.

non lo è. Questo giustifica il pullulare di *crimina extraordinaria* (non previsti), *crimina excepta* (non suscettibili di prova) e *poenae extraordinariae* (non previste), pur di scongiurare l'ira dell'essere superiore. In questo sistema, il giudice, mano di Dio, diventa legge per se stesso<sup>183</sup>. Anche qui si riconoscono terrorismo e arbitrio, i due caratteri indicati da Cattaneo come essenziali a tutte le forme di dispotismo, a riconferma della correttezza della sua analisi.

L'opera di Carpzov fu destinata ad avere enorme risonanza pratica. Abbiamo sostenuto che la sua fondazione del diritto penale rientra in quello che è stato definito soggettivismo punitivo, il cui fondamento si rinviene in una concezione reificata dell'uomo in funzione di un interesse superiore ipostatizzato, in questo caso Dio. Se Carpzov può essere considerato un interprete più o meno felice di certe istanze del momento storico in cui agisce<sup>184</sup>, come dimostrerebbe la persistenza dell'influsso del suo contributo sul pensiero e la pratica giuridico-penale dell'epoca<sup>185</sup>, allora, al di là del giudizio che si possa esprimere sui suoi contenuti, è necessario domandarsi quale fosse questo contesto e in che modo abbia condizionato, non tanto Carpzov come singolo giurista, che poco avrebbe potuto altrimenti, bensì quell'intero corpo sociale che si è mostrato talmente permeabile a quelle idee disumanizzanti di reato e pena. Poiché in definitiva, mentre Carpzov, seppur *Kind seiner Zeit*<sup>186</sup>, il suo tempo lo ha già fatto e una condanna retroattiva non lo raggiungerebbe, quelle cause possono ripresentarsi e candidare un nuovo infelice interprete delle stesse.

Secondo la tesi sostenuta all'inizio di questa sezione, la concezione reificata dell'uomo trova la propria matrice in un concreto contesto sociale caratterizzato da un perdurante clima di insicurezza sulle più basilari esigenze di vita. Tale contesto sarebbe tale da imbrigliare la società in una spirale di angosce e paura tale da sfibrare la capacità di autodeterminazione individuale. Lo stimolo irrazionale alla conservazione sarebbe dunque all'origine di una risposta altrettanto irrazionale che termina nell'ipostatizzazione di un valore superiore quale via di salvezza.

---

183 MONTESQUIEU, *Esprit des Lois*, VI, Paris 1949, 82.

184 S. MOCCIA, *Carpzov e Grozio*, cit., 34.

185 La sua opera è stata riedita per ben 120 anni ed è stata utilizzata come manuale da tutti i penalisti dell'epoca.

186 J. NAGLER, *Die Strafe*, cit., 261.

L'epoca di Carpzov, che è la stessa di Grozio, è quella delle guerre di religione, dell'assestamento degli equilibri di potere in Europa, del declino del Sacro Romano Impero, accompagnati da una profonda devastazione del tessuto economico-sociale, che stremò le popolazioni di tutta Europa, con ripetute carestie ed epidemie che si diffondevano con grande virulenza. Non è certamente possibile approfondire le cause e le ricostruzioni di questo secolo problematico che è il Seicento. Tuttavia, resta fermo il giudizio unanime della storiografia che lo qualifica come epoca di crisi. Tale contesto certamente non può essere usato come scudo legittimante rispetto alle critiche mosse alla fondazione teocratica del diritto che emerge in Carpzov, ma dà conto di un clima di vuoto istituzionale e sociale, di profonda incertezza e disperazione, nel quale si preparò la reazione brutale del soggettivismo punitivo teocratico. Esso fu l'ora più buia che precedette l'alba dei Lumi.

### ***5. La dottrina dei tipi di autore nel diritto penale nazionalsocialista***

La concezione teocratica del diritto penale in Carpzov fu oggetto di una pesante critica da parte di uno dei penalisti tedeschi più importanti della prima metà del Novecento: Friedrich Schaffstein affermò rispetto ad essa che «mai dignità umana e personalità ebbero nel diritto penale tedesco una valutazione tanto bassa»<sup>187</sup>. Paradossalmente proprio questo autore, insieme a troppi altri giuristi, si rese protagonista della più funesta versione del soggettivismo punitivo della storia moderna: la personalità, di cui egli parla, in lui si declinò come dottrina dei tipi normativi di autore.

Le manifestazioni legislative e dogmatiche di diritto penale d'autore presentano una eterogeneità metodologica e concettuale tale da suggerire ad alcuni<sup>188</sup> di scomporre l'uniformità categoriale della dottrina in oggetto nelle sue molteplici versioni, presentandole così nel rispetto della loro intrinseca difformità, a differenza di quanto sostenuto, ad esempio, da Maurach<sup>189</sup>, che restituisce una categoria uniforme delle stesse. Secondo l'impostazione seguita in questa sezione, a ben vedere è possibile creare un ponte tra queste due forme di classificazione della dottrina o delle dottrine dei tipi di autore: il soggettivismo punitivo, con il suo fondamento metagiuridico

187 FRIEDRICH SCHAFFSTEIN, *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen*, Berlin 1930, 37.

188 V. G. MARTÍN, *El derecho penal de autor*, cit., 31.

189 REINHART MAURACH, *Derecho penal. Parte general*, Madrid 1954, 291ss.

nella concezione reificata dell'uomo, restituisce non solo l'unità ai fenomeni che si riconducono a tale concezione del diritto penale, bensì anche una delucidazione circa le ragioni che rendono estremamente elaborato, se non impossibile, rinvenire in esse una unità metodologica e concettuale. In quanto espressione più compiuta dell'irrazionalismo intuizionista dello scorso secolo, esse sono, infatti, strutturalmente sfuggenti a giudizi di sintesi concettuale e si dimostrano fallaci sul piano metodologico (laddove concetto e metodo necessitano di per sé di un fondamento logico-razionale). Ciò è sufficiente a dar conto del perché a *posteriori* non si riesca ad addivenire ad un consenso minimo in dottrina sul possibile contenuto di base comune a tutte le teorie. Pertanto, se un'unità la si vuole trovare al di là delle giustapposizioni, essa può individuarsi, a nostro avviso, nel fondamento metagiuridico che resta costante in tutte le sue manifestazioni, mentre le singole espressioni dottrinali vanno correttamente inquadrare nella loro specificità.

La dizione diritto penale d'autore rimanda ad una dicotomia tra responsabilità per il fatto e responsabilità per tipo di autore, che adotta quale criterio differenziale il fondamento della responsabilità penale<sup>190</sup>. In particolare, nel diritto penale del fatto, la responsabilità consegue alla effettiva e consapevole realizzazione di condotte, appunto i fatti, individuati in ragione della loro concreta capacità offensiva rispetto a beni giuridico-penali predeterminati. In questo sistema, il fondamento della responsabilità penale si trova nel concreto livello di dannosità sociale della condotta umana, ove per tale si debba intendere una azione sorretta da coscienza e volontà e pertanto colpevole. Rappresentandone il fondamento, il concreto danno sociale conseguente alla condotta rappresenta anche il criterio di commisurazione della risposta sanzionatoria di carattere penale.

Al contrario, nel diritto penale di autore la responsabilità penale consegue alla violazione di un dovere posto dall'autorità, che rivelerebbe un elemento immanente al modo di essere dell'autore, ossia la sua pericolosità sociale<sup>191</sup>. Questa pericolosità può essere intesa in senso naturalistico, dando origine alle teorie criminologiche del tipo di autore, o in senso valoriale, offrendo il passo alla sua versione normativa. In entrambi i casi, il fondamento della responsabilità penale si rinviene in questo

---

190 Si rimanda alla letteratura in nota 2.

191 Sulla pericolosità sociale, di nuovo, B. PETROCELLI, *La pericolosità criminale*, cit.

concetto di pericolosità sociale dell'autore, rivelata dalla disobbedienza ai precetti di carattere penale. Anche in questo caso, essendone il fondamento, la risposta sanzionatoria si individua nel tipo e si misura nella severità in funzione del carattere pericoloso dell'autore.

Questa costruzione speculare tra responsabilità per il fatto e responsabilità per autore lascia, nella semplicistica costruzione dicotomica, troppe specificità tra parentesi sia nella prima dottrina che nella seconda. L'enfasi posta sull'offensività e sul principio di materialità nella prima versione in effetti lascia tra parentesi e in secondo piano il ruolo pure svolto dagli elementi soggettivi della fattispecie e dagli aspetti normativi della colpevolezza altrettanto fondamentali per l'accertamento di una responsabilità penale in un sistema di diritto penale garantista. La differenza fondamentale tra questo sistema e quello d'autore non è, in sintesi, da rinvenire nella rilevanza più o meno accentuata degli elementi soggettivi, quanto piuttosto nel riconoscimento o meno di una soggettività autodeterminata all'essere umano.

Poiché quella che in questo luogo interessa studiare è la concezione del diritto penale d'autore, in ragione della sua asserita corrispondenza alle forme di soggettivismo punitivo, possiamo dunque a presentarne più approfonditamente i tratti essenziali e le singole manifestazioni.

Le manifestazioni delle dottrine dei tipi di autore possono essere classificate in base a due criteri, uno di carattere comparativo rispetto ad un diritto penale del fatto, l'altro, di carattere immanente, che concerne il tipo di pericolosità adottato quale fondamento della responsabilità penale.

Il primo criterio permette di costruire un percorso non soltanto logico ma anche cronologico di progressivo allontanamento dai principi del diritto penale del fatto, come si è effettivamente presentato nella storia del diritto penale tedesco a inizio Novecento. In base a tale criterio, sarebbe possibile distinguere tre diversi gradi di progressione, che corrispondono cronologicamente a tre diversi momenti storici, e che culminano in una dottrina pura del diritto penale d'autore, così come adottata in pieno regime nazionalsocialista.

Il primo stadio di progressione sarebbe da individuare in quelle dottrine che, nonostante fondino la responsabilità penale sul fatto di reato e sulla sua concreta

dannosità sociale, ad esso accompagnino una valutazione del concreto livello di pericolosità sociale dell'autore, intesa quale categoria naturalistica, ai fini della determinazione del tipo di pena e della sua commisurazione. In queste dottrine, dunque, il reato e la pena troverebbero rispettivamente due fondamenti distinti: il primo resterebbe vincolato al fatto e alla sua dannosità, la seconda sarebbe invece costruita funzionalmente in base al tipo di autore<sup>192</sup>.

La seconda fase di progressivo sviluppo di una forma di responsabilità penale per tipi di autore sarebbe, invece, da individuare in quelle dottrine che, pur continuando a richiedere una condotta esterna ai fini della configurazione della suddetta responsabilità, la inquadrano tra le categorie del reato soltanto in quanto indice, tra gli altri, della pericolosità soggettiva dell'autore, che qui già si configura come vero e proprio fondamento della stessa: si tratta della concezione sintomatica del (fatto di) reato<sup>193</sup>.

Il terzo e conclusivo grado di sviluppo sarebbe, in ultimo, da riconoscere in quelle dottrine che negano in principio la rilevanza del fatto e della sua concreta offensività ai fini della configurazione della responsabilità penale, che si intende, al contrario, fondata sulla volontà, sul convincimento interiore, sulla personalità dell'autore in quanto disobbediente, disfunzionale o deviante rispetto all'ordine morale impresso nell'ordinamento giuridico-penale<sup>194</sup>.

Il secondo criterio di classificazione tra le dottrine dei tipi di autore si basa sulla concezione stessa di pericolosità che si adotta a fondamento della responsabilità penale, a prescindere dalla sua collocazione all'interno della teoria generale del reato e del suo rapporto con i principi del diritto penale del fatto<sup>195</sup>. In base a tale criterio, è possibile distinguere due tipi di dottrine: da un lato, si collocano quelle che si fondano su una concezione naturalistica della teoria dei tipi di autore, la cui pericolosità emergerebbe come dato scientificamente fondato; dall'altro, si trovano quelle che invece ricorrono ad una configurazione etico-morale di pericolosità, intesa

---

192 *Infra*, par. 5.1

193 *Infra*, par. 5.2

194 *Infra*, par. 5.3

195 Per uno studio approfondito e insuperato si rimanda a A. A. CALVI, *Il tipo criminologico*, cit. 16ss.

come categoria prettamente giuridica. La prima dà luogo alla teoria criminologica del tipo di autore, mentre la seconda conduce alla versione normativa della stessa.

Le teorie criminologiche dei tipi di autore<sup>196</sup> si basano sull'assunto che il criminale, come oggetto di studio sul piano delle scienze sia naturali che sociali, presenterebbe dei caratteri, innati o acquisiti, che forgerebbero la sua naturale tendenza alla commissione di reati. Questa tendenza, che si vorrebbe scientificamente dimostrata in base a leggi probabilistiche, è ciò che definiscono come pericolosità sociale dell'autore. I diversi condizionamenti, dai biologici agli ambientali, combinati tra loro, fornirebbero un catalogo di autori in base a grado e tipo di pericolosità: così si presentano classificazioni in funzione della predisposizione più o meno accentuata alla futura commissione di un reato, oppure in base alla natura del fatto che il singolo soggetto ha commesso. Tali classificazioni assumono peso per la concreta risposta sanzionatoria che si collega all'accertamento della pericolosità sociale dell'autore. Tuttavia, tale risposta è in ogni caso letta alla luce della funzione di difesa sociale che si assegna alla pena: pertanto, anche laddove siano previsti interventi di carattere correttivo e trattamentale, essi, nelle concrete manifestazioni della teoria criminologica dei tipi di autore, risultano funzionalizzati all'interesse collettivo alla sicurezza, mentre non sono presi in considerazione quei profili emancipatori di una funzione special-preventiva risocializzante. In definitiva, la funzione della pena, che si riconosce in questi sistemi di soggettivismo punitivo, è sempre di carattere neutralizzante.

Nelle dottrine normative del tipo di autore, dal canto loro, la seppur minima garanzia di una indagine di carattere scientifico viene del tutto messa da parte<sup>197</sup>. In queste correnti, la pericolosità sociale dell'autore è intesa in termini prettamente etici, quale contrarietà dell'individuo alla concezione valoriale incarnata nello Stato e nella comunità. Nell'ottica della difesa della comunità, ipostatizzata quale struttura

---

196 Per l'analisi storica delle manifestazioni della teoria in esame sia in Italia che in Germania, vd. HANS GÖPPINGER, *Kriminologie*, München 1980, 439ss.

197 Questa estromissione della indagine empirica sul tipo di autore si deve alla lenta erosione di quel limite invalicabile tra politica criminale e diritto penale, o più esattamente tra essere e dover essere che si consumò durante il nazionalsocialismo. In particolare, la teoria della razza, ben accreditata dal darwinismo sociale, passando per il fenomenologismo e l'esistenzialismo conservatore si trasformò da categoria scientifica a natura ontica, essenza dell'autore. Quest'ultima definiva qualcosa di immutabile nella natura umana, che non andava ricercato nella fisiologia dell'autore, bensì nella sua dimensione interiore, di matrice valoriale. Si ritornerà sul punto *infra*, 5.3.a.

organica confluyente nello Stato e in particolare nelle istituzioni apicali di esso, la definizione di reato viene a coincidere con quella di violazione di un dovere di fedeltà verso la stessa. Un dovere, quest'ultimo, autoevidente che si trova già colto come verità tangibile nella saggezza dello spirito del popolo, che esiste quale realtà pregiuridica e che la norma può solo arrivare ad accarezzare, senza mai contemplarlo nella sua interezza. Il diritto penale viene dunque funzionalizzato ad un obiettivo di giustizia sostanziale, in spregio ad ogni garanzia di carattere formale, che meschinamente avvantaggerebbe il criminale, ostacolando i progetti di vita della società non corrotta. E tuttavia, ciò che si muove sotto la dizione di giustizia sostanziale, questa chimera assolutistica che pretende eliminare le disuguaglianze eliminando il disuguale, non è altro che una morale<sup>198</sup> collettiva coincidente con la legge del più forte.

Questo secondo criterio, che guarda alla natura della pericolosità posta a fondamento delle dottrine del tipo d'autore, è piuttosto interessante per due ordini di motivi: innanzitutto, in quanto esso si colloca nel cuore del dibattito o conflitto metodologico, svoltosi sia in Germania che in Italia a cavallo tra Otto e Novecento, tra un metodo naturalistico della scienza penale e un metodo normativista. In secondo luogo, poiché, nel dibattito sulla ricostruzione delle possibili responsabilità intellettuali da attribuire alla classe dei giuristi per la concreta evoluzione che ha condotto agli orrori del nazionalsocialismo e del fascismo, esso è idoneo a dimostrare che nessuna posizione dogmatica e metodologica può astrattamente rimanere impermeabile alle degenerazioni totalitarie e autoritarie, quando a cambiare è la concezione stessa dell'uomo che è a loro fondamento. Tutte le dottrine, normativiste, naturaliste o teleologiche, sono ugualmente manipolabili in senso autoritario, quando si perde il senso del valore intrinseco della persona.

Avendo già a suo tempo evidenziato le possibili critiche cui sono sottoponibili le dottrine emergenti nel corso dell'Ottocento e poi del Novecento, qui consta

---

198 È del tutto improprio il termine «morale» in questo caso, nonostante sia usato dagli autoritarismi per definire i principi della propria azione. Come già evidenziato, infatti, la morale necessità di una soggettività che invece è in principio negata nei contesti di soggettivismo punitivo, i quali, reificando l'uomo, trattandolo come oggetto, spostano la soggettività e la volontà su un ente ideale (Natura, Dio, Stato, Comunità, Nazione, Spread, Mercato), che tutto sommato non è mai esistito, e non esisterà mai, se non nell'uomo.

verificarne la concreta evoluzione in rapporto alle manifestazioni di soggettivismo punitivo dei sistemi autoritari.

Per quanto concerne l'Italia, in cui lo scontro tra scuola classica e scuola positiva è ormai dato per acquisito nelle sue linee fondamentali di sviluppo<sup>199</sup>, tra una concezione etica del diritto penale e una positivo-naturalista, finì per prevalere una terza corrente, quella del tecnicismo giuridico, che corrisponde al filone metodologico del positivismo normativista. Il ripudio di considerazioni etiche e metagiuridiche, in questa versione del positivismo, si traduceva in un atteggiamento apologetico rispetto all'autorità della legge, che al precetto kelseniano *Gesetz ist Gesetz*, per cui la legge non è né più né meno di quello che è, ossia un atto normativo adottato secondo le regole dell'ordinamento<sup>200</sup>, aggiungeva, paradossalmente, un contenuto di giustizia immanente: non solo la legge è, ma siccome è in quanto espressione della volontà dell'autorità, deve anche essere. La via, attraverso cui l'autoritarismo si infila in Italia nelle maglie del discorso giuridico, è quella del legalismo normativista.

Al contrario, in Germania, attraverso le correnti della *Interressenjurisprudenz* e del *Freirecht*, che concedevano entrambe al positivismo naturalista uno spazio preminente nella scienza giuridica, si arriva ad una visione sostanzialista della giustizia penale. È la *Weltanschauung* a rappresentare il parametro di riferimento per la definizione del reato. Per questo, quando i due regimi si trovarono alleati sullo stesso fronte di guerra e le collaborazioni in dottrina trovarono maggiori canali di comunicazione e confronto, i rappresentanti tedeschi poterono sostenere che, mentre in Italia il valore di riferimento del sistema giuridico, in ragione della centralità della legge quale strumento di potere, era uno Stato assolutizzante in cui si dissolveva la comunità, in Germania quest'ultima restava il perno fondamentale di ogni decisione e ad essa era funzionalizzata ogni manifestazione di esercizio del potere<sup>201</sup>.

199 E sul quale dunque non ci si sofferma, rimandando per una precisa e adeguata rimeditazione a M. SBRICCOLI, *Gli orientamenti dottrinali tra XIX e XX secolo*, in ID., *Storia del diritto penale*, cit., 725ss.; U. Spirito, *Storia del diritto penale italiano*, cit., 17ss.

200 ALESSANDRO BARATTA, *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale*, Milano 1966, 6ss.; H. KELSEN, *La dottrina pura*, cit., 66ss.

201 M. A. CATTANEO, *Terrorismo e arbitrio*, cit., 97; Questa opinione è espressa da Georg Dahm, *Nationalsozialistisches und faschistisches Strafrecht*, Berlin 1935, 7; ricostruisce i rapporti tra la dottrina italiana e quella tedesca del periodo in esame, ERNESTO DE CRISTOFARO, *Legalità e pericolosità. La penalistica nazifascista e la dialettica tra retribuzione e difesa dello Stato*, in *Quaderni fiorentini*, XXXVI 2007, 1031ss. e spec. 1070-71. La svolta sostanzialista, secondo

In realtà, questa duplice evoluzione, quella del normativismo tecnico-giuridico italiano e quella del diritto libero tedesco, evidenzia un elemento che è per lo più sfuggito alle indagini sulle responsabilità da attribuire alle dottrine di regime<sup>202</sup>. La caccia ai responsabili risulta nei suoi risultati inconcludente ed infruttuosa, in quanto è possibile dimostrare, sia in astratto che in concreto, la connivenza di ogni profilo metodologico ai dettami del regime. Né quella degenerazione del giusnaturalismo, con il suo portato etico, genuflesso sull'altare della comunità, né il legalismo positivista, con la sua apologetica nei confronti dell'autorità della legge, offrirono strumenti per ostacolare l'avanzata dell'irrazionalismo e di quel suo corollario penalistico di soggettivismo punitivo. In Italia, dove si sommavano considerazioni eticizzanti del reato a quelle pseudonaturaliste dello stesso, si giungeva ad un sistema di doppio binario tra colpevolezza e pericolosità, ma disseminando l'intero codice, sia nella parte generale che nella parte speciale, di forme di responsabilità oggettiva, di forme di imputazione aberranti, basate su finzioni giuridiche relativamente all'elemento soggettivo, e di fattispecie dall'indubbio carattere connotativo<sup>203</sup>. In Germania, si incedeva in tipizzazioni dichiaratamente costruite sul fondamento della pericolosità sociale, intesa sia naturalisticamente che normativamente, e si provvedeva a riscrivere con un solo inciso l'intero codice penale attraverso l'annullamento delle garanzie legate al principio di legalità e la corrispondente

---

parte della dottrina tedesca, sarebbe però già da retrodatare fino all'introduzione del concetto di bene giuridico da parte di Binbaum. Infatti, si sostiene che il passaggio dalla lesione di un diritto soggettivo all'offesa di un bene giuridico rappresenterebbe la sostituzione di un concetto di valore intrinsecamente legato al soggetto e dunque inviolabile a quello di una utilità, il bene, che diventa interscambiabile: ciò avrebbe comportato la traduzione dei diritti dell'uomo in beni scambiabili. Pur prescindendo dall'indagine sulla validità della tesi, va comunque evidenziato che gli Autori ripercorrono un argomento che conferma il fondamento nella reificazione dell'uomo quale causa del soggettivismo punitivo: infatti se la dottrina del bene giuridico rende scambiabili e non più universali gli oggetti di tutela, in quanto essi non corrispondono più ai diritti dell'uomo, ciò che in realtà avviene è che si passa da una fondazione filosofica che ha una pretesa di universalità verso tutti gli esseri umani in quanto riconosciuti nella loro soggettività, ad una fondazione oggettivizzata dell'uomo, reificata, in cui le sue esigenze basilari di vita vengono misurate sul parametro dell'utilità alla base dello scambio. Un argomento di opportunità politica, quella Ragion di Stato, che oggi si identifica con la monetarizzazione, con l'idea economica che misura le relazioni intersoggettive, riducendo l'uomo ad un complesso di utilità. Vedi WOLFGANG NAUCKE, *Der materielle Verbrechenbegriff im 19. Jahrhundert*, in AA.VV., *Naturrecht und Rechtsphilosophie in der Neuzeit*, a cura di Klippel, Goldbach 1997, 279ss.; K. AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, cit., 12 e 72.

202 Rimandiamo ancora qui alle indagini di Baratta e Cattaneo che si muovono su posizioni speculari: M. A. CATTANEO, *Terrorismo e arbitrio*, cit., 205 e 216ss. A. BARATTA, *Positivismo giuridico*, cit., 48ss.

203 È, ad es., una ipotesi di *fictio juris* nella parte generale del codice penale italiano, la disciplina in tema di imputabilità per ubriachezza volontaria e abituale (artt. 92 e 94 c.p.), così come nella parte speciale quella in tema di reati preterintenzionali.

attribuzione al sano sentimento del popolo e al *Führerprinzip* della natura di fonte diretta di criminalizzazione.

Il risultato raggiunto, da un lato col ricorso strategico all'autorità della legge in pieno spirito positivista, dall'altro attraverso l'opposto ricorso all'antiformalismo quale strumento di giustizia sostanziale, fu esattamente lo stesso: l'ipostatizzazione di una idea, lo Stato, il popolo, la comunità e il correlato annullamento dell'Io nel Noi.

L'origine degli orrori dell'autoritarismo deve, allora, ricercarsi in un luogo che non sia meramente quello delle esposizioni dogmatiche e metodologiche. Non è, infatti, sufficiente la mera ambiguità ideologica<sup>204</sup>, che intrinsecamente si vorrebbe riconoscere all'una o all'altra metodologia, a determinare un corso degli eventi in un senso o nell'altro. Così come la constatazione dell'ambiguità di una tesi non fornisce di per sé alcun criterio di legittimazione ad un metodo costruito in sua vece e ad essa specularmente. In fin dei conti, gli obiettivi di politica criminale, associati ad una visione del mondo in cui l'uomo perde valore in sé, riescono a manipolare (lo vedremo dettagliatamente nel prosieguo) ogni categoria e istituto giuridico, in qualsiasi modo essi vengano astrattamente costruiti. Il diritto è, in effetti, solo un mezzo: quando intendiamo porre in discussione la questione circa i suoi fini costitutivi, dobbiamo necessariamente ricorrere ad un argomento di carattere valoriale e dunque politico. Se una resistenza la si vuole opporre alle concezioni reificanti dell'essere umano, è su questo piano che essa dovrà costruirsi: quello di una meta-narrazione<sup>205</sup> che dinanzi all'irrinunciabilità del valore primario della persona sappia imporsi alla degenerazione autoritaria.

### **5.1. Il primo grado di progressione verso un diritto penale d'autore**

In base al primo criterio indicato per la ricostruzione delle dottrine del diritto penale d'autore, sarebbe possibile individuare un progressivo allontanamento dal sistema del diritto penale del fatto verso un paradigma di soggettivismo punitivo, sia sul piano logico che cronologico.

Il primo stadio di approssimazione, sarebbe da individuare in quelle dottrine che ricollegano la teoria criminologica dei tipi di autore alla determinazione del tipo e

204 A. BARATTA, *Positivismismo giuridico*, cit., 6ss.

205 JEAN FRANÇOIS LYOTARD, *La condizione postmoderna: rapporto sul sapere*, Milano 1981, in particolare cap. 8, *La funzione narrativa e la legittimazione del sapere*.

della misura della pena. Potrebbe rientrare in questo paradigma, nell'ambito della dottrina tedesca di inizio Novecento, la *Gesamte Strafrechtswissenschaft* di Franz von Liszt<sup>206</sup>.

Come già evidenziato, von Liszt rappresentava il caposcuola di una di quelle due correnti protagoniste del cd. conflitto tra scuole che vedeva confrontarsi da un lato la scuola Classica, facente capo, tra gli altri, a Binding, e dall'altro la sua scuola Moderna<sup>207</sup>. La prima, rientrando nella corrente del formalismo giuridico, concepiva la pena quale retribuzione per il reato commesso, individuando un rapporto di proporzionalità tra la gravità del reato e la risposta sanzionatoria, la quale, in virtù del criterio di commisurazione, doveva essere uguale a parità di fatto commesso. Sul piano metodologico, dunque, si adottava un metodo logico-razionale di carattere deduttivo e astratto, che si colloca nel contesto del positivismo normativo.

Sull'opposto fronte, si pone invece la Scuola Moderna di von Liszt, la quale, pur riconoscendo la responsabilità penale quale risposta a un fatto di reato in ragione della sua dannosità sociale, accompagnava ad esso una considerazione di carattere sociologico sulla funzione della pena. Pertanto, mentre l'intervento penale continuava a fondarsi sul fatto, la pena si declinava in termini special-preventivi, quale forma di correzione o neutralizzazione del reo, a seconda dei suoi caratteri tipologici, riconosciuti attraverso un metodo sperimentale, induttivo e concreto, tipico del positivismo naturalistico.

In questa prima versione della teoria del tipo di autore, l'opposizione tra le correnti formaliste e materialiste del diritto penale non sembra così radicale: in entrambi i casi, infatti, la responsabilità penale continua a rispondere ad un fatto per la sua dannosità sociale. Soltanto sul piano della pena il metodo positivista naturalistico di von Liszt sosteneva la necessità di guardare all'effettivo autore del reato, al fine di individuare la risposta sanzionatoria più adatta alle sue caratteristiche individuali e sociali. Questo assunto si sosteneva sulla piuttosto scontata assunzione per cui il diritto penale punisce un autore e non un fatto<sup>208</sup>. Dunque sarebbe sulla natura di

---

206 *Supra*, *Introduzione storico-metodologica*.

207 Per una breve ricognizione del conflitto tra scuole in Germania, vd. THOMAS VORMBAUM, *Storia moderna del diritto penale tedesco. Una introduzione*, traduzione di Giorgia Oss e Sara Porro, Padova 2013, 186ss.

208 R. MAURACH, *Derecho penal. Parte general*, 292.

questo autore, in considerazione del tasso di pericolosità sociale che gli si riconosce in base a indici e criteri di carattere scientifico (biologici, psicologici e sociologici), che andrebbe ripensata e misurata la risposta dell'ordinamento. In base a tale considerazione, von Liszt sostiene la necessità di introdurre *de lege ferenda* una tripartizione di carattere tipologico degli autori tra occasionali, correggibili e incorreggibili, assegnando a ciascuna di queste tipologie di autore un tipo di risposta sanzionatoria diversa, prevedendosi, nel caso di autori occasionali, una funzione della pena dal carattere meramente retributivo e, diremmo oggi, non desocializzante; per i correggibili una pena orientata alla funzione trattamentale e correttiva; per gli incorreggibili, una pena volta alla mera neutralizzazione.

Da questa considerazione, nonostante il punto comune di contatto tra la scuola classica e la scuola moderna sul piano della concezione oggettiva del reato, emerge il dato più rilevante per la successiva evoluzione della teoria dei tipi di autore: lo scopo del diritto penale, secondo la posizione espressa da von Liszt sin dal Programma di Marburgo, è quello di lottare contro il reato per proteggere la società mediante la protezione di beni giuridici. Se, infatti, sul piano del diritto positivo il diritto penale deve considerarsi quale *Magna Charta* del delinquente, su quello sociologico, invece, esso si configura quale fenomeno sociale, che orienta le opzioni politico-criminali verso di un intervento repressivo adeguatamente costruito in ragione della funzione preventiva assegnata alla pena. Al fine di scongiurare la commissione dei fatti di reato, che restano il fondamento della responsabilità punitiva, è necessario rivolgersi dunque all'approccio sociologico, cui spetta il compito di osservazione sistematica della popolazione per verificare con esattezza scientifica l'efficacia della pena rispetto a quel fine e predisporre in base ai suoi risultati leggi efficaci ed una esecuzione della pena adeguata alla pericolosità concreta di ciascuna classe di delinquenti, individuata in base alla composizione di criteri biologici psicologici e sociologici. Per combattere il reato, si sosteneva, bisogna conoscere il reato, ma conoscere il reato vuol dire conoscere il delinquente, quale prodotto necessitato della società che lo circonda, delle relazioni economiche e sociali che intrattiene e della specificità della sua individualità, che è in parte innata e in parte acquisita nel corso della vita. Pertanto, in una prospettiva dichiaratamente preventiva, per combattere il

reato è necessario intervenire concretamente incidendo sulle relazioni che si presentano nella realtà<sup>209</sup>.

Per questa considerazione delle relazioni socioeconomiche e ambientali in cui si trova immerso e condizionato l'autore, sia von Liszt in Germania che Ferri in Italia poterono ammantarsi del vessillo socialista e sostenere una evoluzione dello Stato in senso interventista. Tuttavia, così come la posizione di Binding e di molti dei suoi corrispondenti italiani rappresentava una pallida maschera del liberalismo, che di liberale aveva solo l'origine schiettamente borghese, così quegli autori, pur nella loro considerazione della condizione sociale in cui emergeva il reato, non avanzarono mai un piano di intervento sulle strutture sociali, bensì soltanto un programma che in fin dei conti schiacciava sul singolo autore le conseguenze per ciò che egli era o era diventato.

Nonostante il limite anzidetto, a von Liszt va il merito di aver impostato la questione dei reciproci rapporti tra politica criminale, diritto penale e criminologia, nel complesso di quella definita come scienza penale integrata. Ciononostante, la concezione che egli ne propose pagava il prezzo di un dualismo metodologico tra il diritto, quale scienza normativa, e politica criminale e criminologia, quali settori extra-giuridici, che non arrivarono mai ad integrarsi effettivamente, a causa del diverso paradigma scientifico alle quali queste ultime venivano ricondotte rispetto al diritto. Ma l'aver posto la questione delle relazioni reciproche tra questi campi del sapere indipendenti ed autonomi, avrebbe in seguito portato all'affermazione di principio per cui non solo il diritto penale debba porsi come limite invalicabile della politica criminale, ma che anche quest'ultima specularmente rappresenta un limite funzionale per ciò che legittimamente può farsi rientrare nel diritto penale. Un doppio limite garantista, dunque, da un lato attraverso la riaffermazione del formalismo del diritto penale, quale garanzia di certezza degli spazi di libertà individuali e sociali, e dall'altro attraverso il limite politico-criminale di carattere teleologico riconosciuto alla funzione della pena, attraverso cui non solo svolgere un'essenziale funzione di critica del diritto positivo, ma anche a monte filtrare sul se e il come dell'intervento normativo di carattere penale<sup>210</sup>.

---

209 F. V. LISZT, *Die Zukunft des Strafrechts* in ID., *Strarechtliche Vorträge*, cit., 3.

210 CLAUD ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, traduzione a cura di Sergio Moccia (titolo originale *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, Berlin 1973), Napoli 2001, 37ss; S.

Alla scienza penale integrata, Franz von Liszt assegnava tre funzioni: una pedagogica, una scientifica ed una di carattere politico. La prima funzione concerneva, a suo avviso, sia lo studio dogmatico del diritto penale, che richiede una formazione teorica di carattere logico-giuridico relativa agli istituti di carattere sia sostanziale che processuale, quale diritto positivo vigente; sia lo studio della criminalistica, che invece consisterebbe in una formazione teorico-pratica relativa alla determinazione della fattispecie applicabile per ciascun fatto. La funzione scientifica consisterebbe, invece, in uno studio descrittivo di reato e pena come fenomeni sociali condotto in base a parametri della legge di causalità: ad essa corrispondono gli studi criminologici e penologici. La terza funzione, quella politica, sarebbe svolta dalla politica criminale quale strumento di assistenza e guida al legislatore nella lotta alla delinquenza, attraverso la proposizione di principi *de lege ferenda* in base ai quali applicare e costruire la pena in funzione della protezione dell'ordinamento.

Ciò determina che la dogmatica e la politica criminale non solo si configurano come discipline separate, ma operano su piani qualitativamente distinti e incomunicabili tra loro. Secondo von Liszt, infatti, siccome il diritto positivo, oggetto della dogmatica, ha una natura normativa, mentre la politica criminale ha una natura extra-giuridica, al dogmatico non è permesso ricorrere a principi di politica criminale o ai risultati criminologici nell'indagine ermeneutica, che continua a mantenersi nel paradigma del formalismo giuridico di Binding, mentre la classificazione per tipi di autore produrrebbe conseguenze solo sul piano delle proposte *de lege ferenda* e non sarebbe in grado di influire sull'interpretazione delle fattispecie vigenti<sup>211</sup>.

Tale dualismo metodologico avrebbe avuto, nelle intenzioni di von Liszt, un doppio fondamento: sul piano politico, esso sarebbe risultato funzionale alla costruzione di uno Stato sociale di diritto, capace di intervenire efficacemente nella lotta al fenomeno criminale, ma nel rispetto delle garanzie liberali del formalismo, offerte attraverso lo strumento del principio di legalità. Sul piano scientifico, invece, tale impostazione si inseriva in un contesto culturale di ottimismo scientifico, fortemente condizionato dalle teorie sull'evoluzionismo, che, come evidenziato, termina

---

MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 22ss. e 26ss.

211 F. VON LISZT, *Kriminalpolitische Aufgaben*, in ID., *Strafrechtliche Vorträge*, I, cit., 293ss.

riconoscendo lo statuto scientifico al solo metodo delle scienze naturali. Di conseguenza, le ricerche sociologiche e antropologiche sulla natura del delinquente avrebbero assunto efficacia prevalentemente sul piano della determinazione del tipo di pena corrispondente al tipo di autore, mentre il fatto concreto sarebbe rimasto il vero e proprio oggetto del divieto penale, determinato secondo i criteri del diritto penale del fatto. Come efficacemente sintetizzato in dottrina<sup>212</sup>, il diritto penale, in von Liszt, ha la signoria sul se, mentre la politica criminale è la sovrana esclusiva del come della pena.

Le ragioni addotte da von Liszt a sostegno della separazione tra diritto penale e politica criminale si sarebbero tuttavia dimostrate fallaci, proprio grazie alle evoluzioni cui sarebbe stata sottoposta la sua concezione di una scienza penale integrata. Da un lato infatti la recente dottrina ha evidenziato il legame inscindibile tra dogmatica e politica criminale, laddove si riconosca che gli istituti di diritto positivo e in particolare le categorie del reato sono sempre volte, che lo si riconosca o no, alla realizzazione di una funzione politico-criminale<sup>213</sup>. Sarebbero in effetti i problemi politico-criminali a determinare il contenuto proprio della teoria generale del reato e pertanto questa non potrebbe essere letta separatamente dai primi, senza svuotarsi di quel suo contenuto: in questo senso, diventerebbe un mero susseguirsi di concetti sterili, incapaci di evoluzione e di confronto con quel mondo valoriale che è specifico del diritto, così come avvenuto nel concettualismo ottocentesco. Le opzioni di politica criminale in tal modo sarebbero volte a rappresentare il contenuto assiologico in base al quale sistematizzare, interpretare e risolvere gli eventuali conflitti emergenti nelle categorie del reato. Pertanto le scelte di carattere valoriale che si muovono nel contesto della politica criminale sarebbero, a differenza di quanto sostenuto da von Liszt, non solo idonee, ma anche necessarie per guidare l'operazione interpretativa sul contenuto del diritto positivo e la sua sistematizzazione, al fine di far emergere quelle aporie presenti nel diritto positivo rispetto alla sua funzione teleologica e la loro soluzione. E ciò nonostante dogmatica e politica criminale continuerebbero a restare autonome, nella loro natura di rispettivi limiti garantistici, per quanto reciprocamente interconnesse<sup>214</sup>.

---

212 C. ROXIN *Politica criminale*, cit, 25ss.

213 C. ROXIN *Ibidem*, 43ss.

214 HEINZ ZIPF, *Kriminalpolitik*, Heidelberg 1980, 7ss.

L'esigenza garantista, che aveva indotto von Liszt a sostenere la separazione di queste due aree della scienza penale in funzione del rispetto del principio di legalità, aveva sottovalutato l'origine valoriale di tutte le disposizioni del diritto, che in quanto tali possono manipolarsi al fine del perseguimento di qualsiasi obiettivo di carattere politico-criminale. Il metodo teleologico che sarà seguito in particolare da Roxin in poi avrà, invece, il merito di interrogarsi circa il fondamento politico-criminale delle norme, di scuoterle sin nelle fondamenta così da far cadere quel velo di legittimismo che si attribuisce alla disposizione in quanto tale: la funzione politico-criminale consente di fare emergere quelle aporie invisibili al discorso meramente concettualistico, rendendo così il sistema penale controllabile e correggibile.

Sul secondo aspetto, quello propriamente scientifico, von Liszt abbracciando una metodologia che riteneva incomunicabili i dati della scienza sociale al diritto, aveva creduto di incontrare una frontiera intrinseca tra questi due mondi. Così, quando egli sostenne una teoria criminologica dei tipi di autore, aveva inteso limitarla al solo ambito della individualizzazione della risposta punitiva, in funzione della pericolosità dell'autore. Ciò di cui forse non si avvide è che un diritto penale orientato in senso preventivo che intende lottare efficacemente contro il reato non arriva ad accontentarsi della mera constatazione empirica della maggiore pericolosità di un autore ai soli fini della determinazione della pena, ma finisce per assorbire quel concetto nel diritto positivo attraverso fattispecie penali che, a parità di fatto, dispongono una pena superiore al soggetto che secondo quegli indici appaia maggiormente pericoloso. Ma così facendo, la pericolosità entra nel piano valoriale, finendo per rappresentare la *ratio*, il fondamento della responsabilità penale all'origine della fattispecie, e così superando il sistema di diritto penale del fatto a favore di un paradigma soggettivistico.

## **5.2. La Concezione Sintomatica Del Reato**

Il secondo stadio di progressivo sviluppo delle dottrine del tipo d'autore, corrispondenti ad una fase più avanzata di allontanamento dal fondamento della responsabilità per il fatto, si individua nella concezione sintomatica del reato. Tale concezione nasce in Germania, ma trova accoglimento, seppur non nella sua piena

portata, anche oltre i suoi confini<sup>215</sup>. In questa dottrina, il fondamento della responsabilità penale è già pienamente individuato nella pericolosità sociale dell'autore, ma il fatto continua a costituire un indice o elemento necessario della fattispecie punitiva. Tale fatto di reato, tuttavia, non è valutato negativamente per la sua ripercussione nel mondo esterno, come offesa ad un bene giuridico meritevole di tutela, bensì perché sarebbe in grado di rivelare che il suo autore presenta una personalità deviante. Il fatto, pertanto, rappresenterebbe solo un sintomo della colpevolezza dell'autore nel suo senso di stato soggettivo antisociale o antisocialità. Da ciò deriva la preoccupazione per la personalità dell'autore quale essenza fondativa delle concezioni sintomatiche del reato: in definitiva, la punibilità continua ad avere come presupposto il fatto concreto, ma questo è letto solo quale elemento espressivo della personalità dell'autore.

Una prima versione della concezione sintomatica del reato è quella che introduce una responsabilità per il carattere all'interno della categoria della colpevolezza<sup>216</sup>. In tale concezione caratteriologica, il fatto di reato esprime il carattere o la personalità del delinquente, ma questa non è intesa come dato della natura bensì come risultato delle sue scelte individuali, L'autore è ritenuto responsabile e dunque rimproverabile della sua evoluzione e costruzione della sua personalità. La pericolosità sociale vincolata al carattere, in queste posizioni, non è intesa quale paradigma alternativo rispetto alla colpevolezza, bensì quale elemento della stessa, funzionale al giudizio di rimproverabilità. Ciò che si sostiene è che il soggetto, al quale non si nega la libertà morale, avrebbe potuto intervenire per forgiare il proprio carattere il senso socialmente adeguato, mentre invece ha lasciato prevalere i propri istinti, la propria indole viziosa, tanto da condurre la propria vita in modo deviante<sup>217</sup>.

Questi autori, che riducono la portata della considerazione del carattere e delle condotte di vita dell'autore al solo momento del giudizio di colpevolezza, intendono mantenere le garanzie liberali della responsabilità per il fatto a fondamento dell'intervento penale, ma inseriscono la concezione caratteriologica al momento

---

215 U. SPIRITO, *Storia del diritto penale italiano*, cit., 146ss.

216 Tra di essi Radbruch, E. Schmidt Kohlrausch e Grünhut: Cfr V. G. MARTÍN, *El derecho penal de autor*, cit., 103-104; C. ROXIN, *Derecho penal*, cit., parr. 6/5.

217 Si utilizza qui lo stesso stratagemma argomentativo già usato per la legittimazione dell'*actio libera in causa*, per la quale cfr. anche per la bibliografia di riferimento, il recente studio di ANTONIA MENGHINI, *Actio libera in causa*, Padova 2015.

della determinazione della pena<sup>218</sup>, in linea progressiva con quanto sostenuto da Franz von Liszt sulla pericolosità sociale dell'autore. Già qui, tuttavia, si palesa che l'inserimento in un contesto orientato al diritto penale del fatto di momenti contraddittoriamente ispirati al soggettivismo punitivo, quale la pericolosità sociale, consuma dall'interno le garanzie dell'oggettivismo, sistemando un passo alla volta al centro del sistema penale una categoria di soggetti ben determinati in funzione discriminatoria come oggetto di repressione. L'alternativa tra una responsabilità per ciò che si è ed una per ciò che si fa non può essere composta ad unità: ogni cedimento a favore della prima si riverbera, oscurandolo, sul fondamento oggettivo della responsabilità penale.

La prima versione compiuta della concezione sintomatica del reato si deve a Tesar in alcuni suoi contributi dei primi anni del Novecento<sup>219</sup>. Secondo questo autore, il reato potrebbe essere inquadrato in due prospettive o concezioni alternative: quella realistica, da un lato, e quella sintomatica, dall'altro.

Nella concezione realistica, il reato, quale fatto materiale, è configurato in termini di prodotto causale dell'autore nel mondo esteriore. L'autore, attraverso una azione naturalisticamente intesa, produrrebbe una lesione antiggiuridica, che si pone come conseguenza della interposizione di una causa da parte sua nel processo di determinazione di un evento.

Nella concezione sintomatica, invece, il reato adempie alla funzione di rivelare, di essere sintomo della colpevolezza penale dell'autore. Il reato, come processo esterno di carattere lesivo rispetto ad un bene, occuperebbe, dunque, un ruolo molto più secondario rispetto alla prima concezione, essendo inteso solo quale mezzo per riconoscere la colpevolezza dell'autore che è il vero fondamento della responsabilità penale.

---

218 Questo punto intermedio, che inserisce momenti chiaramente ispirati dalla pericolosità sociale all'interno di un sistema altrimenti oggettivo sembra essere la soluzione di compromesso adottata sia nel sistema penale italiano, sia nel sistema penale spagnolo. In entrambi, così come nella maggior parte dei sistemi penali contemporanei, infatti, entrano quei momenti problematici di previsione della condotta futura del reo, dove il fatto commesso è solo un indice, tra gli altri, del giudizio di pericolosità, e non il fondamento della responsabilità.

219 OTTOKAR TESAR, *Der symptomatische Verbrechensbegriff*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 29.1909, 82ss; Id., *Die symptomatische Bedeutung des verbrecherischen Verhalten*, Berlin 1907. Kollmann baserà a propria critica a Tesar su quest'ultima monografia, il quale gli risponderà con l'articolo citato.

Tesar sostiene questa seconda tesi, proponendola sotto la formulazione della c.d. teoria psicologica dell'oggettivizzazione della colpevolezza nel processo concreto di causazione dell'evento. L'oggettivizzazione della volontà nel processo causale si produrrebbe in quanto la volontà sarebbe da intendersi quale forza efficace, come *causa efficiens* che si oggettivizza nell'azione concreta.

Una ulteriore versione della concezione sintomatica la si ritrova in Kollmann<sup>220</sup>, il quale intende presentare una sintesi tra la concezione realista e quella sintomatica, ritenendo, in contrasto rispetto a Tesar, che le due posizioni non si escludono vicendevolmente.

A tal fine, innanzitutto egli rifiuta l'idea che il reato possa essere spiegato alternativamente solo a partire da una concezione realista o, viceversa, sintomatica. Posta tale premessa, sul piano metodologico, egli sostiene che non sia possibile dedurre la validità della concezione sintomatica soltanto dalla insostenibilità e insufficienza della versione realistica o causalistica, in quanto, come esplicitato, queste non sarebbero le uniche due possibili espressioni descrittive del reato. Non esisterebbe, dunque, una alternatività tra l'una e l'altra e, conseguentemente, una esclusione mutua, derivabile dalla inconsistenza o insufficienza dell'altra<sup>221</sup>.

Per tale ragione, a suo avviso, non solo quelle presentate da Tesar non sarebbero concezioni antagoniste, ma anzi esse sarebbero persino interconnesse: tutte le concezioni sintomatiche, infatti, devono partire dal concetto di processo esterno o azione che si rinviene nella versione realistica, mentre nella pratica tutte le concezioni realistiche sono anche sintomatiche, poiché sarebbe dato conoscere il contenuto della volontà del soggetto solo attraverso la concreta condotta tenuta quale processo esterno suscettibile di accertamento. Pertanto anche una concezione che si definisca realistica dovrebbe, in fin dei conti, riconoscere che il reato ha una funzione sintomatica rispetto alla volontà del soggetto e alla sua natura antisociale.

Inoltre, contro le critiche di Tesar alla concezione realistica, Kollmann sottolinea che, sul piano dell'argomentazione metodologica, quest'ultimo sia giunto al superamento della spiegazione causale del reato quale processo oggettivo non attraverso una

---

220 In particolare HORST KOLLMANN, *Der symptomatische Verbrechensbegriff*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 28.1908, 449ss.

221 H. KOLLMANN, *Der symptomatische*, cit., 452.

critica specifica al suo fondamento metagiuridico, ma solo mediante un'analisi critica delle sue concrete manifestazioni storiche, le quali di per sé non inficiano il nucleo costitutivo della tesi.

Pertanto, egli conclude che l'essenza del reato sarebbe da ricercare in un processo esterno che presenta un certo tipo di relazione con la personalità dell'autore<sup>222</sup>. La differenza tra una concezione realistica e quella sintomatica si troverebbe, dunque, solo nel modo di configurare questo tipo di relazione tra processo esterno e autore: un rapporto meramente causale oggettivo, nel primo caso, sintomatico della volontà deviante dell'autore nell'altro. Ciò premesso, se il reato può essere spiegato solo da una prospettiva sistematica, che parta dai dati della realtà, e dunque in una concezione complessiva sintomatico-realista, ciò che in realtà interessa stabilire è se questa prospettiva sulla personalità dell'autore debba essere qualificata come determinista o indeterminista e cioè se il soggetto è determinato dal proprio previo carattere o se la sua colpevolezza è conseguenza evitabile della sua evoluzione.

Alla luce delle tesi sostenute da Tesar e Kollmann, ma inserite più o meno coscientemente all'interno di una vasta letteratura, i comportamenti sussumibili nelle condotte tipificate nella fattispecie penale sarebbero da valutare come meri sintomi di una personalità deviata o antisociale: non il fatto in sé, in ragione della sua portata socialmente dannosa, bensì questa personalità rappresenterebbe l'autentico oggetto del castigo penale. Lo spostamento del fondamento punitivo dal fatto dannoso alla personalità deviata sembra, così, seguire un percorso consequenziale da quella prima affermazione secondo cui la pena in concreto non punisce il fatto, bensì il suo autore: osservazione di per sé innegabile, ma che nulla muove sul piano del fondamento della responsabilità penale, essendo questo di carattere valoriale. Questa diversa configurazione sembra invece ricollegarsi alla concezione prettamente naturalistica in cui sono collocate all'epoca la categoria della causalità e quella della colpevolezza e che esprime non solo una pretesa di carattere descrittivo, ma anche prescrittivo, deducendo dalle categorie dell'essere anche quelle del dover essere (fallacia naturalistica).

Come evidenziato da Kollmann, il reato in una prospettiva di scienze naturali può essere, da un lato, inteso come un processo esterno che si sviluppa come

<sup>222</sup> *Ibidem*, 463ss.

conseguenza delle leggi della causalità e in questo caso esso è inteso come fatto. Nella prospettiva psicologica, invece, il reato può essere considerato come un sintomo della personalità del delinquente e in questo caso esso esprime un contenuto di disvalore rispetto all'autore del fatto e non per il fatto in sé. Entrambe queste concezioni sarebbero, dunque, compatibili, in quanto affronterebbero il reato da prospettive scientifiche diverse, l'una causalistica, l'altra psicologica<sup>223</sup>.

Tuttavia, il problema fondativo della responsabilità punitiva, muovendosi sul diverso piano della prescrittività, impone la soluzione di una premessa di carattere normativo, che non può logicamente dedursi dalle categorie dell'essere. Dunque ciò che viene in discussione è il valore normativo della concezione sintomatica, che lascia aperta la questione del perché il criterio fondativo della responsabilità penale debba rinvenirsi nella personalità colpevole, deviante o antisociale del delinquente e non nella mera dannosità del fatto<sup>224</sup>.

Questa costruzione, ammantata di scientismo, non fa che restituire una versione intermedia del soggettivismo punitivo, in cui ancora non si è perso del tutto il riferimento al fatto, ma dalla quale emerge già con tutta evidenza la portata dichiaratamente discriminatoria delle concezioni reificate dell'uomo: essa, infatti, muove dalla premessa di un connotato strutturale della personalità del delinquente che la renderebbe scientificamente diversa e inconciliabile rispetto a quella del soggetto socialmente integrato. È per questa ragione che Kollmann conclude il proprio lavoro domandandosi circa la natura di questa formazione deviante della personalità: il suo interrogativo presuppone la falsa alternativa tra un delinquente malvagio in sé, innato, ed uno malvagio per autonoma scelta rispetto alle condotte che lo hanno determinato alla vita delinquenziale. In entrambi i casi, il punto comune resta che per il suo atteggiamento, volontà, carattere o modo d'essere, la personalità del criminale, emersa nella sua devianza attraverso quel sintomo costituito dal fatto di reato, vada neutralizzata.

Una posizione problematica all'interno del panorama giuspenalistico tedesco degli anni del nazionalsocialismo è quella di Hellmuth Mayer, il quale tuttavia sembra, in definitiva, aderire ad una concezione soggettivista del diritto penale, seppur di

---

<sup>223</sup> *Ibidem*, 464.

<sup>224</sup> In questo senso anche V. G. MARTÍN, *El derecho penal de autor*, cit., 111.

carattere intermedio. Anch'egli, infatti, sostiene che il reato abbia un contenuto oggettivo, consistente nella lesione del bene giuridico, ma tale aspetto, a suo avviso, andrebbe riletto quale elemento costitutivo di una più complessa concezione del reato: il fatto sarebbe anche per lui funzionale all'emersione del reale fondamento della responsabilità penale, da ricercare nella violazione di un dovere, una disobbedienza rispetto al principio di autorità impresso nella legge. Per Mayer, dunque, l'autentico fondamento della risposta penale sarebbe da rinvenire nella volontà dell'autore contraria al popolo<sup>225</sup>: nonostante ritenesse necessario, così come nelle teorie sintomatiche, un elemento oggettivo, quest'ultimo verrebbe a corrispondere ad un atto di violazione del dovere di fedeltà al popolo («*Verletzung der völkischen Treupflicht*»). Un elemento oggettivo che sembra assumere, dunque, una funzione meramente probatoria rispetto all'unico elemento costitutivo e fondativo dell'illecito: l'atteggiamento di contrarietà ai valori della comunità.

### **5.3. Il terzo e ultimo grado di sviluppo della dottrina dei tipi d'autore: il diritto penale nazionalsocialista**

Con l'ascesa al potere del nazionalsocialismo, si giunge al parossismo delle dottrine dei tipi d'autore nel diritto penale tedesco. Essa non si configura più soltanto come una teoria di carattere criminologico, così come in Franz von Liszt e nella concezione sintomatica, bensì assume carattere dichiaratamente normativo: si passa dalla osservazione, sul piano descrittivo, secondo cui il diritto penale non punisce fatti, bensì autori, volta a giustificare la necessità di studiare criminologicamente l'autore al fine di predisporre la risposta preventivo-repressiva maggiormente adeguata ai caratteri della sua personalità, alla presa di posizione, di carattere normativo, per cui il diritto penale *deve* punire l'autore, in quanto corrotto nella sua interiorità costitutivamente antisociale. In ciò si produce il pieno passaggio da un fondamento punitivo in base alla concreta offensività del fatto, a quello per la volontà o convinzione interiore antisociale del soggetto.

Tuttavia, va da subito evidenziato che le dottrine che pure aderirono in pieno ai dettami del nuovo regime<sup>226</sup> e che sostennero più compiutamente l'adesione al soggettivismo punitivo rappresentato dalla dottrina normativa dei tipi di autore, non negarono mai del tutto la sussistenza di una manifestazione esteriore, di un fatto e di

<sup>225</sup> Vd. HELLMUTH MAYER, *Der Verbrechensbegriff*, in *Deutsches Strafrecht*, 1938 p. 78.

<sup>226</sup> In particolare, cfr Schaffstein e Dahm, per i quali si rimanda a *infra*.

una offesa ad un bene giuridico a fondamento del reato. Ciononostante, la versione del tutto spiritualizzata che essi offrirono del concetto di bene giuridico, schiacciato sull'esigenza di una sicurezza non meglio definita e di una tutela di una comunità ipostatizzata, che nulla aveva a che vedere col fondamento liberale della dannosità sociale, mortificava del tutto la capacità di tutela di tali istituti dinanzi alla forza punitiva selvaggiamente esercitata dal regime. Ciò a riprova che la *Weltanschauung* che sottende a un sistema giuridico è sempre in grado di travolgere qualsiasi garanzia di tutela pur astrattamente riconosciuta e che il compito dello studioso di diritto penale, non invischiato nei pantani compromissori dell'esercizio del potere, non può accontentarsi dell'esegesi dogmatica, ma deve tendere costantemente verso una funzione critica che abbia come proprio perno fondamentale il valore della persona: la funzione dello studioso deve essere garantista<sup>227</sup>.

Ci sentiamo, infatti, di condividere quell'osservazione che riconosce solo in pochi dei penalisti del periodo nazionalsocialista quell'intima adesione del militante: agli altri è da attribuire, piuttosto, la strisciante accondiscendenza di una maggioranza silenziosa<sup>228</sup>. Questo silenzio, in diritto penale, in quanto concessione ad un potere che non conosce limiti, si traduce nel lento cedimento di quel baluardo che separa diritto e violenza<sup>229</sup>. Esso fu così lento e graduale che le dottrine del nazionalsocialismo e del fascismo hanno potuto porsi in perfetta continuità rispetto a una discussione scientifica che aveva già da tempo perso le proprie coordinate di guarentigie nei confronti del potere e che adesso vedeva in esso uno strumento al proprio servizio. Il silenzio è sempre una mano tesa alla violenza.

***a. Origine storica e politica del nazionalsocialismo, tra crisi economica e teoria della razza.***

L'elemento comune che permette una visione unitaria del diritto penale nazionalsocialista, come evidenziato, può rinvenirsi in quello che è stato definito soggettivismo punitivo, con il suo radicamento in una concezione reificata dell'uomo. A ben vedere, tutte le manifestazioni e le dottrine, che si sono mosse nella prospettiva di regime, hanno condiviso l'elemento fondativo della ipostatizzazione

227 EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *En torno a la cuestión penal*, Montevideo-Buenos Aires 2005. A. BARATTA, *Positivismo giuridico*, cit. 6; BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., 22.

228 Parla di «*mayoría silenciosa*» Muñoz Conde, *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo*, Valencia 2003, 72ss.

229 E. RESTA, *La certezza e la speranza*, cit., 62ss.

del corpo sociale in funzione neutralizzante dei membri devianti: che esse si esprimessero in termini di repressione della volontà o dell'atteggiamento interiore degenerato del delinquente, della violazione di un dovere di fedeltà alla comunità, o di pericolosità sociale del carattere, tutte muovevano da un supposto rinnovamento popolare del diritto (*völkische Rechtserneuerung*), che poggiava sugli stessi fondamenti ideologici e metodologici.

Si è sostenuto nelle pagine che precedono che una concezione reificata dell'uomo, quale prospettiva filosofica, gnoseologica e giuridica, postulando la rinuncia dell'uomo a se stesso, sarebbe inconcepibile e incomprensibile se non fosse letta nel contesto storico e culturale di un profondo disagio sociale ed esistenziale circa le più fondamentali esigenze di vita di un individuo nelle sue relazioni personali e sociali.

Questo panorama sembra corrispondere, in effetti, alla condizione spirituale della Germania che accolse la brutale ideologia reazionaria e aggressiva del nazionalsocialismo. A tale situazione spirituale contribuirono sia alcuni elementi strutturali alla condizione socio-economica e politica comune a tutte le democrazie europee dell'epoca, sia alcuni tratti specifici della storia tedesca, in una certa misura assimilabili anche al contesto italiano<sup>230</sup>.

In particolare, per quanto concerne gli elementi del primo tipo, le democrazie liberal-borghesi legate agli sviluppi del capitalismo monopolistico subivano ovunque i colpi dell'avanzata delle pretese socialiste del movimento operaio, senza riuscire tuttavia né a sedare le rivolte, né tantomeno ad assorbire quelle istanze nei processi politici. D'altro canto, l'economia capitalista subiva la più grande crisi mai conosciuta fino ai giorni nostri, passata alla storia come Grande Depressione del 1929, che ridusse gli Stati, già economicamente prostrati dagli esiti della prima guerra mondiale, ad una condizione di dilagante miseria.

---

230 Si fa riferimento, in particolare, al ritardo di Germania e Italia nel processo di unificazione nazionale: mentre gli altri grandi stati-nazione europei erano già saldi nella loro struttura statale, che si era formata in quell'*humus* culturale del giusnaturalismo, nel quale convivevano interessi liberali e sociali, questi erano emersi quando già l'Illuminismo aveva visto il tramonto, lasciando il passo alla Restaurazione. Quest'atto di nascita di tendenza marcatamente conservatrice farà sì che le aspirazioni nazionaliste in questi paesi si sposino immediatamente con le confusioni reazionarie e le forme di Stato autoritarie, senza mai passare per le spinte progressiste e democratiche delle rivoluzioni borghesi.

Questa situazione, comune a tutti gli Stati nazionali, assumeva note particolari in Germania. Infatti, essendo uscita sconfitta dalla prima guerra mondiale, la neonata Repubblica di Weimar doveva affrontare una seria offensiva su due fronti, quello della politica interna e quello della politica estera. Sul piano dei rapporti internazionali, infatti, la Germania era stata sottoposta alle pesanti condizioni della pace di Versailles, un trattato stilato dai soli alleati, senza consultazione degli sconfitti e che le imponeva una serie di condizioni economiche, militari e territoriali non soltanto insostenibili, ma anche profondamente umilianti. Per quanto riguarda le condizioni economiche, esse moltiplicarono gli effetti già di per sé catastrofici della crisi del '29, dinanzi ai quali la politica compromissoria della Repubblica non si mostrò mai in grado di intervenire, passando dall'iperinflazione al feroce taglio alla spesa pubblica, con una disoccupazione che nel frattempo arrivava al 40%. Nel trattato si prevedeva, però, anche l'obbligo per la Germania di riconoscersi come unica responsabile per il primo conflitto mondiale dinanzi a tutte le Nazioni alleate, con annesso atto d'accusa all'ex imperatore dinanzi un Tribunale internazionale che sarebbe stato costituito *ad hoc*. In un paese che presentava una tradizione identitaria nazionale relativamente giovane e fragile, tali condizioni ebbero effetti devastanti sulla situazione spirituale in Germania, tanto che, mentre ne fu osteggiata con estremo vigore l'accettazione, esse finirono per alimentare fino all'exasperazione quel sentimento nazionalista che qui era avvertito ancora con particolare urgenza.

Sul fronte interno, la prima guerra mondiale in Germania si era chiusa nel dilagare di proteste e tensioni sia tra i banchi dei soldati ammutinati al comando militare sia nel movimento operaio. Attorno a tali proteste si coagularono tutte le forze di rinnovamento in senso socialdemocratico, dando origine alla Rivoluzione di Novembre (1918-1919). La loro aspirazione alla formazione di uno Stato democratico parlamentare di orientamento socialista venne, tuttavia, frustrata dal concreto evolversi degli eventi nella Repubblica di Weimar. Nonostante si fosse ottenuta l'abdicazione formale dell'imperatore Guglielmo II e la proclamazione della Repubblica, questa presto si dimostrò guidata da e intrecciata ancora al regime dei Junker e all'alta borghesia, mentre gli ambienti legati all'impero non furono mai estromessi dalla *élite* al potere: questa contraddizione fondativa fu tanto più evidente quando si arrivò a soffocare nel sangue le ultime sollevazioni popolari (l'ultima fu la

*Spartakusaufstand*). Con il dilagante sentimento di indignazione e delusione nelle classi popolari che ne conseguì, la politica del compromesso e dell'affarismo, sotto la cui stella nacque la Repubblica, può considerarsi, insieme alla firma del trattato di Versailles, il peccato originale della breve esperienza democratica tedesca.

Questo contesto di devastante sentimento di delusione e disorientamento ideologico, di miseria e disuguaglianza sociale, di incertezza e angoscia per l'approssimarsi di un futuro minaccioso, divenne l'incubatrice ideale per il propagarsi di quell'irrazionalismo brutale alla base del nazismo. Al posto della convinzione doveva subentrare la suggestione, doveva spezzarsi la libera volontà delle masse, «sopprimersi il libero volere dell'uomo»<sup>231</sup> e sostituirsi ad esso una soffocante atmosfera di fede cieca, un isterismo fanatico di uomini disperati. Ora era più facile conquistare al nuovo ordine uomini che già naturalmente avevano subito un indebolimento della loro capacità di resistenza<sup>232</sup>. Propaganda e terrore messi in campo dal regime nazionalsocialista furono gli strumenti che sapientemente e cinicamente raggiunsero questo risultato.

Lo strumento ideologico che servì allo scopo fu quella teoria della razza immaginata da Chamberlain e confezionata ad arte per irretire le masse ad uso e consumo del potere dal quel genio di demagogia di Rosenberg. In essa si sintetizzano tutte le tendenze irrazionaliste che procedevano dalla filosofia esistenzialista di matrice conservatrice e che passavano, attraverso un astuto processo di volgarizzazione, dai salotti intellettuali della decadenza aristocratica alla piazza delle masse disorientate, disperate e in cerca di salvezza. Essa fu una mescolanza formata con spregiudicata demagogia a partire dalle più diverse dottrine reazionarie, il cui valore venne misurato unicamente in base alla capacità di manipolare le masse.

La teoria della razza nazista fu, in particolare, una commistione nata dall'incontro della filosofia esistenzialista e fenomenologica conservatrice con il darwinismo sociale. In essa, infatti, il concetto di razza, mutuato dalle teorie biologiche evoluzionistiche, veniva ricondotto a quello di essenza valoriale dell'atteggiamento interiore, dichiaratamente intuizionistica e sganciata da qualsiasi argomentazione (pseudo)razionale. In base a questa forma di pensiero intuitiva e arbitraria si definiva

---

231 ADOLF HITLER, *Mein Kampf*, München 1934, II, 531.

232 Quasi letteralmente, ancora, A. HITLER, *ibidem*.

l'appartenenza o meno alla razza pura. Ciononostante, il vero criterio di definizione dell'appartenenza lo esprime plasticamente Krieck quando afferma che la razza viene misurata in base al modo e al grado di rendimento a vantaggio della totalità vivente razziale ed etnica<sup>233</sup> e ancora dal segretario di Stato Stuckart, il quale afferma che il conferimento dei diritti civili avviene caso per caso dopo che uno ha dimostrato di esserne degno<sup>234</sup>.

Tale teoria si fondava su tre principi, tutti funzionali alla struttura del potere. In primo luogo si sosteneva il principio del caos etnico: la mescolanza fra razze e l'attribuzione di pari diritti e dignità a ciascuna di esse avrebbe, in base a tale principio, condotto alla crisi in cui versava il popolo germanico. La responsabilità di tale delirante stato di caos, sarebbe da attribuirsi alle ridicole pretese democratiche della Repubblica di Weimar e al principio di uguaglianza ad esse sottese, che avrebbero posto sullo stesso piano razze superiori ed inferiori, permettendo a queste di mescolarsi nel potere e nella società, tanto da provocare il deterioramento della nazione germanica. Il risentimento di vaste masse contro lo sfruttamento e la disuguaglianza sociale veniva così deviato contro un nemico visibile e non semplicemente astratto (le razze inferiori), mentre, attraverso l'appello demagogico all'indignazione per l'ipocrisia di una uguaglianza soltanto formale, si riassumeva sotto il nome di democrazia tutto ciò che si voleva respingere del capitalismo. Così facendo, il nazionalsocialismo poté presentarsi come uno strumento di progresso rivoluzionario, in netta opposizione a quel liberalismo che aveva invece contraddetto tutti i sani istinti di autoconservazione del popolo, sostenendo che ogni uomo varrebbe quanto l'altro<sup>235</sup>.

Il secondo principio è la rigenerazione della razza: al caos etnico si può infatti reagire attraverso l'eliminazione dei nemici. Non sarebbe possibile in effetti una germanizzazione del nemico interno o esterno: l'unica soluzione era il suo sterminio. Il concetto di nemico, come detto, non si determina in base ad elementi biologici o semplicemente razionali, tali da poter essere posti in discussione: esso, infatti, si definisce solo in base al livello di adesione alla *Weltanschauung* nazionalsocialista.

---

233 ERNST KRIECK, *Völkisch-politische Anthropologie*, Leipzig 1936, 544.

234 Stuckart, *Grundlagen, Aufbau und Wirtschaftsordnung des nationalsozialistischen Staates*, Berlino 1936 XV 25.

235 ALFRED ROSENBERG, *Blut und Ehre*, München 1934, 71.

Proprio Chamberlain afferma a riguardo che il tratto morale specifico dell'uomo germanico è la fedeltà<sup>236</sup>: pertanto, chiunque, ove presenti caratteri di dissidenza, disobbedienza o anche solo non entusiastica adesione al regime, può essere dichiarato un meticcio e bollato come «ebraizzato» nello spirito e nel carattere. È dunque il singolo a doversi dimostrare degno di appartenere alla razza, così da meritare il suo riconoscimento come membro sano della comunità. Con tale definizione, mentre si legittimano le mire imperialiste di conquista, entro i confini si crea uno strumento per tenere l'intero popolo in una condizione di servile obbedienza. Deve, infatti, essere calpestato tutto ciò che potrebbe intralciare i piani di dominazione del nuovo ordine morale superiore, in primo luogo il movimento operaio e gli oppositori politici, ma anche tutto ciò che muovesse dalla ragione, dalla scienza e dal senso di umanità, poiché potenzialmente in grado di contrariare la missione germanica di dominio<sup>237</sup>.

Il terzo principio è quello della creazione di una *Weltanschauung* quale succedaneo della religione, attraverso una mitizzazione mistica delle origini ariano-germaniche. A tal fine propaganda ed educazione dovevano essere funzionalizzate alla creazione di una nuova fede il cui scopo fosse la conservazione di una razza capace di innalzarsi a civiltà. Lo scopo dell'educazione non era il sapere, bensì la disciplina: il popolo doveva essere addomesticato all'obbedienza, così da abituarlo alla brutalità e asservirlo alla dominazione. L'obiettivo dell'educazione e della propaganda è quello di spezzare la libertà del volere attraverso il terrore e il ricatto.

***b. Base ideologica e metodologica del soggettivismo punitivo nazionalsocialista***

Sul piano prettamente giuridico-penale, il soggettivismo punitivo nazionalsocialista mira al superamento del liberalismo politico classico a favore di una concezione totalitaria dello Stato, nella quale il membro perde una dimensione individuale disperdendosi nella comunità: lo Stato nazionalsocialista abbraccia in modo totale l'esistenza terrena dell'uomo tedesco. In quanto mero strumento di questo progetto di dominio, la missione della razza, all'individuo viene sottratta una sfera di vita personale, di autodeterminazione, e la sua esistenza viene riconosciuta e approvata

---

236 HOUSTON STEWART CHAMBERLAIN, *I Fondamenti del XIX secolo*, Volume I, traduzione di Luca Leonello Rimbotti, (titolo originale *Die Grundlagen des neunzehnten Jahrhunderts*, München 1899), Roma 2015.

237 Così G. LUKÁCS, *La distruzione della ragione*, cit., vol. II, 706ss. e 759.

sempre che e nella misura in cui essa perda tutti i tratti di molteplicità estranei al ruolo sociale che è imposto al singolo. In questa concezione che permea tutti gli aspetti della realtà sociale, il reato si configura quale tradimento della collettività, dovuto alla violazione di un dovere di fedeltà, quale tratto specifico della razza, nei confronti di quest'ultima. Ma poiché l'individuo ha valore soltanto in quanto membro del corpo sociale e in ragione del ruolo che in esso è tenuto a svolgere, una deviazione rispetto a questa griglia predeterminazione oggettiva dell'essenza del singolo implica la perdita dello *status* di membro che garantisce il riconoscimento sociale e giuridico. Ne consegue che la funzione della pena sia fortemente orientata alla neutralizzazione ed eliminazione di quei residui umani incompatibili o di ostacolo al progetto superiore della comunità, alla missione della razza germanica.

Questo scopo primario, volutamente travisato in un progetto di giustizia sostanziale, non poteva che opporsi al formalismo del diritto penale liberale. Il formalismo infatti nasce come strumento di tutela dell'individuo, al quale si riconosce valore in sé come soggetto autodeterminato, nei confronti di un potere collettivo, che trova legittimazione solo se funzionalizzato alla sua personale valorizzazione. Al contrario, in una concezione reificata dell'uomo, disperdendosi l'Io nel Noi, si inverte il rapporto di strumentalità, rendendo l'uomo mezzo per un fine superiore, legato, in questo caso, alla Razza, al Sangue, alla Nazione: in un simile contesto, il formalismo diviene del tutto disfunzionale.

Ciononostante, neppure sarebbe corretto attribuire al formalismo in sé un valore garantista per la persona, quale portato del principio di legalità. Il garantismo penale si muove in un complesso equilibrio di principi, tutti altrettanto imprescindibili, così come singolarmente manipolabili. Se la dottrina penale nazista ha sostenuto con estrema decisione una posizione marcatamente antiformalistica, essa, allo stesso tempo, ha valorizzato un altro elemento che pure si riconosce come fondamentale in una dimensione garantista, ovvero la dimensione personale della responsabilità penale. Ovviamente in questo caso il concetto stesso di persona è perduto e svuotato dall'interno, diventando una maschera grottesca di ruoli sociali, con portatori del tutto intercambiabili. E tuttavia l'enfasi sulla volontà, l'atteggiamento interiore, la colpevolezza morale evocata dal tradimento, su quegli elementi soggettivi del reato che finiscono per fagocitare l'intera struttura dello stesso, già suggeriscono che il

garantismo penale, per essere tale, necessita di equilibri molto delicati tra opposte istanze e che i suoi singoli elementi, recisi dalle radici intrecciate tra sé e tutte insieme alla concezione dell'uomo, non sono in grado da soli di autoalimentarsi.

E così, come nella Germania nazionalsocialista si esaltavano i momenti sostanzialistici e soggettivistici del diritto penale, nell'Italia del tecnicismo giuridico si procedeva all'apologia della legge, quale simbolo dell'autorità: come già era avvenuto nella Francia napoleonica<sup>238</sup>, questo mezzo sistematico, fonte di chiarezza e precisione, sembrava non poter prescindere dallo scendere a patti con il progetto autoritario di regime. Una meravigliosa stagione normativa, di codici tecnicamente validi e coerenti per tutti i settori del diritto, sia pubblici che privati, sembra così fatalmente legata ad un progetto di accentramento imperialistico del potere, dal quale non sono ammesse deviazioni. Non è dunque sufficiente squalificare il sostanzialismo per giustificare il ricorso al formalismo, così come non sarebbe deducibile dalle aberrazioni del soggettivismo la legittimità dell'oggettivismo del principio di offensività. Anche quest'ultimo, come evidente nelle ipotesi di responsabilità oggettiva, può essere ed è stato concretamente manipolato al migliore perseguimento dei progetti autoritari che negano la soggettività dell'individuo.

Per quanto concerne quella precisa evoluzione del soggettivismo che si identifica nel diritto penale nazionalsocialista, l'ago della bilancia fu spostato su quegli elementi soggettivi del reato attraverso una precisa squalificazione dei principi e concetti di origine liberale legati alla dimensione oggettiva del reato, quale fatto, danno e bene giuridico come oggetto di tutela<sup>239</sup>. Il bene giuridico, inteso quale mezzo teoretico funzionale al principio di non ingerenza dello Stato negli spazi di libertà personale, cadeva insieme a quest'ultimo. Se l'azione dello Stato liberale risultava limitata alla tutela di interessi esclusivamente individuali, secondo il principio del *neminem laedere*, in funzione dei quali si proiettava il concetto di bene giuridico, in uno Stato che invece si poneva l'obiettivo ben più ambizioso di permeare la vita dell'intera comunità in un progetto di sistematico progresso tecnico, biologico e sociale, quel limite perdeva di senso.

---

238 *Supra*, Introduzione storico-metodologica.

239 Per Dahm anche Welzel e Mayer superano il concetto di bene giuridico nel momento in cui intervengono sul dogma della causalità (*Verursachungsdogma*) e sul concetto naturalistico di azione (*naturalistischer Handlungsbegriff*), 32

Nel diritto penale nazionalsocialista l'offesa più grave che si può immaginare non è quella ai beni fondamentali del singolo, bensì a quelli superiori della comunità, del popolo, della razza: di tradimento rispetto a quel progetto di progresso che richiede l'obbedienza di tutti i sudditi in vista di un bene superiore. In tale contesto, il bene giuridico doveva essere superato, in ragione del suo legame con la dimensione oggettiva degli interessi protetti del singolo. Al suo posto doveva trovare spazio una concezione del reato come attentato contro gli interessi del popolo e della razza: il soggetto passivo dal reato, così come in Carpzov era Dio e nell'animismo la pace degli spiriti, non è l'individuo danneggiato o offeso, in quanto corrispondente al titolare dell'interesse leso, bensì la comunità. Se proprio si volesse conservare il concetto di bene giuridico, esso sarebbe da identificare nell'interesse alla protezione della collettività, allo spirito del popolo, quale oggetto di tutela penale.

Dunque se l'essenza del reato consiste in un attentato contro la Comunità, questa entità ipostatizzata, priva di contenuto, ma carica di simbolismo, non avrebbe senso introdurre un principio di legalità, che sembra più orientato alla tutela del singolo deviante, privo di valore in sé, che non al corpo sociale. Potendo attingere al sentimento, allo spirito del popolo per individuare il fondamento della responsabilità penale, il divieto di analogia *in malam partem* si mostra in tutta la sua meschinità come strumento di prevaricazione di un singolo, per giunta corrotto e degenerato, rispetto alla società. Se invece, più correttamente, allo spirito del popolo si riconosce la natura di fondamento della responsabilità punitiva, di sua fonte materiale di legittimazione, allora si renderà evidente la necessità di sostituire al principio del *nullum crimen sine lege* quello del *nullum crimen sine poena*. Poiché non la legge, bensì il *Volksgeist* è la fonte legittimante di matrice sostanziale del diritto penale e ad esso si accede attraverso il *Führerprinzip*<sup>240</sup>.

Sul piano metodologico, il soggettivismo punitivo nazionalsocialista si caratterizza per alcuni elementi intrinsecamente collegati tra loro: si parte dalla premessa dell'esistenza di un ordine etico-morale immanente alla comunità, quale entità superiore dotata di soggettività e di volontà autonoma, per poi legittimare la necessità di adeguare il diritto alle esigenze concrete già espresse in e da questa. Si

---

240 G. DAHM e F. SCHAFFSTEIN, *Liberale oder autoritäres Strafrecht?*, Hamburg 1933, passim; F. Schaffstein, *Formalismus im Strafrecht*, in *Deutsches Recht* 1934, 351ss.

sostiene dunque l'apprensibilità di questo ordine morale attraverso un metodo intuizionistico che mira direttamente all'essenza delle cose, attraverso le nuove correnti filosofiche dell'ontologismo, dell'esistenzialismo e della fenomenologia.

Questo metodo, che sarebbe in grado di mostrare una terza via tra il normativismo e il decisionismo, si traduce in una visione organicistica della società, come già in passato in Hobbes e Savigny e che è plasticamente rappresentata in Schmitt, il quale introduce il concetto di ordinamento concreto<sup>241</sup>. Essendo la verità dell'essenza delle cose apprensibile attraverso quella che Husserl definisce intuizione eidetica, viene superato quel confine tra piano normativo e descrittivo, che richiedeva nel diritto il ricorso ad uno strumento di legittimazione esterna. Invece diventando l'essenza, già valoriale, del diritto e dei suoi singoli istituti (come reato e pena) perfettamente trasparente nella loro unità di etica e concretezza, quel confine non ha più ragione di porsi. Questa intuizionistica e concreta visione dell'essenza è dunque già sufficiente a rivelare quell'unità ontica del reato, che invece rimane irrimediabilmente celata allo studio analitico della struttura del reato: quest'ultimo, in quanto unità essenziale, non necessita del ricorso a categorie astratte, inidonee a restituire la reale portata di concretezza spirituale che ne costituisce il disvalore.

Il primo elemento, di matrice filosofica, dà origine ad un processo di ipostatizzazione che abbiamo posto quale premessa della concezione reificata dell'uomo. Esso consiste nell'abbandono del razionalismo teleologico a favore di un irrazionalismo etico-morale<sup>242</sup>. Secondo la dottrina nazionalsocialista, l'analisi giuridico-penale della realtà sociale non potrebbe partire da una prospettiva esclusivamente razional-teleologica, che lascerebbe celato il sostrato concreto dei rapporti sociali: sarebbe, invece, necessario il completamento della indagine interpretativa con una valutazione di ordine etico-morale di matrice intuizionistica e irrazionale che integra nel diritto l'essenza stessa delle cose. Nel processo di costruzione dei concetti influiscono, così, elementi etici, non traducibili in schemi logico-formali, la cui comprensione non è possibile tenendo esclusivamente a metro di paragone una scala valoriale di natura

---

241 vd. *Infra*.

242 La dottrina in tal senso è unanime: G. LUKÁCS, *La distruzione della ragione*, cit., 725; M. A. Cattaneo, *Terrorismo e arbitrio*, cit., 187ss.; MONIKA FROMMEL, *La lucha contra la delincuencia en el nacionalsocialismo*, traduzione di Francisco Muñoz Conde (titolo originale *Verbrechensbekämpfung im Nazionalsozialismus*, in *Recht und Rechtslehre im Dritten Reich*, Kiel 1990) in *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XVI 1993.

teleologica. La vigenza delle rappresentazioni di valore sarebbe, infatti, una questione di professione di fede, di credenza (*Bekennen*) che non potrebbe tradursi negli schemi logico-astratti della conoscenza (*Erkennen*)<sup>243</sup>. Il diritto, in questa chiave di lettura, non dovrebbe configurarsi come l'imposizione di un potere sui membri della comunità, bensì come una concezione della vita, che forma già parte della realtà. Esso dunque non è un mero dover essere (*Sollen*), bensì un essere (*Sein*), che condiziona ontologicamente la realtà del diritto: questo in definitiva è inteso come ordine immanente alla comunità.

In questa concezione, pertanto, il diritto acquista un carattere irrazionale che nel contesto penale impone una eticizzazione, determinata dall'impossibilità di valutare correttamente la condotta criminosa facendo riferimento al solo concetto teleologico razionale del bene giuridico. Per tale ragione, a questo va sostituito il riferimento all'ordine morale popolare intuitivamente appreso: solo sulla base di un ordinamento morale e finalista un accadimento della vita potrebbe, infatti, essere concepito come reato.

In secondo luogo, la concezione totale, organica del diritto impone il superamento dell'idealismo astratto illuminista, così come del positivismo ottocentesco, a favore di una filosofia sostanzialista, concreta o fenomenologica.

La scoperta di concetti intermedi da parte del neokantismo come gli elementi soggettivi del fatto e quelli normativi della colpevolezza per Wolf rivelerebbe che la classificazione oggettivo/soggettivo, tipica del pensiero analitico, peccherebbe innecessariamente di astrattismo. L'essenza del reato non potrebbe derivarsi solo dai concetti astratti della parte generale, richiedendo invece un processo che guardi direttamente alla fonte materiale della potestà punitiva. Il procedimento interpretativo non può dunque avvilirsi negli angusti limiti di un processo logico di sussunzione: il giudice in quanto rappresentante della comunità popolare deve,

---

243 In questo senso, WILHELM GALLAS, *Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als REchtsgutsverletzung* in FS-Gleispach, 1936, 65ss., sostiene che credere e conoscere sono in aperta opposizione tal che quando si tratta di credere né la logica né la ragione possono alcunché. *Contra*: ERICH SCHWINGE–LEOPOLD ZIMMERL, *Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht*, Bonn 1937, 77, secondo i quali l'oggetto di credenza può essere anche oggetto della logica: questa diversa premessa epistemologica traduce in sintesi il conflitto tra le scuole di Kiel e Marburgo.

invece, valutare se quest'ultima avverta come reato la relazione esistente tra l'autore e il fatto<sup>244</sup>.

Per Dahm il pensiero giuridico nazionalsocialista liberava il giudice dall'inutile peso del razionalismo astratto e del formalismo normativo nati nel liberalismo, prendendo invece come punto di riferimento la sola realtà concreta dell'autore. Questa realtà si paleserebbe al giudice in una duplice prospettiva: nella dimensione individuale, essa si manifesterebbe come giudizio sulla personalità dell'autore, che richiama le teorie criminologiche del *Tätertyp*; nella dimensione sociale, andrebbe invece inquadrata quale relazione dell'autore con la comunità, secondo i dettami delle dottrine normative del *Tätertyp*. I concetti, che nella loro astrattezza sono privi di significato, sono, così, riempiti di contenuto attraverso il riferimento alla dimensione dell'autore. È per questo motivo che, ad avviso dell'autore, il superamento del formalismo di matrice liberale non si tradurrebbe in un indebolimento dei vincoli imposti al giudice attraverso la legge, ma anzi all'opposto esso costituirebbe un elemento fondamentale della certezza giuridica, attraverso il richiamo alla prospettiva materiale cui rimanda il reato: non dunque una vuota certezza formale, bensì una certezza materiale, garantita dall'indagine sulla realtà concreta richiamata solo astrattamente dalla norma.

Secondo parte della dottrina, esisterebbe una connessione diretta tra la scuola di Kiel e il fenomenologismo di Husserl, in ragione dei costanti riferimenti alla essenza del reato, apprensibile intuitivamente<sup>245</sup>. Tale connessione avrebbe condotto alla dissoluzione della distinzione tra fatto tipico e colpevolezza e il passaggio, nella concezione del reato, dalla lesione a un bene giuridico alla violazione di un dovere di fedeltà.

La separazione dell'elemento oggettivo e dell'elemento soggettivo, ereditata dal pensiero analitico liberale, impedirebbe una configurazione globale del reato: essa, infatti, non consentirebbe di giungere alla sua essenza, che si coglie solo a partire da una idea di reato come un tutto. La concezione analitica della struttura del reato si sostanzierebbe così in un suo artificioso smembramento, incompatibile con una

---

244 Vd ERIK WOLF, *Tattypus und Tätertypus*, in *Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht*, 1936, 360.

245 V. G. MARTÍN, *El derecho penal de autor*, cit.179; *contra* H. Mayer, *Deutsches Strafrecht* 1938, 77 nota 18.

concezione dello stesso quale ente unitario, come parte integrante della realtà: al pensiero analitico si opporrebbe dunque una pretesa ontologica.

Il passaggio nella concezione del reato da offesa a un bene giuridico a violazione di un dovere di fedeltà deriva da un cambio di prospettiva metodologica: dal metodo razionale e astratto si passa all'adesione per un metodo empirico fenomenologico che permetterebbe una maggiore approssimazione alla realtà concreta. Poiché la realtà è molteplice e variabile, sarebbe necessario evitare pretese di validità generale nell'analisi del reato (Schaffstein) e invece ricorrere al linguaggio popolare per esprimere la realtà sociale del fenomeno criminoso (Dahm).

Come anticipato, fu Carl Schmitt<sup>246</sup> a sostenere il superamento dello stallo nella scienza giuridica, bloccata nell'alternativa senza rimedio tra normativismo e decisionismo delle correnti del positivismo, grazie a una concezione concreta dell'ordinamento. Egli definisce il diritto come quell'ordinamento concreto realizzato nell'essere e rinnovantesi continuamente nella vivente esecuzione, che avrebbe allo stesso tempo un contenuto significativo etico o metafisico, ma anche concreto, che evolve e si ripete mantenendosi saldo nella sua essenza: una concezione questa di carattere spiccatamente ontologico-fenomenologico.

Schmitt parte dalla configurazione di tre possibili forme di pensiero nella scienza giuridica: quella normativista, che concepisce il diritto come norma generale e astratta, riducendolo in una dimensione impersonale e oggettiva; quella decisionista, per la quale il diritto si identifica con la volontà del legislatore, in una dimensione personalista e arbitraria; e, in ultimo, quella concreta, che supera le prime due integrandole in una prospettiva ontologica. In essa il diritto si identifica con l'ordinamento concreto realizzato nell'essere e che si rinnova evolvendo continuamente nella vivente esecuzione. Questa concretezza non sarebbe però letta nella sua dimensione scientifica di mero fenomeno sociologico, bensì in una prospettiva valoriale: essa rimanda a un ordinamento che evolve senza modificare la sua essenza etica e metafisica, la quale resta costante nel suo fondamento. Tale visione dell'essenza etica dell'ordinamento richiama, in un certo senso, la moralità

---

246 CARL SCHMITT, *I tre tipi di pensiero giuridico*, in *Le categorie del 'politico'*, traduzione di Pierangelo Schiera (titolo originale *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Hamburg Hanseatische Verlagsanstalt, 67ss.), Bologna 1972, 247ss.

oggettiva di Hegel che risolve la contrapposizione dialettica tra concetto e oggetto in un'Idea assoluta di Stato come concretizzazione dello Spirito, in una dimensione sovraperonale.

La Germania nazionalsocialista, secondo Schmitt, rappresenterebbe quest'ultimo grado di sviluppo del pensiero giuridico in ragione del suo richiamo al dovere di fedeltà al movimento e al *Führer*, nei quali si ricongiungono a unità i dualismi tipici del pensiero liberale. Questo sviluppo e la conseguente necessità del superamento delle forme di pensiero giuridico legate al normativismo e al decisionismo per il noto studioso si sarebbero determinate, infatti, in conseguenza di due tratti specifici del regime. In primo luogo, essi si vincolano alla trasformazione avvenuta nella struttura dello Stato: dal dualismo conflittuale tra Stato e società che determina la combinazione tra normativismo e decisionismo nello Stato liberale, in quello totalitario si giungerebbe ad una unità politica, in cui si compongono tutti i conflitti liberali tra Stato, individuo e società, in un tutto organico, un'uguaglianza di genere e natura tra capo e comunità. Infatti, mentre il potere dello Stato liberale si poneva in posizione conflittuale rispetto alla comunità, questo conflitto, nella concezione totalitaria del potere, viene del tutto superato, in quanto i tre ordini fondamentali in cui si organizza la comunità politica nazionalsocialista, Stato movimento e popolo, collaborano in questa integrandosi in un medesimo progetto vitale di sviluppo. Questa forma complessa di Stato in cui si compone organicamente tutta la società, richiede una forma di pensiero giuridico in grado di esprimere l'armonia delle relazioni sociali che si fondono nel potere.

L'unità politica indissolubile tra Stato movimento e popolo è all'origine del superamento di tutti quei principi e strutture giuridiche che avevano un senso solo in una dimensione di diffidenza e conflittualità tra società e Stato, tipica del liberalismo. La fusione tra comunità e potere e la sua composizione organica in un unico corpo statale permettono invece di superare quel conflitto nell'unità della direzione politica. Pertanto, in primo luogo, non si giustifica più l'esigenza di una divisione dei poteri, su cui tanta enfasi aveva speso la dottrina liberale. In secondo luogo, se il capo e la comunità si compongono in una unità di direzione politica, non solo la guida del governo deve pervadere tutti i poteri dello Stato, ma essa supera anche le necessità che avevano indotto all'affermazione del principio di legalità: in una

concezione concreta dell'ordinamento, infatti, così come il governo rappresenta la comunità nell'unità della direzione politica, il giudice continua ad essere bocca della legge, ma questa si ricava direttamente dal movimento politico impersonificato nella guida del capo.

Il collegamento immediato del diritto alla realtà concreta delle relazioni vitali della comunità nella loro effettiva configurazione parte dalla premessa di una differenza ontologica tra nazioni, razze e popoli. Le differenze tra nazioni, per modo di essere e tradizione storica, che fenomenologicamente mostrano una continuità ontica nella evoluzione, richiede nel diritto il ricorso a clausole generali che possano essere costantemente integrate da concetti indeterminati ed extralegali rinvenibili unicamente nella realtà sociale, nell'interesse delle totalità del singolo popolo. Il pensiero giuridico che usa quale struttura portante della tecnica normativa le clausole generali corrisponde, dunque, alla sua concezione di ordinamento concreto, che si evolve insieme alla guida politica del popolo. In diritto penale, ciò si traduce in norme dal carattere indeterminato e liberamente integrabili da parte del giudice in base al comune sentire sociale, come concretamente avvenuto per i reati di infedeltà e tradimento.

Per quanto concerne la struttura del reato, il soggettivismo punitivo del nazionalsocialismo spinge verso l'abbandono del metodo analitico a favore del metodo intuizionista unitario. Questa tesi fu sostenuta in particolare da Mezger nel 1938, che propose una concezione totalizzante globale o organicistica-unitaria del reato.

La descrizione naturalistica degli elementi costitutivi del reato nel metodo analitico risulterebbe problematica, per questo autore, in quanto rimanderebbe ad una rappresentazione del reato sprovvista del carico valoriale giuspenalistico. Il giudizio di valore comprensivo del senso del reato potrebbe infatti trovarsi solo in una concezione che consideri il reato nella sua globalità, come un tutto organico, che si alimenta della sua essenza etica, appresa attraverso l'intuizione eidetica proposta dal fenomenologismo di Husserl<sup>247</sup>. Ciò restituirebbe l'unità del sistema penale quale

---

247 EDMUND HUSSERL, *Idee per una fenomenologia pura e per una filosofia fenomenologica*, traduzione di Giulio Alliney (titolo originale *Ideen zu einer reinen Phänomenologie und phänomenologischen Philosophie*) Torino, 1950.

totalità logica intrinseca alla molteplicità e dunque rappresentabile soltanto in relazione a e attraverso la sua essenza. In questa unità organica tutti gli elementi sarebbero collegati col centro concreto del fondamento ontico, dunque con quell'essenza del reato che funge da perno centrale e nella quale si compongono tutti i suoi elementi costitutivi.

Sul piano storico, egli sostiene che il superamento del metodo descrittivo classificatorio tipico del causalismo naturalistico inizia con le correnti neokantiane del diritto penale. Ciononostante i neokantiani non sarebbero giunti a superare la sistematica analitica, ma tutt'al più a rileggere le categorie, a costruirle e a sistematizzarle in base al contenuto normativo-assiologico cui risponderebbero. La causa di questo processo parziale sarebbe da attribuire al rapporto dicotomico a cui si riconduceva la concezione dello Stato liberale. In quest'ultimo, infatti, si costruiva ancora la relazione tra individuo e società come un rapporto conflittuale e polarizzato, così da condannare la dimensione etica dello Stato, nella quale soltanto possono muoversi i valori, al relativismo. Al contrario, nella concezione globale nazionalsocialista non solo si supera il positivismo classico del causalismo, restituendo la prospettiva prettamente normativa alle categorie del reato, ma anche il relativismo valoriale neoclassico, attraverso l'eliminazione di tutte le forme di idealismo razionale e astratto del liberalismo. Al suo posto si colloca una forma di pensiero sostanzialista e irrazionale, in contatto diretto con la realtà concreta attraverso una considerazione del reato di base marcatamente emotiva.

Dato che i neokantiani partono dalla distinzione tra il fenomeno concreto, inteso quale materia grezza priva di una immanente qualità significativa, e i valori, intesi quale dimensione di senso che ordina la realtà, essi non poterono che giungere ad un dualismo metodologico tra essere e dover essere che invece si nega nel nazionalsocialismo. Per quest'ultimo, infatti, i valori non sarebbero entità astratte in posizione intermedia tra il mondo fenomenico e quello metafisico, bensì dati già immanenti alla realtà per il suo concreto atteggiarsi. La realtà dell'ordine concreto della vita non sarebbe dunque una materia grezza, cui lo scienziato attribuisce la dimensione di senso, bensì materia viva, come un corpo, già ordinata e piena di senso. L'interpretazione della legge, secondo i dettami della scuola di Kiel, non deve fornire un senso alla realtà della vita del popolo. Ciò che avviene, anzi, è esattamente

il contrario: l'interpretazione si deve limitare a riflettere questa realtà, che si offre già nella sua essenza all'interno della realtà sociale, senza modificarla.

Fornite, così, le coordinate essenziali del pensiero giuridico nazionalsocialista, è possibile adesso procedere in ordine cronologico rispetto alle singole manifestazioni sia legislative sia dottrinali, che seguiranno e accompagneranno la progressione storica del regime.

### ***c. Erik Wolf e la prima formulazione della dottrina dei tipi normativi di autore***

Tra le dottrine che immediatamente precedettero l'ascesa al potere del nazionalsocialismo, ma che già fanno emergere la tendenza culturale generalizzata verso forme di soggettivismo punitivo quale corollario di una immagine reificata dell'uomo, spicca, per la sua coerenza e il significato quasi divinatorio, quella di Erik Wolf nel suo *Vom Wesen Des Täters*<sup>248</sup>.

Il proposito di questo contributo di Wolf è quello di introdurre una concezione sostanziale del diritto penale e dell'autore, «*Una teoria normativa [...] che sviluppi l'essenza dell'autore come forma dell'essere dell'uomo nel diritto senza cadere nel mero psicologismo e sociologismo, ma anche senza una sublimazione nel mero logicismo*»<sup>249</sup>. Egli riprende da Franz von Liszt quell'osservazione, già evidenziata, secondo cui la pena, concretamente, non ricade sul fatto bensì sull'autore<sup>250</sup>. Questa premessa viene, però, estrapolata dalla prospettiva delle scienze naturali all'interno della quale la riconduceva von Liszt, per essere riformulata in senso normativo. Egli concepisce, infatti, l'autore, da un lato, come elemento causale di un processo naturale all'origine di un risultato criminoso quale evento oggettivo, ma, dall'altro, quale essenza intrinseca del delinquente: in questo senso, l'autore si identificherebbe con un individuo dai tratti speciali, sostanzialmente diverso dal comune cittadino integrato, sotto una triplice prospettiva spirituale psichica e fisica, formatosi da un lato a causa di una situazione iniziale innata e in parte a causa dell'influenza dell'ambiente sociale<sup>251</sup>.

---

248 ERIK WOLF, *Vom Wesen Des Täters: Freiburger Antrittsvorlesung*, Tübingen 1932. Invece l'articolo *Tattypus und Tätertypus* del 1936 pubblicato in *Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht* è posteriore all'avvento del nazismo: è un'opera più completa, mentre la prima, ancora in una prospettiva *de lege ferenda*, è solo una esposizione di principi.

249 E. WOLF, *Vom Wesen*, cit., 36.

250 *Ibidem*, 7.

251 *Ibidem*, 9.

L'incapacità di Franz von Liszt di arrivare a tale concetto complesso di autore visto nella sua complessiva essenza e la conseguente, ma ingiustificabile separazione che egli afferma tra diritto penale e politica criminale, per questo autore deriverebbe dal condizionamento culturale cui era sottoposto, che gli avrebbe oscurato la via per il riconoscimento dell'essenza intrinseca dell'autore. Egli, in particolare, sarebbe stato condizionato nella sua concezione dall'individualismo etico, dal liberalismo politico e dal naturalismo religioso, tutte e tre considerazioni ideologiche a sostegno di una soggettività umana retta da principi di uguaglianza e libertà, che impedivano l'intervento dello Stato per il corretto andamento sociale e che riconducevano lo studio delle differenze specifiche della natura di ciascuna classe di autore soltanto sul piano scientifico degli studi criminologici. Queste premesse politico-filosofiche si devono invece considerare superate per Wolf: egli sostiene, infatti, che lo Stato liberale abbia ceduto il passo allo Stato sociale integrato, l'individualismo sia stato soppiantato dal personalismo fenomenologico in grado di rivelare l'essenza delle persone, e il naturalismo abbia ceduto il posto al normativismo, attraverso l'ingresso di valori nelle valutazioni di carattere giuridico.

La dottrina dei tipi di autore in termini di funzione della pena non sarebbe, dunque, volta alla prevenzione speciale, come prospettato da von Liszt, bensì al rispetto di principi di natura etica e sociale, che pongono la società e il popolo come valori centrali<sup>252</sup>.

L'essenza dell'autore può essere definita e studiata, in Wolf, in base a tre concezioni: la prima, di carattere giusfilosofico, fornisce il concetto generale di autore; la seconda, di carattere dogmatico, offre l'inserimento esegetico del concetto di autore nel diritto vigente e la costruzione sistematica di natura tipologica delle diverse categorie di autore; in ultimo, si pone quella politico-criminale, la quale si occupa di affrontare la questione relativa allo spazio da riservare all'idea di autore nella giustizia penale.

Partendo dalla prospettiva giusfilosofica, innanzitutto Wolf sostiene che l'essenza dell'autore non possa essere derivata dalle scienze naturali quali condizioni causali, poiché essa si collocherebbe piuttosto nel mondo dei valori e delle idee<sup>253</sup>. Da questa

<sup>252</sup> In tal senso, vd. C. ROXIN, *Derecho penal*, cit., parr. 6 e 7.

<sup>253</sup> E. WOLF, *Vom Wesen*, cit., 14ss

prospettiva valoriale e culturale, condizionata da un lato dalla filosofia dei valori e dall'altro dal fenomenologismo risalente a Husserl, uno degli elementi che definiscono la persona umana consisterebbe nell'unità che i suoi atti volontari hanno tra di loro: anche in ciò si manifesta quel procedimento irrazionale di intuizione eidetica attraverso cui secondo Husserl si sarebbe in grado di apprendere l'essenza delle cose. Wolf, riguardo alla personalità, designa questa continuità nella volontà come atteggiamento o convinzione interiore, *Gesinnung*. Dal piano prettamente filosofico a quello giusfilosofico, essa si ripropone anche come volontà giuridica, qualità personale del soggetto di diritto. Questo elemento si caratterizza per essere innato a tutti gli esseri umani. Ciò significa che anche l'autore di un reato non è tale perché carente di una attitudine o convinzione interiore, bensì perché questa sua volontà giuridica è corrotta: la commissione di un reato presuppone una devianza, una caduta morale del soggetto fuori dal diritto<sup>254</sup>.

La corruzione dell'atteggiamento interiore può classificarsi in base al grado e al tipo di elementi che la formano. Pertanto, è possibile presentare una classificazione quantitativa e una qualitativa di tipo di autore. Entrambe le classificazioni partono da una premessa comune, costituita da una tipologia di autore che corrisponde ai diversi tipi di relazione in cui l'individuo può trovarsi rispetto al diritto.

Egli, dunque, distingue tre tipi di soggetto di diritto: il «camerata»<sup>255</sup> di diritto (*Rechtsgenosse*), il soggetto di diritto (*Rechtssubjekt*), e la persona di diritto (*Rechtsperson*). La degenerazione di ciascuna classe di soggetto giuridico corrisponde ad un tipo diverso di autore di reato.

Siccome la classificazione è di carattere prettamente giuridico e giusfilosofico, quelli proposti da Wolf non sarebbero dei tipi psicologici o sociologici arbitrari, come quelli alla base delle teorie criminologiche, il cui difetto centrale sarebbe da ricercare nell'incapacità di fornire un criterio certo di classificazione. Essi, poiché mirano all'essenza personale dell'autore, si presentano come possibilità aprioristiche di

---

254 *Ibidem*, 16

255 Il termine *Genosse* è tradotto generalmente con «compagno». Tuttavia, volendo restituire alle parole il valore simbolico che esse assumevano nel contesto storico specifico, qui si suggerisce questo tipo alternativo di traduzione, non esistendo un'equivalenza dalla carica ideologica altrettanto marcata in una resa quale «compagno di diritto».

corruzione presenti nell'essenza stessa della persona giuridica. In queste possibilità di corruzione si esprime la struttura ontico-esistenziale dell'autore<sup>256</sup>.

Per quanto concerne la prospettiva dogmatica, egli parte dalla constatazione, circa il diritto vigente all'epoca della pubblicazione dell'articolo, che la concezione del diritto penale da esso emergente sia del fatto, e non dell'autore. Infatti l'autore del reato, secondo la normativa all'epoca vigente, si qualificherebbe come mero punto di riferimento causale rispetto alla produzione del fatto e dell'evento lesivo. Questo concetto di autore è sottoposto dal giurista ad una ferrea critica, da cui emerge lo sfondo politico e valoriale di cui del resto non fa mistero. L'autore della disciplina penalistica positiva, a suo avviso, scontrerebbe quell'impostazione di tipo formale, astratta e naturalistica, parallela al concetto astratto storico e altrettanto formale di soggetto nel diritto privato: l'origine comune è il pensiero illuminista.

In opposizione al razionalismo formale e astratto derivante dall'Illuminismo, egli propone, invece, un'idea di autore come concetto di valore non naturalistico: commettere un reato, infatti, significa realizzare tipicamente una azione e non soltanto agire causalisticamente nel mondo esteriore. Siamo dinanzi ad un fatto di reato soltanto quando quella progressione casuale può essere valutata giuridicamente come lesione di interessi<sup>257</sup>. L'influenza della *Interessenjurisprudenz* in questo passaggio è evidente, ma essa è condotta più avanti, verso una giurisprudenza dei valori, che inserisce il reato e il suo autore nel mondo intermedio, tra quello concreto naturalistico e quello astratto delle idee, degli interessi giuridici, cui funzionalmente apprestare tutela.

Sulla base di tali premesse, l'autore sostiene che sarebbe possibile elaborare tipi normativi di autore non soltanto formali e astratti, come ingranaggi meccanicistici nel processo causale, bensì materiali e concreti, che assorbono l'essenza, la natura intrinseca della personalità del soggetto. Questo processo di concretizzazione sarebbe possibile anche rispetto alla disciplina allora vigente, a condizione che fossero rispettate due regole essenziali. In primo luogo, il tipo normativo di autore dovrebbe concepirsi come concetto intermedio tra quello astratto, preso come punto di riferimento dal legislatore nel processo causale descritto nella disciplina positiva

---

256 E. WOLF, *Vom Wesen*, cit., 18.

257 *Ibidem*, 25.

ancora legata al fatto, e quello concreto, che si trova sottoposto al giudizio di accertamento della sua responsabilità. In secondo luogo, quello di autore dovrebbe imporsi quale concetto sistematico-scientifico di natura giuridica, funzionale all'interpretazione delle singole fattispecie e dunque non soltanto limitato alla determinazione della risposta sanzionatoria di carattere penale<sup>258</sup>.

Questi tipi normativi di autore non hanno a che vedere con i tipi psicologici o sociologici delle teorie criminologiche, che si fondano su una valutazione individuale della personalità del singolo autore, poiché essi tipizzano un tipo di corruzione personale dell'atteggiamento interiore che si misura rispetto ad un soggetto quale membro sano della comunità di diritto: i tipi di autore, in questo secondo senso, sono indizi della corruzione della persona e la qualificazione che ne deriva è di carattere esclusivamente etico-valoriale.

Nonostante si muova nel contesto di un diritto penale del fatto, che deve politicamente e scientificamente ritenersi superato, il codice penale tedesco, a suo avviso, già potrebbe essere reinterpretato in base ai tipi di autore fondati sulla corruzione dell'atteggiamento interiore. Questa classificazione si fonda sul criterio utilizzato metagiuridicamente dal legislatore per misurare il grado di devianza morale dell'autore di reato rispetto al bene primario della comunità, che in definitiva rappresenta l'interesse realmente tutelato, sul piano valoriale, da tutte le norme giuridiche.

In base al criterio della maggiore o minore aderenza alla volontà o atteggiamento interiore del membro sano della comunità, secondo Wolf è possibile suddividere le fattispecie a seconda che criminalizzino un comportamento pericoloso per la comunità, un comportamento contrario alla comunità, un comportamento di ostilità rispetto alla comunità, un comportamento di dissidenza rispetto alla comunità e, in ultimo, un comportamento dannoso o di indifferenza rispetto alla comunità. Ciascuna di queste categorie corrisponderebbe ad una caduta rispetto ai tre tipi di soggetto giuridico individuati nel *Rechtsgenosse* (corrotto da un atteggiamento di impulsività e disonestà, che lo configura come tipo pericoloso), nel *Rechtssubjekt* (corrotto da un atteggiamento egoistico individualista, che lo configura come tipo contrario alla comunità) e nella *Rechtsperson* (che può essere corrotta per la convinzione

<sup>258</sup> E. WOLF, *Vom Wesen*, cit., 26.

ideologica che converte l'autore in un nemico della comunità o in un dissidente, oppure per il suo atteggiamento di completa indifferenza e inattività sociale). Tutte le altre figure delittuose configurerebbero una categoria residuale, in cui sono collocati i soggetti che commettono un reato a causa di un atteggiamento socialmente indifferente che provoca deviazioni occasionali costituenti comportamenti socialmente dannosi<sup>259</sup>.

Sul piano della prospettiva politico-criminale, Erik Wolf ritiene che lo scopo cui deve mirare la pena sia quello della ricostruzione della personalità giuridica del criminale, usando quale canone di paragone i tre tipi normativi di soggetto di diritto. Allo stesso tempo, però, egli sostiene che, pur se normalmente coincidenti, personalità giuridica e personalità morale non si sovrappongono e che pertanto questo processo di ricostruzione della personalità non vada letto nel senso di un recupero morale del soggetto<sup>260</sup>. L'obiettivo dell'ordinamento deve dunque essere quello di recuperare o creare quella situazione spirituale da cui si produce il risveglio della volontà sana dell'atteggiamento interiore, che egli identifica con l'impegno del lavoro sociale, delle relazioni di vita comunitarie e dell'autodominio<sup>261</sup>.

Pertanto, sul piano della funzione della pena egli sostiene una posizione di sintesi tra retribuzionismo e funzione special-preventiva, volta alla rieducazione dell'autore moralmente e socialmente corrotto, che riposa sul concetto normativo anzidetto e non tiene invece in considerazione né elementi psicologici né ambientali. Per quanto riguarda la pena quale retribuzione, egli ritiene che l'idea della compensazione tra reato e pena sia immanente al diritto penale: in sua assenza il concetto di pena si sovrapporrebbe senza soluzione di continuità a qualsiasi altra sanzione giuridica prevista dall'ordinamento perdendo la propria nota costitutiva<sup>262</sup>. D'altro canto, sul piano special-preventivo, egli sostiene che anche l'idea di rieducazione del condannato sarebbe immanente al concetto normativo di autore, poiché l'idea di persona, di soggetto di diritto, non potrebbe separarsi da quella dell'educazione. In sostanza, la soggettività, intesa come appartenenza, in qualità di membro, alla

---

259 *Ibidem*, 28ss.

260 Egli pone l'esempio del delinquente per convinzione, che nonostante presenti una personalità giuridica corrotta su cui l'ordinamento deve intervenire, non presenta lo stesso grado di corruzione anche per la sfera morale, E. WOLF, *Vom Wesen*, cit., 33.

261 E. WOLF, *Vom Wesen*, cit., 34.

262 *Ibidem*, 32.

comunità, richiede l'assunzione di un ruolo sociale, che è quello indicato nei tre tipi di soggetto di diritto, corrotti dal reato. Questa corrispondenza tra il riconoscimento dello statuto di persona, membro sano della comunità, e le aspettative sociali legate al ruolo di ciascuno che verrebbero tradite dall'autore di reato, a causa della corruzione del suo atteggiamento interiore e della sua caduta rispetto al modello sociale, richiama fortemente quella che oggi si definisce come dottrina del diritto penale del nemico, su cui torneremo.

***d. Il diritto penale d'autore accolto nella disciplina positiva del regime nazionalsocialista***

Poco dopo la pubblicazione del contributo di Wolf, precisamente il 30 Gennaio 1933, Adolf Hitler diviene cancelliere di quello che sarà conosciuto come il Terzo *Reich*. La svolta che avrebbe impresso al regime si palesò immediatamente con il decreto per la difesa del popolo e dello Stato: esso lasciò materialmente in sospenso la costituzione di Weimar, pur formalmente ancora vigente, inaugurando un periodo che è stato definito di eccezione permanente<sup>263</sup>. In questo nuovo contesto culturale e istituzionale, il diritto penale positivo si mosse verso il più radicale diritto penale d'autore conosciuto nella storia moderna<sup>264</sup>.

Nella prima fase della legislazione nazionalsocialista, quella anteriore all'inizio delle operazioni belliche che condurranno alla seconda guerra mondiale, si individuano in tal senso tre principali interventi normativi. Essi sono l'ordinanza municipale per la protezione del popolo e dello Stato del 28 febbraio 1933, la legge contro i delinquenti abituali pericolosi e sulle misure di sicurezza e correzione del 24 novembre 1933 e la legge di riforma dello StGB del 28 giugno 1935.

L'ordinanza municipale per la protezione del popolo e dello Stato era rivolta principalmente contro i nemici politici del nazionalismo, in un progetto che intendeva criminalizzare ed eliminare tutte quelle opposizioni, che venivano presentate quali nemici del popolo, incarnato dalla volontà del *Führer*. Tuttavia, questa normativa fu in realtà applicata dai tribunali a tutti coloro che «dannosamente

---

263 Si esprime in tal senso Hagen Schulze, *Breve historia de Alemania*, traduzione di Ela María Fernández Palacio (titolo originale *Keine Deutsche Geschichte*) 2001, 209ss.

264 V. G. MARTÍN, *El derecho penal de autor*, cit., 115.

per lo Stato o il popolo avessero posto in pericoloso con la loro condotta la ricostruzione del popolo tedesco»<sup>265</sup>.

La seconda legge, quella contro i delinquenti abituali pericolosi e sulle misure di sicurezza e correzione, introduceva un nuovo paragrafo 20 al StGB per il delinquente abituale pericoloso, dimostrando di accogliere le dottrine del tipo di autore fondate sulla pericolosità sociale del delinquente abituale. Quest'ultimo veniva definito come colui che fosse stato condannato precedentemente almeno tre volte e a tale accertamento conseguiva una condanna detentiva a prescindere dal riferimento alla gravità del fatto o dei fatti commessi. Esso dunque non tipizzava un fatto concreto, ma una condotta di vita squalificata dall'ordinamento e che richiedeva di per sé la risposta punitiva. Non vi è unanimità in dottrina circa la natura della teoria del tipo di autore che è stata concretamente adottata dalla norma in esame: secondi alcuni, essa corrisponde a un tipo criminologico di autore<sup>266</sup>, mentre altri ritengono che si tratti di un tipo normativo<sup>267</sup>. A nostro avviso, sembra più calzante la tipologia criminologica, essendo le tre condanne inquadrate come indizio della pericolosità sociale, intesa in termini sociologici, del delinquente abituale.

Questa norma aprirà la via alla tipizzazione per tipo di autore anche per altre ipotesi di reato, in cui ciò che determina la responsabilità penale non sarà più la concreta condotta accertata, ma l'appartenenza ad un tipo criminologico determinato, rispetto al quale il fatto non ha rilevanza o ne ha di tipo solo indiziario, come sintomo di un modo di vita che manifesta l'essenza stessa dell'autore quale soggetto pericoloso. La legge in questione pare sia stata applicata a ben 17000 persone tra 1934 e il 1944, ciascuna delle quali fu destinata alla detenzione in campi di concentramento, da cui non arrivò mai più ad uscire<sup>268</sup>.

Se questa legge si atteggiò a vero e proprio strumento di terrorismo penale, ciò che sul piano dogmatico e sistematico rappresentò il vero cambio di rotta per l'intero sistema giuridico penale verso una forma di sostanzialismo antiformalista, fu la

---

265 Queste le parole pronunciate da un delegato governativo in una sessione segreta di polizia e riportate da M. FROMMEL, *La lucha contra la delincuencia*, cit., 52;

266 Sarebbe *kriminologischer* per R. MAURACH, *Derecho penal. Parte general*, 1954 293ss; CLAUD ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, I 1997 parr 6/8.

267 Sarebbe *gesetzlicher* per EDMUND MEZGER – HERMANN BLEI, *Strafrecht. Ein Studienbuch. Allgemeiner Teil*, 15a ed., München-Liepzig 1973, 63.

268 M. FROMMEL, *La lucha contra la delincuencia*, cit., 45.

Legge di Riforma del StGB del 28 giugno 1935. Con essa si introdusse una modifica al par. 2 del StGB gravida di conseguenze: in base alla nuova disposizione si definiva reato ogni fatto contrario al sano sentimento del popolo. Più specificamente essa definì il reato come ciò «che la legge dichiara espressamente punibile o che risulti meritevole di pena in accordo al senso (*Gedanke*) fondamentale della legge penale e al sano sentimento del popolo». Pertanto, se al fatto non è direttamente applicabile nessuna legge penale concreta, laddove si riscontri che l'autore meriti comunque una reazione di carattere penale, egli potrà essere punito secondo la legge la cui *ratio* fondamentale si possa meglio applicare al caso di specie, o attraverso il richiamo alla fonte normativa materiale del sano sentimento del popolo.

Con tale disposizione, dunque, si introduce espressamente l'analogia *in malam partem*. Nonostante il giudice non fosse più vincolato alla fattispecie legale, il discorso apologetico di regime faceva notare che ciò, a ben vedere, non si traduceva in uno stato di arbitrio, poiché un vincolo più intimo e profondo si sarebbe sostituito a quella astratta e formalistica esigenza espressa dal principio di legalità: il giudice, quale parte e membro della comunità, sarebbe stato vincolato alla volontà dell'indirizzo politico, «*den Willen der politischen Führung*», e alla concezione del popolo, «*Volksanschauung*»<sup>269</sup>. Il sano sentimento del popolo si sarebbe identificato, infatti, con quella interpretazione che corrispondesse al pensiero tedesco e nazionalsocialista del diritto<sup>270</sup>, una formula, questa, così povera di contenuto come carica di simbolismo.

Con il mutamento del contesto storico determinato dall'inizio del conflitto mondiale e dal processo imperialistico di conquista dello spazio vitale da parte del regime nazionalsocialista, si produce un mutamento di paradigma anche nella direzione della politica criminale interna: alla guerra totale contro il nemico esterno si fece corrispondere la lotta contro il nemico interno. Ad essa, in primo luogo, consegue l'impressionante incremento delle condanne a morte pronunciate dal «*Volksgesichtshof*». Esso era un Tribunale Speciale creato in occasione della risposta emergenziale all'incendio al *Reichstag* del 1934 e giustificato dalla supposta necessità di rispondere con forza contro i nemici del popolo tedesco. Come tutti gli

---

269 G. DAHM, *Das Ermessen der Richters im nationalsozialistischen Strafrecht in Deutsches Strafrecht*, 1934, 92.

270 *Ibidem*, 91.

interventi di carattere emergenziale, esso finì per normalizzarsi: non soltanto restò operativo fino al 1945, ma addirittura incrementò progressivamente poteri, competenze e capacità di terrore, in particolare sotto la guida di uno dei nomi più tristemente famosi della schiera di giuristi al servizio del nazionalsocialismo: Roland Freisler. Ad esso si accompagnavano forze speciali di polizia con poteri assoluti e arbitrari, che si trasformarono in macchine di sterminio al servizio del potere: l'apparato di amministrazione della giustizia sotto il regime nazista si tramutò, così, in un onnipotente strumento di terrore, pulizia etnica ed educazione<sup>271</sup>.

Allo stesso tempo, sul piano scientifico, trovavano ampia diffusione le teorie di criminologia biologica, secondo le quali l'eredità genetica costituirebbe uno se non il principale fattore criminogeno. Dal darwinismo sociale alle teorie del delinquente nato di Lombroso, nella Germania nazista si offre ampio credito alle teorie eugenetiche e della razza, che nel settore penale culminano negli studi di Exner di *Biologia criminale*<sup>272</sup>.

In questa seconda fase, gli interventi legislativi che maggiormente mostrano di accogliere le teorie criminologiche e le dottrine normative del *Tätertyp* sono: l'ordinanza contro soggetti nocivi per il popolo (*Volkschädling*) del 5 settembre 1939, il Progetto sugli estranei alla comunità (*Gemeinschaftsfremde*) del 1940 e la legge di riforma del codice penale che introduce due tipi di autore: quello dell'assassino e dell'omicida (paragrafi 211 e 212) del 1941.

Nella prospettiva della guerra totale, esterna e interna, il principale nemico interno si sarebbe dovuto individuare nei membri del corpo sociale che in ragione del loro atteggiamento interiore non si sarebbero mostrati degni di appartenere alla comunità. Essi si identificano con *Tätertyp* normativi, che fungono da criteri interpretativi di una legge che diventa sempre più vaga e imprecisa. Il fine principale del rimaneggiamento del diritto penale vigente diventa quello di legittimare la costruzione di stereotipi di nemico (*Feindbilder*) del popolo in base a un giudizio prettamente etico sulla *Gesinnung*, in modo tale che la giustizia penale, ormai spogliata dei caratteri di formalismo, legati a principio di tassatività e

---

271 Così H. SCHULZE, *Breve historia de Alemania*, cit., 204.

272 Vd. FRANZ EXNER, *Biología criminal en sus rasgos fundamentales*, traduzione in spagnolo di Juan del Rosal (titolo originale *Kriminalbiologie in ihren Grundzügen*, Hamburg 1939) 1946.

determinatezza, potesse pienamente adeguarsi e forgiarsi in base ai pregiudizi sociali, emotivamente determinati, ricavati direttamente dallo spirito o sentimento del popolo<sup>273</sup>.

Su questa scia di terrore, nel 1944, durante il pieno *auge* delle tesi sulla selezione genetica della razza derivante dagli studi di biologia criminale, sorge il convincimento che la depurazione razziale della legge del 1933 non fosse sufficiente, dovendosi predisporre soluzioni più efficaci e meno formalizzate sul piano delle garanzie processuali. Ritenendosi necessaria una disciplina che permettesse di eliminare più facilmente il nemico interno, iniziarono i lavori per un progetto sugli estranei alla comunità che vide Mezger e Exner come principali promotori e il cui fine era quello di ampliare la portata dell'espressione «nemico interno» non soltanto agli oppositori politici e a tutte le classi pericolose, bensì anche ad altri soggetti non ancora contemplati nella disposizione anteriore. Dovevano rientrare nella definizione di nemico del popolo non solo coloro che non fossero di razza ariana o chi appartenesse a popoli stranieri, ma anche i falliti, i refrattari al lavoro e chi avesse una vita disordinata o ancora chi per la sua personalità e modo di vita si potesse dedurre che avesse la tendenza a commettere reati.

Tale riconoscimento<sup>274</sup> sarebbe stato sufficiente per determinare una condanna alla reclusione a tempo indeterminato, oltre ad altri interventi specifici di neutralizzazione (tra cui castrazione e sterilizzazione, affinché tali soggetti non mettessero al mondo una discendenza indesiderabile). Allo stesso tempo si prevedeva l'estensione delle ipotesi di applicazione della pena di morte per i nemici della comunità, se sentita necessaria dal sentimento del popolo: un'arma di terrore e dominio mascherata sotto le spoglie del diritto. Tale progetto, per il concreto svolgersi degli eventi relativi alla guerra, non arrivò a diventare legge. Tuttavia, ciò che essa promuoveva a livello normativo era già ampiamente portato a termine dagli organi giurisdizionali e di polizia del regime, in cui regnava già il più completo arbitrio repressivo, all'ombra del diritto.

---

273 In questo senso M. FROMMEL, *La lucha contra la delincuencia*, cit., 361.

274 Sarebbe impossibile definirlo accertamento, non essendovi alcuna oggettività rilevabile.

***e. Le singole manifestazioni della dottrina dei tipi di autore***

Il regime nazionalsocialista, sorto dalla decadenza di una classe intellettuale già persuasa dalle correnti dell'irrazionalismo, poté contare su un elevato numero di adesioni più o meno entusiastiche anche tra i banchi dei giuristi. Anche nella dottrina giuspenalistica si procede, infatti, ad una progressiva operazione intellettuale di legittimazione della concezione reificata dell'uomo alla base del soggettivismo punitivo nazionalsocialista. L'uomo, funzionalizzato alla realizzazione di un progetto di vita totale, è qui concepito nella unidimensionalità del ruolo sociale assegnatogli in qualità di membro della comunità. In essa, egli deve diventare completamente trasparente, senza opacità dinanzi allo sguardo sociale e del potere. Non esisteva, per il totalitarismo nazionalsocialista, quello spazio imperscrutabile di autodeterminazione che rappresenta il fondamento della soggettività individuale.

***a) Friedrich Schaffstein in Das Verbrechen als Pflichtverletzung***

Tra le prime opere che sintetizzano questa concezione dell'uomo e il suo rapporto con la comunità, si colloca quella di Friedrich Schaffstein *Das Verbrechen als Pflichtverletzung* del 1935<sup>275</sup>. In essa questo autore delinea l'evoluzione storica della scienza del diritto penale in due tappe: la prima, quella che ha dato origine allo sviluppo del pensiero liberale, ha attribuito centralità nell'esperienza giuridica alla libertà privata dell'individuo, a quella sfera di imperscrutabilità e di invisibilità del singolo rispetto al potere, che rappresenta lo spazio di sviluppo autonomo della sua personalità. La seconda tappa, quella realizzata dal nazionalismo, attribuisce, invece, centralità ai valori della collettività contro il dominio egoistico dell'individuo. Quest'ultimo, considerato solo in qualità di membro della collettività, *Volksgenosse*, e privato di uno spazio di autodeterminazione impermeabile al potere, non è inteso come soggetto di diritto in sé, ma soltanto come complesso di ruoli sociali, che possono essere valutati come funzionali o disfunzionali rispetto al bene supremo rappresentato dal popolo quale entità totalizzante. In tale concezione, il diritto penale si interessa dell'atteggiamento interiore del soggetto, per verificare la sua disfunzionalità rispetto a questo bene supremo, con la conseguenza che la rimproverabilità del singolo si viene a misurare sul grado di opposizione alla

---

275 FRIEDRICH SCHAFFSTEIN, *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, in AA. VV., *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, a cura di G. Dahm – E. R. Huber – K. Larenz – K. Michaelis – F. Schaffstein – W. Siebert, Berlin, 1935, 108ss.

collettività e il fondamento della responsabilità si riduce ad una mera violazione di un dovere di fedeltà<sup>276</sup>.

Così come in Carpvov il reato si identificava in ogni caso in una offesa alla Divinità ipostatizzata, allo stesso modo, qui è la comunità giuridica, impersonificata dal potere, a coprire il ruolo di soggetto passivo del reato: è infatti la violazione di un dovere nei confronti della collettività a porsi quale sua essenza, quale suo fondamento. In questa concezione, il reato da lesione ad un bene giuridico, diventa mero atto contrario al valore della comunità, «*Gemeinschaftswidrigkeit*», un tradimento del popolo, *Verrat*, la violazione di un dovere di fedeltà al corpo sociale e al *Führer*, che si produce a causa e attraverso una erronea formazione del modo di atteggiarsi della sua volontà («*Willensstrafrecht*» secondo Freisler<sup>277</sup>), del suo atteggiamento interiore («*Gesinnungstrafrecht*» secondo Kohlrausch<sup>278</sup>) o della sua personalità. Il soggetto, pertanto, non è punito per aver offeso un bene giuridico corrispondente ad una norma tassativamente prevista, bensì per aver esteriorizzato, in qualsiasi modo che possa ritenersi offensivo per il sentimento del popolo e il principio di guida impersonificato nel *Führer*, un atteggiamento interiore rimproverabile, perché determinato da un tradimento rispetto alla collettività, consistente nella violazione di quei doveri di fedeltà che cadono su ciascuno in qualità di membro della comunità.

Una nuova cornice valoriale, costruita sui concetti di razza e popolo, impongono dunque al regime la costruzione di un sistema penale in grado di possedere anche la più intima determinazione di volontà dei singoli, che, privi di valore in sé, si riducono a strumenti di quel potere: essi, nella materia penale, sono solo autori, trasparenti nella loro essenza di disvalore alla determinazione dell'autorità.

#### b) Erik Wolf in Tattypus und Tätertypus

Anche Wolf ritorna a sviluppare la dottrina che aveva delineato già precedentemente all'ascesa del regime come prospettiva *de iure condendo*, ma adesso con la consapevolezza di muoversi in un contesto che è pronto ad accogliere la

276 F. SCHAFFSTEIN, *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, cit., 115.

277 ROLAND FREISLER, *Einige Gedanken über Willensstrafrecht und Mehrheit von Straftaten*, in *Deutsches Strafrecht*, 1935, 162ss.

278 EDUARD KOHLRAUSCH, *Das kommende deutsche Strafrecht*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 54.1935, 387ss.

concettualizzazione di un *Tätertyp* come soggetto intimamente corrotto: lo farà nel suo articolo *Tattypus und Tätertypus* del 1936<sup>279</sup>.

Riprendendo le posizioni filosofiche dell'ontologismo fenomenologico, egli ritorna a sostenere che l'essenza del reato sarebbe da individuare nella sua unità ontica formata ugualmente da fatto e autore: questi due elementi sarebbero inscindibili in quanto il fatto acquisterebbe senso solo quale manifestazione esterna di una volontà umana, così come questa non potrebbe che emergere nella sua dimensione di fatto. Da tale unità ontica egli deriva la impossibilità logica di scomporre il reato in categorie, quali tipicità, antigiuridicità e colpevolezza, che solo surrettiziamente, come ombre malferme dell'essenza del reato, sarebbero in grado di riportarne una rappresentazione. E tuttavia tale rappresentazione non sarebbe in alcun modo in grado di cogliere l'essenza del reato, arrestandosi sulla soglia di una costruzione artificiale. L'indagine analitica, nella mediatezza della costruzione per categorie e concetti non potrebbe giungere all'in sé dell'essenza, la quale si rivela solo nell'immediatezza dell'intuizione.

Al contrario, lo strumento irrazionalistico costituito dall'intuizione eidetica di Husserl, che già aveva avuto un lungo processo di gestazione nelle correnti del Romanticismo da Schelling fino a Nietzsche passando per Schopenhauer, si riprometteva in gnoseologia di restituire alla mente umana l'essenza stessa delle cose e, tra esse, del reato, quale modo di essere dell'autore. Per tale ragione, il concetto di autore, di cui si devono riconoscere le solide radici filosofiche nelle correnti dell'irrazionalismo, non può considerarsi di natura o origine sociologica o psicologica, trovandosi invece colto nel mondo valoriale delle essenze, di natura politica e etica.

Alla luce dell'evoluzione del diritto positivo, che sembra accogliere la prospettiva di un diritto penale d'autore e di una giustizia sostanziale che si sostituisce al formalismo, Wolf individua tre possibili scenari interpretativi delle disposizioni penali, a seconda del grado di positivizzazione del tipo di autore: il primo caso, in cui il legislatore fa espresso riferimento ad un tipo di autore, questo diventa *ratio* della norma, la quale deve essere interpretata e sistematizzata in funzione di quell'elemento. Il secondo caso si identifica in quelle ipotesi in cui la legge tipizza in

279 E. WOLF, *Tattypus und Tätertypus*, cit., 359ss.

modo incompleto i caratteri del tipo di autore, richiedendo l'intervento del giudice a completamento della norma. La terza ipotesi, invece, riguarda quei casi in cui la legge non fa alcun riferimento ad un tipo di autore: in tal caso, attraverso il ricorso al par. 2 riformato e in adesione ad una nuova concezione del diritto penale orientato alla giustizia sostanziale nei confronti del valore primario rappresentato dalla comunità, l'interprete dovrebbe ricavare dal senso della legge, quel *Gedanke* fondamentale evocato dalla disposizione, quale sia l'atteggiamento interiore corrispondente al livello di degenerazione dell'autore verso forme corrotte di personalità. Ciò in quanto il fondamento della responsabilità penale sarebbe sempre da individuare nella lesione o messa in pericolo della comunità da parte di una personalità corrotta, anche laddove non sia stato possibile tecnicamente il riferimento diretto ad un tipo di autore.

c) *Edmund Mezger e Die Straftat als Ganzes*

Sulla stessa linea di pensiero, che nega la sostenibilità metodologica di una teoria analitica del reato, si pone anche l'opera di Mezger *Die Straftat als Ganzes* del 1938<sup>280</sup>. Come già emerge dal titolo dell'opera, il reato, per questo autore, andrebbe inteso come un tutto (*als Ganzes*). Sul piano sistematico, egli sostiene dunque l'abbandono della concezione analitica (*trennende Betrachtung*) della struttura del reato a favore di una sua concezione unitaria e globale (*Ganzheitsbetrachtung*).

L'argomento svolto dal giurista parte dal medesimo presupposto della scienza penale integrata di von Liszt: se accogliamo l'idea che la pena non si applica al fatto ma all'autore così da giustificare l'orientamento della funzione della pena ai caratteri criminologici di quest'ultimo, in realtà anche la teoria del reato ne deve tener conto e orientandosi ad essa. Infatti, non sarebbe possibile scindere il fondamento della responsabilità punitiva tra reato e pena, ma entrambe andrebbero orientate al soggetto che viola la norma penale. Se l'essenza del reato si trova solo nell'unità insolubile del fatto con il delinquente, allora sia la teoria della pena che la teoria del reato devono fondarsi su una dottrina del tipo d'autore, nella cui essenza si ricongiunge ad unità il significato normativo dell'intervento penale, che invece resta celato alla mera somma di tutti gli elementi delle categorie penali. Pertanto, a suo

---

280 EDMUND MEZGER, *Die Straftat als Ganzes*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 57.1938, 677ss.

avviso, l'interpretazione della norma e l'accertamento del reato si misurano, non in base alla lettura di categorie astratte, bensì attraverso l'indagine sulla corrispondenza dell'azione o manifestazione esterna rispetto al tipo di autore: solo l'essenza dell'autore sarebbe in grado di restituire il senso unitario proprio del reato.

Il punto di partenza per Mezger, a differenza di Schaffstein e Wolf, non è però un tipo normativo, bensì un tipo criminologico di delinquente: egli parte dalla premessa dell'esistenza nella realtà sociale di molteplici tipologie di autore<sup>281</sup>. Ciò permette di proporre un sistema teorico e uno pratico per lo studio e l'applicazione dei diversi tipi individuati. Sul piano della teoria generale dei tipi di autore, esistendo a suo avviso nella realtà sociale diversi tipi di delinquente criminologicamente determinati, questo insieme dovrebbe ergersi a criterio decisivo per interpretare tutte le fattispecie penali. Egli, insieme a Wolf, sostiene infatti che anche quando il legislatore ha proibito specifiche condotte, senza far riferimento esplicito ad un tipo di autore, in realtà avrebbe cercato di tradurre l'essenza personale del tipo di delinquente in una azione che fosse rappresentativa di quella sua essenza. Pertanto, se il tipo di autore è espresso nella legge, l'accertamento delle sue caratteristiche è requisito indispensabile per l'interpretazione della stessa; ma anche quando non è espresso, esso si configura comunque quale elemento essenziale per tutte le fattispecie: infatti, l'elemento oggettivo descritto dalla norma avrebbe solo il compito di concretizzare con maggiore precisione la punibilità di determinati tipi di autore. Dunque il compito dell'interprete sarebbe quello di portare alla luce gli elementi impliciti nella legge in modo tale da farla corrispondere alla classe di persona corrispondente. Ciò era reso possibile attraverso il nuovo par. 2 StGB, alla cui redazione Mezger partecipò.

In concreto, tali posizioni metodologiche si traducono in una estensione analogica delle norme penali. Ad avviso dello studioso, infatti, dovrà essere punito sia chi commette il fatto, pur non corrispondendo al tipo di autore sotteso alla disciplina positiva, sia chi corrisponde al tipo, ma sempre che ci sia alla base un determinato atto, una manifestazione esteriore riconducibile alla norma<sup>282</sup>. In questo senso la redazione di un diritto penale del fatto continuerebbe ad esercitare un debole vincolo nella definizione della fattispecie, ma inficiato dal mancato riferimento fondativo a

---

<sup>281</sup> *Ibidem*, 687.

<sup>282</sup> E. MEZGER, *Die Straftat als Ganzes*, cit., 679.

qualsiasi forma di offensività oggettiva, che concretamente perde del tutto di rilevanza ai fini della condanna e consente quelle forme aberranti di imputazione, che caratterizzano un sistema soggettivistico del diritto penale<sup>283</sup>. La domanda circa il fondamento della responsabilità penale, così come nei sistemi oggettivistici di diritto penale si traduce nella ricerca del bene giuridico tutelato e nell'accertamento della corrispondenza del fatto alle modalità di condotta descritte dalla norma, nei sistemi soggettivistici, che fondano la responsabilità penale sulla essenza dell'autore, si tradurrà nella ricerca del tipo d'autore sotteso alla norma e dell'indagine circa i suoi caratteri costitutivi essenziali.

Sul piano dell'applicazione della dottrina generale dei tipi di autore al caso concreto, Mezger sostiene che il ricorso a quest'ultima possa offrire importanti delucidazioni sul grado di adeguamento della personalità del singolo ai valori della collettività, rilevanti ai fini del giudizio di colpevolezza e della individualizzazione e commisurazione della pena. Il grado di colpevolezza sarebbe in sostanza maggiore a misura che cresce la corrispondenza del fatto alla personalità del delinquente, che in tal modo si identifica per approssimazione con il tipo di autore astratto. L'adeguamento sociale, la sua adesione ai valori della comunità, infatti, diminuisce, fino a mancare, a misura che quelle condotte di vita del tipo di autore, individuate come premesse ermeneutiche, si riconoscano nel caso concreto e abbiano indotto quel singolo membro a convertirsi in un degenerato secondo il par. 20 StGB riformato dal nazionalsocialismo<sup>284</sup>.

*d) Georg Dahm, nel suo Der Tätertyp im Strafrecht*

L'opera che esprime in modo più completo il soggettivismo del pensiero nazionalsocialista è da attribuire a Georg Dahm, nel suo *Der Tätertyp im Strafrecht* del 1940<sup>285</sup>. Egli ha portato la teoria dei tipi normativi di autore alle sue massime conseguenze arrivando al culmine di un processo di progressiva soggettivizzazione del diritto penale. Tuttavia egli continuerà a sostenere di muoversi all'interno di una cornice di diritto penale del fatto, poiché non mancano nella sua concezione i riferimenti al fatto, all'azione, al bene giuridico, ritenendo il mero guscio esteriore di

---

283 Tuttavia il riferimento ad un atto fece affermare a Mezger di muoversi in un contesto di diritto penale del fatto anche con riferimento al diritto penale nazionalsocialista, *Ibidem*.

284 E. MEZGER, *Die Straftat als Ganzes*, cit., 688.

285 GEORG DAHM, *Der Tätertyp im Strafrecht*, Leipzig 1940.

tali concetti, privati del loro contenuto valoriale, già sufficiente a rispettare i parametri di una responsabilità punitiva che risponde a fatti e non ad una funzione intrinsecamente discriminatoria quale il diritto penale d'autore. Anzi, secondo un travisamento e una manipolazione strumentale di tali concetti rispetto al loro corrispondente valoriale, le dottrine del tipo di autore si innalzavano sulle spalle del personalismo, indicando proprio nella presa in carico del soggetto, nella totalità della sua vita e dei suoi rapporti sociali, l'oggetto di cura e attenzione, ma anche all'occorrenza di punizione ed eliminazione da parte dell'organo collettivo. Ecco allora che il soggetto, con la sua anima dissezionata sul tavolo anatomico del processo, diventa oggetto di attenzione, oggetto di cura, oggetto di classificazione e oggetto di indagine: ecco appunto che il soggetto, in fin dei conti, diventa oggetto.

Secondo Dahm, come detto, la sua costruzione teorica continua a inquadarsi in un diritto penale del fatto o, al massimo, in una congiunzione del fatto e dell'atteggiamento interiore<sup>286</sup>, poiché essa non mira a punire i soggetti per appartenere ad una determinata classe criminologica di autore né l'oggetto della pena sarebbe da individuare nella personalità globale (*Gesamtpersönlichkeit*) del delinquente. Essa invece risponderebbe ad atti concreti, ad un atteggiamento interiore concreto e una colpevolezza per il fatto individuale<sup>287</sup>.

I principi di un diritto penale del fatto, tuttavia, presenterebbero delle eccezioni sia nella parte generale del codice, come, ad esempio, per il caso del delinquente abituale, in cui viene in considerazione anche la colpevolezza per la condotta di vita<sup>288</sup>, sia nella parte speciale, ove si puniscono modi di vita antisociali o asociali secondo la concezione del popolo.

Queste eccezioni sarebbero dovute al vincolo inscindibile tra fatto e autore, che presentano una connessione interna di senso, la cui conoscenza è necessaria per interpretare correttamente le fattispecie. Per questo sarebbe improprio contrapporre un diritto penale del fatto e un diritto penale d'autore. Egli, seguendo Wolf, crede che alla base di ciascuna fattispecie ci sia un tipo di autore, ma la cui natura non è

---

286 Logicamente impossibile riguardando una domanda fondativa che si pone necessariamente in posizione di alternatività.

287 G. DAHM, *Der Tätertyp*, cit., 7ss.

288 G. DAHM, *Der Tätertyp*, cit., 9: a suo avviso, infatti, l'aumento di pena non risponde a ragioni special-preventive connesse alla pericolosità futura del soggetto, bensì a ragioni di giustizia retributiva per la colpevolezza dell'autore G. DAHM, *Der Tätertyp*, cit., 15

univocamente determinata. Essa avrebbe consistenza criminologica, laddove si ponga come risultato di una constatazione di dati prodotti dalle scienze sociologiche: in questi casi, la funzione della pena assumerebbe carattere special-preventivo e la risposta sanzionatoria si delineerebbe nelle forma delle misure di sicurezza. Al contrario, essa avrebbe natura normativa, in quei casi in cui la fattispecie si fondi su un giudizio di valore che si nutre della concezione del popolo e dei prototipi di autore concepiti dal legislatore. Questa fonte materiale condiziona la costruzione della fattispecie sia sul piano oggettivo che su quello degli elementi soggettivi, mentre sul piano della pena la previsione risponderebbe ad una funzione neutralizzante ed espiatoria come rimprovero all'individuo quale membro corrotto o deviato della comunità<sup>289</sup>.

Nel modello di diritto penale promosso da Dahm, il legislatore avrebbe il compito di riflettere nelle fattispecie l'immagine dei tipi di autore già presenti nella coscienza collettiva del popolo, secondo quel processo organicistico che abbiamo già trovato in Schmitt. Proprio questa dimensione ideologica, che nutre il diritto degli istinti sociali, del linguaggio comune, del sentimento popolare, come fonte materiale del diritto, crea un vincolo inscindibile tra propaganda di regime, opinione pubblica e diritto penale. Oggi la medesima nefasta connessione tra la somma delle emotività individuali, mezzi di comunicazione di massa e interventi emergenziali nel diritto penale la ritroviamo in quel fenomeno di c.d. criminologia mediatica, ove la costruzione non solo degli ambiti di intervento, ma anche del modo stesso di predisporre la risposta ordinamentale sembra dettato dalla rappresentazione presso l'opinione pubblica dei fenomeni sociali su cui i media catalizzano l'attenzione del pubblico degli spettatori<sup>290</sup>.

Sul piano metodologico, le operazioni ermeneutiche a cura dell'interprete sul corpo normativo devono, dunque, per Dahm, essere svolte alla luce dei tipi normativi di autore che emergono dallo spirito del popolo. L'interpolazione dei tipi d'autore risulterebbe già implicita e necessaria per l'interpretazione degli elementi normativi della fattispecie, che per loro natura si presentano aperti all'integrazione secondo il comune sentire, mentre sarebbe più difficile per gli elementi puramente descrittivi.

---

289 G. DAHM, *Der Tätertyp*, cit., 29.

290 Su ciò ritorneremo nel prosieguo della trattazione, quando affronteremo il tema del diritto penale mediatico.

Ciononostante, egli sostiene che tutto il diritto penale debba essere contemplato partendo dalla prospettiva legittimante del sentimento del popolo, dunque anche in quei casi in cui la descrizione della fattispecie non richiami, attraverso clausole aperte e concetti connotativi, l'intuizione sociale del reato. Solo così, infatti, il diritto potrà rispondere da un lato al suo compito di specchio dell'ordine morale del popolo, «*als Spiegelbild der völkischen Sittenordnung*» e, dall'altro, alla sua funzione di formazione stessa del popolo<sup>291</sup>. In merito a quest'ultimo punto, infatti, la pena svolgerebbe non solo una funzione di neutralizzazione dei membri deviati, in funzione di protezione della morale comune, ma anche una funzione general-preventiva di carattere integrativo, volta a creare consenso intorno al progetto di supremazia tedesca.

Per questo autore, che crede fermamente nella concezione organicistica del diritto quale portato della coscienza collettiva, quelli giuridici non andrebbero intesi come concetti puramente tecnici o artistici, come forme astratte inventate da legislatore, in quanto essi, al contrario, preesisterebbero nella coscienza del popolo, alla quale si attinge attraverso l'intuizione irrazionale del sentimento comune. Pur necessitando di maggiore precisazione e concettualizzazione da parte del legislatore per entrare nella disposizione, la concezione del popolo rappresenterebbe, così, il materiale grezzo su cui lavorano sia il giudice, che il legislatore. Pertanto diventa conseguente che le fattispecie (*Tatbestände*), in quanto rielaborazione necessariamente concettuale e mediata di quel materiale, non sempre siano in grado di riflettere esattamente i tipi di autore (*Tätertypen*) che si colgono nella concezione del popolo.

Al fine di restituire la dimensione socialmente essenziale al reato, si richiede, dunque, uno sforzo interpretativo di concretizzazione della norma, volto a integrare teleologicamente il riferimento ai tipi di autore, che sono alla base di ciascuna disposizione e ne costituiscono il fondamento, con la astratta previsione, per sua natura estranea alla realtà che pure intende rappresentare. Per questo motivo, lo studioso, al fine di ridurre lo scarto esistente tra disposizione e realtà ontica del reato, suggerisce di ricorrere al linguaggio comune, quotidiano e connotativo, che maggiormente risponderebbe al sentimento morale del popolo.

---

291 G. DAHM, *Der Tätertyp*, cit., 90ss.

Quest'opera continua di concretizzazione da parte dell'interprete si renderebbe particolarmente necessaria, secondo gli esempi offerti nell'opera, in particolare per le fattispecie di omissione, per la configurazione del tentativo negli atti preparatori a seconda dell'importanza dell'atteggiamento interiore rispetto al fatto, per l'estensione analogica *in malam partem* che si ritenga giustificata sul piano politico-criminale. Questo vincolo concreto con la realtà sociale, la fusione del diritto con la giustizia sostanziale, dimostrerebbe e garantirebbe, così, che il principale obiettivo di tale operazione interpretativa non sarebbe puramente l'estensione arbitraria delle norme penali oltre i limiti di tassatività, bensì precisamente quello di punire con la massima forza i soggetti nocivi per il popolo<sup>292</sup>.

---

292 G. DAHM, *Der Tätertyp*, cit., 64

## CAPITOLO III

### FUNZIONALISMO E NEMICO NEL DIRITTO PENALE

*«Gmork: Sei uno sciocco e non sai un bel niente di Fantasia. È il mondo della fantasia umana. Ogni suo elemento, ogni sua creatura scaturisce dai sogni e dalle speranze dell'umanità e quindi Fantasia non può avere confini.*

*Atreyu: Perché Fantasia muore?*

*Gmork: Perché la gente ha rinunciato a sperare. E dimentica i propri sogni. Così il Nulla dilaga.*

*Atreyu: Che cos'è questo Nulla?*

*Gmork: È il vuoto che ci circonda. È la disperazione che distrugge il mondo, e io ho fatto in modo di aiutarlo.*

*Atreyu: Ma perché?*

*Gmork: Perché è più facile dominare chi non crede in niente ed è questo il modo più sicuro di conquistare il potere».*

*La storia infinita,  
Wolfgang Petersen*

#### **1. Introduzione**

Nel capitolo che precede abbiamo fornito una prima definizione di soggettivismo punitivo, collocando il suo fondamento nel processo di reificazione dell'uomo. Abbiamo infatti sostenuto la tesi secondo la quale dall'oggettivizzazione dell'uomo procede la soggettivizzazione del diritto penale<sup>293</sup>. Questo processo di comunicazione tra la concezione del mondo, nella quale si muovono il rapporto dell'uomo con la conoscenza, con la natura e con se stesso, e la forma del diritto punitivo, si determinerebbe in quanto, essendo il diritto un sistema normativo, esso è intimamente condizionato, nelle sue fondazioni costitutive, dall'autocoscienza sociale storicamente determinata. In una prospettiva polarizzata si può affermare che quando l'uomo è concepito come valore in sé, il diritto penale si oggettivizza, poiché diventa strumento del suo benessere: a questo scopo, in esso si selezionano quegli

---

293 *Supra*, *Il soggettivismo punitivo*.

aspetti della vita che necessitano di maggiore protezione o valorizzazione poiché è l'uomo concreto la misura del diritto. Al contrario quando l'uomo perde i suoi confini e si confonde tra gli oggetti, in ragione dell'affermazione di una superiore entità, che lo trascende, il diritto accoglie e riflette questa concezione e tramuta l'uomo in una maschera. Egli è così trattato come oggetto, sezionato e collocato in un catalogo di utilità e inutilità: a seguito di questa reificazione, di questa compressione dell'uomo nell'etichetta, nel marchio ad esso apposto, vengono selezionati gli elementi funzionali e quelli disfunzionali rispetto alla volontà dell'entità superiore: si distinguono allora i puri dagli impuri<sup>294</sup>, i sani dai corrotti<sup>295</sup>, i saggi dai folli<sup>296</sup>, gli spiriti dai demoni<sup>297</sup>.

Uno studio sulle cause di questo stato di reificazione non appartiene al campo di indagine giuridico-filosofica. Tuttavia, abbiamo proposto, pur senza incedere eccessivamente fuori dal campo del diritto, che tale situazione è possibilmente determinata da un perdurante stato di profondo disagio sociale: l'idea che l'uomo sia disposto a rinunciare a se stesso, reificandosi per un fine diverso, è infatti immaginabile soltanto in una prospettiva che veda compromesse le sue capacità di sopravvivenza e di autoriconoscimento, tanto da dover ricorrere ad un elemento esterno di autodefinizione. Alla base di questo processo si collocano, dunque, la paura, l'angoscia esistenziale, la minaccia per l'incertezza: sono le passioni tristi.

Questa condizione della concezione del mondo, che è stato particolarmente studiato rispetto alle società industrializzate di inizio Novecento e di quel loro risultato mortifero rappresentato dai totalitarismi, sembra non trovare in questi ultimi la sua dimensione esclusiva: il tratto distintivo dei totalitarismi novecenteschi rispetto a tutte le altre manifestazioni del soggettivismo punitivo sembra collocarsi nel loro tipo di struttura socio-politica, ma non nel modello di metanarrazione su cui essi si reggevano. Una terrificante sistematicità, programmaticità, e massificazione ideologica hanno permesso al totalitarismo di essere particolarmente efficiente nel suo progetto di sterminio, di eliminazione meccanica del diverso dalla produzione in serie. E tuttavia il meccanismo discriminatorio implicito nella reificazione e nel

---

294 Come nel diritto penale teocratico.

295 Come nel nazionalsocialismo.

296 Come nel positivismo biologico.

297 Come nell'animismo.

conseguente paradigma soggettivistico dell'esercizio del potere punitivo si è proposto attraverso le più diverse strutture sociali in ogni epoca e in ogni luogo, ogni qualvolta se ne sono riproposte le circostanze scatenanti, tra cui si collocano insicurezza sociale e angoscia esistenziale.

Questa analisi non solo conferma la continuità dell'essere umano nella creazione dei suoi sistemi di credenza, pur modificandosi e accrescendosi la complessità dei modelli sociali e culturali. Essa rivela allo stesso tempo una inquietante prospettiva per l'autoosservazione contestuale della nostra società e una incalzante minaccia che incombe sul futuro che essa prospetta. Pertanto, in questa sezione affronteremo, pur senza pretese di esaustività, alcune forme di soggettivismo punitivo contemporanee. Lo faremo utilizzando quegli elementi che abbiamo indicato nell'indagine storica e metagiuridica come specifici dell'autoritarismo reificante, e rispetto al quale il tempo ha frapposto lo spazio sufficiente per la lucidità dell'osservazione, ciò che invece manca per l'autoosservazione contestuale.

La prima tendenza politico-criminale che verrà sottoposta a questa analisi dialettica tra una concezione soggettivistica dell'uomo e oggettivistica del diritto penale da un lato e una concezione oggettivistica, reificata dell'uomo e soggettivistica del diritto penale sarà quella dottrina che si è diffusa con il nome di «diritto penale del nemico» o *Feindstrafrecht*. L'autore cui si deve la riemersione dagli oscuri antri della dottrina politica schmittiana del concetto di nemico, per la descrizione prima<sup>298</sup> e la legittimazione poi<sup>299</sup> delle tendenze di politica criminale contemporanea, è Günther Jakobs.

Questo autore, già famoso per la fondazione di una corrente metodologica che si definisce funzionalista<sup>300</sup>, applica questo criterio fino alle sue estreme conseguenze, finendo per sostenere, nell'attuale contesto politico-criminale, la necessità di un diritto penale a due velocità, non dissimile alla logica del doppio binario già conosciuta nella dottrina italiana, questa volta differenziando tra un diritto penale per

---

298 La prima formulazione ancora soltanto accennata, si trova in GÜNTHER JAKOBS, *Kriminalisierung im Vordfeld einer Rechtsgutsverletzung*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 97, 1985, 751ss..

299 Egli presenta nel 1999 una relazione al congresso annuale dei professori di diritto penale tedeschi dal titolo *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrausendwende* in cui descrive per la prima volta i tratti essenziali del diritto penale del nemico.

300 Di cui si dirà oltre, *Infra*, par. 2.3.

il cittadino ed uno per il nemico<sup>301</sup>. Mentre nel primo si vedrebbero riconfermate le garanzie del diritto penale oggettivistico, ma riletto prevalentemente in termini di funzione general-preventiva positiva, il diritto penale del nemico ammetterebbe un paradigma teleologico orientato all'esclusione e neutralizzazione del reo, dietro la quale continua a porsi l'efficacia general-preventiva positiva<sup>302</sup>. Tuttavia tale costruzione non si riflette unicamente sulla diversa funzione della pena, poiché questa, rappresentando il fine rispetto ai mezzi dati dagli istituti di diritto penale, rimodula tutte le categorie del reato, del processo e del sistema sanzionatorio, essendo queste strutture funzionalmente orientate a quella. Così come già avvenuto rispetto alla dottrina dei tipi di autore, dove una teoria di tipo prettamente sociologico, pensata soltanto rispetto all'adeguamento della risposta sanzionatoria, finì invece per presentarsi come dottrina normativa intaccando tutte le categorie giuridico-penali, anche qui un orientamento funzionalista preso a prestito dalla sociologia si riproduce pedissequamente sul piano prescrittivo.

La suddetta dottrina è stata ampiamente rifiutata e criticata dalla comunità internazionale<sup>303</sup> e tuttavia ha esercitato il suo fascino perverso insinuandosi nei principi di diritto penale e intaccandone la logica. Nonostante infatti la prospettiva nemicale abbia trovato veramente scarsi adepti anche tra i più stretti collaboratori di

---

301 GÜNTHER JAKOBS – MANUEL CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, (titolo originale *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht in Foundations and Limits of Criminal Law and Criminal Procedure*, Taipei 2003, 41ss), Navarra 2006.

302 GÜNTHER JAKOBS – MANUEL CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, cit., 23ss.

303 MANUEL CANCIO MELIÁ, *De nuevo ¿"Derecho penal del enemigo"?*, in *Derecho penal del enemigo*, cit., 85ss.; V. G. MARTÍN, *El derecho penal de autor*, cit., 263ss.; GUILLERMO PORTILLA CONTRERAS, *El derecho penal y procesal del "enemigo". Las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros internos-externos*, in *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, a cura di Jacobo López Barja de Quiroga y José Miguel Zugaldía Espinar, v. I, Madrid-Barcelona 2004, 693ss.; FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *De nuevo sobre el "derecho penal del enemigo"*, Buenos Aires 2005; EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *El enemigo en el derecho penal*, Buenos Aires 2006; AA.VV., *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, a cura di Manuel Cancio Meliá e Carlos Gómez-Jara Díez, Buenos Aires 2006; AA.VV., *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, a cura di Massimo Donini e Michele Papa, Milano 2007; AA.VV., *Delitto politico e diritto penale del nemico. Nuovo revisionismo penale*, a cura di Alessandro Gamberini e Renzo Orlandi, Bologna 2007; FERRANDO MANTOVANI, *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell'amico, il nemico del diritto penale e l'amico del diritto penale*, in *Rivista Italiana Diritto e Procedura Penale* 2007, 470ss.; ANTONIO PAGLIARO, "Diritto penale del nemico": una costruzione illogica e pericolosa, in *Cassazione penale*, 2010, 246ss.; FEDERICA RESTA, *Lessico e codici del "diritto penale del nemico"*, in *Giurisprudenza di merito*, 2006, 2785ss.; AA. VV., *Verso un diritto penale del nemico?*, *Questione Giustizia* n. 4 2006, numero monografico; AA. VV., *Legalità penale e crisi del diritto, oggi: un percorso interdisciplinare*, a cura di Alessandro Bernardi, Baldassarre Pastore, Andrea Pugiotto, Milano 2008; AA.VV., *Democrazia e autoritarismo nel diritto penale*, a cura di Alfonso Maria Stile, Napoli, 2011.

Jakobs, essa è riuscita comunque ad allentare le maglie del controllo di legittimità penale, introducendo nuovi sostegni argomentativi all'estensione dell'intervento penale in funzione di una non meglio definita esigenza di sicurezza<sup>304</sup>.

Siccome tale dottrina rappresenta soltanto una applicazione, per quanto estrema, del funzionalismo come dottrina giuspenalistica, che a sua volta è preso a prestito dalla teoria sociologica del funzionalismo strutturalista, la sua analisi può collocarsi su tre livelli: in primo luogo, dandone per ammesse le premesse, è possibile analizzarla nel suo preciso merito, verificandone gli specifici argomenti fondativi; in secondo luogo, andando ad indagare sulle sue premesse, è possibile domandarsi circa la sua coerenza con i postulati del funzionalismo penale; essendo però questa dottrina debitrice nei confronti del funzionalismo strutturalista, è possibile, in ultimo, verificare innanzitutto se nella fondazione del funzionalismo penale siano stati rispettati i criteri di comunicazione tra un campo scientifico prettamente prescrittivo ed uno invece descrittivo, e in secondo luogo se questa teoria sociologica in sé considerata presenti degli aspetti problematici<sup>305</sup> rilevanti per il discorso giuridico.

Il primo livello di analisi è quello in cui si è mossa con più competenza e alacrità la dottrina penalistica. In questo senso, si sono poste obiezioni dai più diversi punti di vista: da quello prettamente esegetico e dogmatico, a quello politico-criminale, e ancora sia sul piano nazionale, sia comparatistico che internazionale. Questo avrebbe potuto chiudere definitivamente con un rifiuto le possibilità di espansione della dottrina. Tuttavia mentre l'uomo può solo ricombinare gli elementi della natura, ma mai crearli, egli ha invece questo formidabile potere creativo riguardo alle idee, questo mondo fantastico e terribile che noi chiamiamo cultura. E nella cultura giuridica si è innestato un nuovo concetto che ha forzato il discorso giuridico-penale oltre i limiti che aveva faticosamente disegnato per se stesso: questa ferita resta aperta.

---

304 Sottolinea questo aspetto, FRANCESCO PALAZZO, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, in *Questione Giustizia* 4.2006, 672ss.;

305 Tutte le teorie presentano aspetti problematici, è ciò non le rende meno valide scientificamente: questi semplicemente richiedono un maggior grado di approfondimento ed eventuale falsificazione, lasciando intatta la congruenza interna della teoria, limitatamente a quegli ambiti in cui dimostri di risolvere meglio, ossia più coerentemente ed efficientemente, i problemi che ha posto il sistema scientifico di riferimento.

Gli altri due livelli di analisi sono stati meno attratti nella discussione scientifica, se non per gli specifici punti settoriali di volta in volta coinvolti. Per questa ragione partiremo proprio dalle prime premesse fondative della dottrina del diritto penale del nemico, quelle che si collocano nella teoria sociologica del funzionalismo strutturalista<sup>306</sup>, passando successivamente all'analisi del suo recepimento nella corrente funzionalista del diritto penale<sup>307</sup> e solo in ultimo, con una consapevolezza più salda su tali premesse, sulle loro implicazioni e le loro problematicità, ci muoveremo nel merito della dottrina<sup>308</sup>. Tale ordine argomentativo si rende necessario non soltanto per una esigenza di completezza e di consapevolezza dell'indagine, ma anche per una precisa posizione dell'Autore rispetto alle critiche che gli sono state mosse in dottrina. Egli afferma infatti innanzitutto che la sua dottrina non rappresenta una mera applicazione della teoria sociologica dei sistemi, ma senza specificare cosa si accolga e cosa invece si rifiuti di questa: ciò implica la mancata risposta alla conseguente domanda sul come e perché una teoria amputata e ritagliata secondo un criterio che non viene mai esplicitato possa mantenere ciononostante la sua coerenza descrittiva, ciò che la rende scientificamente valida.

Dall'altra, egli afferma che le critiche di matrice giuridica, che gli sono state mosse, con la loro componente intrinsecamente valoriale, peccano di ingenuità: sarebbero comode e illusorie<sup>309</sup>, poiché non tengono conto della realtà dei fatti, quella mostrata dalla teoria dei sistemi – che egli però accoglie e non accoglie allo stesso tempo – e pertanto sono controfattuali.

In questo modo egli si chiude strategicamente alle critiche che possono sorgere sia dall'incoerenza tra la teoria dei sistemi e lo svolgimento della sua potenzialità all'interno del diritto penale, sia dal piano valoriale della prescrittività. Egli espone al sociologo il volto del giurista e al giurista lo statuto del sociologo. Già questo comporta una incoerenza fondativa: le premesse sono poste e allo stesso tempo negate. In particolare, non essendo specificato quale parte sia accolta e quale sia rifiutata all'interno della teoria dei sistemi, si impedisce l'analisi della sua trattazione nell'ottica di quest'ultima. Come detto, alle critiche che provengono dal sistema

---

306 *Infra*, par. 2.

307 *Infra*, par. 3

308 *Infra*, parr. 4-5.

309 G. JAKOBS, *Derecho penal del enemigo*, cit., 15.

giuridico risponde attraverso il sistema sociologico luhmaniano, affermando che esse sono ingenuie in quanto non tengono conto della realtà comunicativa, ma allo stesso tempo si chiude alle critiche provenienti dalle implicazioni rispetto alle premesse luhmanniane, affermando che il suo sistema non si fonda su questo, ma si richiama semplicemente in punti non ben specificati alla sua teoria dei sistemi sociali come sistemi comunicativi. A questo punto la sua posizione, che oscilla costantemente tra la dottrina e la teoria, diventa incomunicabile, poiché si chiude arbitrariamente a qualsiasi ulteriore forma di sviluppo/verificazione o negazione/falsificazione: essa impedisce qualsiasi critica interna, da tutte le prospettive possibili. A questo punto, l'unico modo per interagire con la sua dottrina/teoria è oggettivandola: non dialogando sul merito, bensì sviluppando il suo contesto, dall'esterno e non dall'interno.

## ***2. Il funzionalismo strutturalista (in pillole)***

Quale specchio ha la società per osservare se stessa? Qualsiasi punto di osservazione si colloca irrimediabilmente all'interno di essa, non esistendo soggetto che possa dirsi escluso dall'oggetto «società»<sup>310</sup>. E allora comunque si voglia definire la società, la definizione stessa è già una delle operazioni dell'oggetto: nel momento in cui si effettua, deve descrivere anche se stessa. Essa è pertanto autologica<sup>311</sup>, poiché deve necessariamente comprendere il suo oggetto come un oggetto che descrive se stesso. Questo è il punto di partenza che nella teoria dei sistemi di Luhmann dà l'avvio al superamento dell'idea di società tradizionale: a suo avviso, essa è caratterizzata da elementi che le impediscono una adeguata analisi scientifica e che tuttavia si fatica a superare. Questi «ostacoli epistemologici» si identificano in tre premesse: che una società sia costituita da uomini concreti e da relazioni tra uomini; che le società siano unità regionali territorialmente delimitate; che pertanto le società possano essere osservate dall'esterno come gruppi di uomini o come territori. Questi ostacoli impedirebbero una determinazione concettuale precisa dell'oggetto società, poiché da un lato non tutto ciò che si può osservare nell'uomo appartiene alla società, mentre i confini territoriali rappresentano schemi arbitrari, che costringerebbero a ritornare al concetto di cultura per essere ridefiniti<sup>312</sup>.

310 NIKLAS LUHMANN – RAFFAELE DE GIORGI, *Teoria della società*, Milano 2003, 9ss.

311 N. LUHMANN – R. DE GIORGI, *Teoria della società*, cit., 10.

312 N. LUHMANN – R. DE GIORGI, *Teoria della società*, cit., 14.

Tali ostacoli si sono frapposti alla costruzione di una teoria dei sistemi che avesse consapevolezza del suo oggetto. Pertanto sarebbe necessario rinunciare a derivare da questi fatti un criterio per la definizione del concetto di società e così realizzare il passaggio ad una concezione radicalmente antiumanistica e antiregionalistica<sup>313</sup>.

La rinuncia a pensare la società moderna a partire dall'uomo sarebbe la conseguenza logica di una teoria che non separa soggetto e oggetto della conoscenza, poiché «la società come sistema sociale complessivo non conosce sistemi sociali oltre i suoi confini». Per questa ragione ogni descrizione sociale deve autoincludersi nella descrizione. Ponendosi all'interno della società che egli intende descrivere, per Luhmann non sarebbe la teoria ad aver espulso l'uomo, ma la società stessa<sup>314</sup>: in questo senso si manifesta quella circolarità tra descrizione e oggetto, che unisce in una identificazione problema e teoria. Luhmann sostiene infatti che la società moderna sia antiumanistica, non considerando l'uomo come valore centrale, ma reificandolo in funzione della sua strumentalità alla funzione di riduzione della complessità del mondo<sup>315</sup>.

La modernità della teoria dei sistemi consiste dunque nell'applicare il processo di de-soggettivazione osservato nella società moderna alla stessa teoria: in questo modo si supererebbe il dualismo tra soggetto e oggetto sostituendo ad essi l'autoreferenzialità e il formalismo della distinzione. Non essendovi infatti un soggetto esterno alla società non sarebbe neppure possibile trattare di un oggetto: al suo posto, come autoosservazione, si colloca il meccanismo della forma, che consiste in una demarcazione che separa due parti, definendole rispettivamente e obbligando ad attraversare la demarcazione per passare dall'una all'altra<sup>316</sup>. Ogni distinzione, ogni forma, crea così contemporaneamente un'altra parte, che impedisce l'in sé di ciascuna di esse: ognuna si definisce, si demarca attraverso l'opposizione all'altra. Nel sistema sociale complessivo la demarcazione fondamentale, che si riproduce poi a livello di sistemi parziali, è quella tra sistema e ambiente.

---

313 N. LUHMANN – R. DE GIORGI, *Teoria della società*, cit., 14.

314 CORRADO PUNZI, *La ribellione come atto creativo, Il potere del diritto e delle strutture nella teoria dei sistemi di Niklas Luhmann*, in *Nómadas, Revista crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, 2011.

315 N. LUHMANN – R. DE GIORGI, *Teoria della società*, cit., 40.

316 N. LUHMANN – R. DE GIORGI, *Teoria della società*, cit., 16ss.

Questa demarcazione, nei sistemi sociali, per Luhmann si definisce in base alla funzione da essi svolta, per cui tutto ciò che svolge la funzione è interno al sistema, mentre il resto rimane nell'ambiente. La funzione pertanto non va intesa, come in Parsons, quale elemento dinamico rispetto ad un elemento statico identificato nella struttura – ciò che renderebbe, a suo avviso, la teoria struttural-funzionalista intrinsecamente conservatrice – bensì quale elemento stabile che consente il mutamento delle strutture sociali. Questa idea di funzione, dunque, non corrisponde a quella di causa, la quale presupporrebbe una linearità univoca nella costruzione sociale, come sostenuto nello strutturalismo.

La ragione dell'emersione della funzione quale meccanismo di differenziazione strutturale tuttavia non sarebbe immanente a qualsiasi società. Esso risponde esattamente alla condizione storica delle società moderne, alle esigenze in essa emerse, e dunque il funzionalismo strutturalista dimostrerebbe ancora una volta la circolarità tra teoria e forma della società. In particolare il tratto distintivo delle società moderne andrebbe rinvenuto nella complessità del mondo in cui esse operano: una complessità inumana, che dunque necessita di strutture non umane di gestione<sup>317</sup>.

La complessità delle società moderne, dunque, impone il superamento di uno studio sociologico unidirezionale che da una causa derivi un preciso effetto nella produzione degli eventi sociali: è implicita in questa costruzione la possibilità di prevedere e programmare il futuro, con il suo precipitato tranquillizzante, ma essa non corrisponde alla realtà delle società moderne. Queste ultime devono porsi come società funzionalmente differenziate proprio perché non possono affrontare e rapportarsi diversamente alla loro complessità. Proprio la complessità del mondo, infatti, presenterebbe una quantità di alternative umanamente ingestibile, poiché all'enorme possibilità di esperienze e di azione, l'uomo contrappone soltanto una capacità assai limitata di percepire attualmente e consapevolmente, di elaborare informazioni e di agire<sup>318</sup>. Pertanto, il compito dei sistemi sociali sarebbe quello di

---

317 N. LUHMANN – R. DE GIORGI, *Teoria della società*, cit., 290ss.

318 NIKLAS LUHMANN, *Illuminismo sociologico*, Milano 1983, 37.

presentare una più ridotta complessità rispetto al loro ambiente, mediando tra le capacità dell'uomo e la complessità del mondo<sup>319</sup>.

In questa molteplicità il sistema preseleziona, dunque, quelle possibilità funzionalmente equivalenti, mettendo tra parentesi, nascondendo alla scelta, tutte le altre. Luhmann a tal fine introduce un concetto, mutuato dalla fisica quantistica, di equivalenza funzionale: in base alla funzione si possono selezionare un numero di possibilità tra di esse equivalenti, ovvero tutte in grado di produrre il medesimo effetto. Dunque la sociologia dovrebbe concentrare la sua analisi su quel fascio di fenomeni che sarebbero funzionalmente equivalenti, cercando di comprendere come sia possibile che tra tutte le possibilità se ne affermi solo una e cosa accada, ossia quale funzione svolgano, quelle che invece restano latenti. L'affermazione di una soltanto delle alternative funzionalmente equivalenti, per l'Autore, corrisponde all'orizzonte di senso che viene sedimentato ad opera del sistema attraverso la riduzione della complessità. Tuttavia, essendo il sistema funzionale operativamente chiuso, autonomo, ma non autarchico, questo senso si svolge e si produce attraverso tutte le sue operazioni interne in una continuità di ridefinizione del confine tra esso e l'ambiente<sup>320</sup>.

La specificazione funzionale consente al sistema sociale di selezionare a quali condizioni del suo ambiente reagire, restando indifferente a tutti gli altri aspetti. Questa barriera di indifferenza rappresenta lo strumento di protezione fornito dalla funzione rispetto alla ingestibile molteplicità delle possibilità. Pertanto, attraverso la funzione, il sistema sociale è autorganizzato e autopoietico: esso riesce a produrre le proprie strutture e a generare le singole operazioni o elementi del sistema, ignorando tutto il resto come rumore<sup>321</sup>.

Le specifiche operazioni svolte dai sistemi sociali, secondo Luhmann, che anche qui supera Parsons ed il suo concetto di azione, consisterebbero in comunicazioni, di modo che ciò che esula dal contesto della comunicazione rappresenta l'ambiente del

---

319 Il nuovo illuminismo, quello sociologico, consisterebbe proprio in questo principio funzionale della razionalità, che non ha più un fondamento ontologico nell'uomo ma si è funzione del sistema.

320 N. LUHMANN – R. DE GIORGI, *Teoria della società*, cit., 32; LUHMANN, *Illuminismo sociologico*, 37.

321 N. LUHMANN – R. DE GIORGI, *Teoria della società*, cit., 40ss.

sistema<sup>322</sup>. Tuttavia, la concezione Luhmanniana di comunicazione anche in questo senso si presenta antiumanistica: essa non consiste nella trasmissione di un contenuto che così passa da una coscienza all'altra, bensì nella creazione di un messaggio indipendente dalla intenzione dell'emittente, poiché costruito solo nel momento in cui esso raggiunge il destinatario e solo attraverso la comprensione da parte di quest'ultimo. Essendo, infatti, la coscienza imperscrutabile, essa è operativamente chiusa alla comunicazione, così come quest'ultima è indipendente da essa. Anche la coscienza presenta, infatti, una sua funzione e un suo sistema, ma essi sono di tipo psichico e non sociale. E tuttavia affinché si produca una comunicazione all'interno del sistema sociale, è necessario un intervento dall'esterno, nel suo ambiente, che attraverso la demarcazione tracciata dalla funzione comunicativa. Questo intervento è operato dalla coscienza.

Questa chiusura operativa autopoietica, per la quale soltanto attraverso la comunicazione è possibile interagire socialmente, delimita il sistema rispetto al suo ambiente, ma, allo stesso tempo, presuppone una continuità materiale tra l'uno e l'altro. A tale continuità la comunicazione oppone una separazione, una differenza funzionale, creando determinatezza nell'indifferenziato<sup>323</sup>.

In particolare la comunicazione sarebbe da porsi come operazione del sistema sociale, dato che essa presenterebbe tutte le proprietà necessarie per l'autopoiesi del sistema: secondo Luhmann, infatti, sarebbe un'operazione genuinamente sociale. Questa natura la si riconosce in primo luogo perché essa presuppone il concorso di un gran numero di sistemi di coscienza, ma, proprio per questo, come unità non può essere imputata a nessuna coscienza singola (non è detto, infatti, che il messaggio corrisponda alla coscienza dei partecipanti). Inoltre è sociale perché in nessun modo può essere prodotta una coscienza «comune» collettiva, in quanto il consenso non implica mai un accordo completo a livello di coscienza e tuttavia la comunicazione funziona. In ultimo, è autopoietica, proprio perché può essere prodotta solo in un contesto ricorsivo con altre comunicazioni e quindi solo in una rete alla cui riproduzione concorre ogni singola comunicazione stessa e nient'altro. In questo altro, che è l'ambiente, si collocano invece i sistemi di coscienza e dunque gli

---

322 N. LUHMANN – R. DE GIORGI, *Teoria della società*, cit., 16ss.

323 N. LUHMANN – R. DE GIORGI, *Teoria della società*, cit., 30ss.

uomini, che in questo modo, pur immettendo le comunicazioni nel sistema, non sono mai direttamente inclusi in esso, operando dall'esterno<sup>324</sup>. Ma è proprio questo a permettere un'autoosservazione, che può avvenire solo a livello della comunicazione e non anche a quello della coscienza, la quale resta intrasparente.

Attraverso il linguaggio, che è *medium* sia dei sistemi psichici che di quelli sociali, tutta la comunicazione è così strutturalmente accoppiata alla coscienza, nonostante quest'ultima non sia né il soggetto della comunicazione né il suo sostrato: atto della coscienza è, infatti, pensare, mentre atto della comunicazione è comunicare, operazioni, queste, strutturalmente incompatibili. Siccome però sia il pensare che il comunicare usano il linguaggio, quest'ultimo diventa il *medium* di connessione tra l'ambiente e il sistema.

Così i sistemi psichici possono senz'altro osservare la società dall'esterno, ma socialmente questo resta senza conseguenze se non si comunica, se cioè l'osservazione non viene praticata nel sistema sociale<sup>325</sup>. Questa operazione è piuttosto complessa, anzi, come tutta l'evoluzione, altamente improbabile, secondo Luhmann. Affinché si abbia una comunicazione, infatti, è necessario che il *medium* linguaggio, che rende probabile la comprensione, passi attraverso sia il *medium* di diffusione, che rende probabile il raggiungimento dei suoi interlocutori, sia i *media* della comunicazione simbolicamente generalizzati, che rendono probabile la sua accettazione. Questi tre *media* rappresentano appunto gli strumenti attraverso i quali una comunicazione improbabile diventa probabile.

In particolare l'ultimo *medium* necessita di una maggiore specificazione. Il concetto è ripreso da Parsons, secondo il quale si può raggiungere un accordo sociale solo se ciò che si ha in comune come base dell'accordo può avere una stabilità che dura per più di un'unica situazione<sup>326</sup>. Attraverso questa base comune, la nuova operazione comunicativa si pone nella forma, nel codice alternativo di accettazione e rifiuto. La teoria dei sistemi di Luhmann è infatti una teoria formale in quanto opera tramite distinzioni. Anche nel caso dei *media* della comunicazione simbolicamente generalizzanti l'operazione comunicativa si ottiene attraverso una distinzione, o,

---

324 N. LUHMANN – R. DE GIORGI, *Teoria della società*, cit., 16.

325 N. LUHMANN – R. DE GIORGI, *Teoria della società*, cit., 29.

326 N. LUHMANN – R. DE GIORGI, *Teoria della società*, cit., 105.

mutuando la terminologia dalla programmazione informatica, un codice binario<sup>327</sup>. Questa unità di senso, questo accordo, appunto simbolico, è infatti, creato soltanto attraverso l'ulteriore fissazione di un confine in una unità contro questa unità: ogni nuovo accordo pone un codice binario ove una soltanto delle due alternative è positivamente considerata. Nel porre l'unità simbolica in una sola delle due alternative, la comunicazione simbolicamente generalizzante rafforza la differenza tra valore positivo e negativo, moltiplicando la differenziazione. Ma ciò significa che i *media* della comunicazione possono essere *simbolicamente* generalizzanti, e cioè produrre un accordo, una unità, soltanto se sono contemporaneamente *diabolici*, ovvero producendo una differenza, in cui una soltanto delle due alternative è preferita, generalizzata, mentre l'altra è ricacciata fuori dal processo di comunicazione<sup>328</sup>.

Così strutture, media e codici rappresentano preselezioni che delimitano l'ambito delle possibilità di scelta dentro un orizzonte di senso, scegliendo ciò che è possibile scegliere e così riducendo la complessità ingovernabile del mondo. Tutte le alternative alla selezione operata, tuttavia, non scompaiono, esse sono solo messe in ombra, restando latenti all'interno dell'ambiente. Esse, pertanto, possono ripresentarsi al sistema sotto forma di irritazione: la reazione a tale irritazione è sia lo strumento attraverso il quale il sistema può modificarsi riproblematizzandosi, sia lo strumento di sua riaffermazione. Si tratta sempre di irritazioni che scaturiscono da un confronto interno di eventi con possibilità proprie del sistema con strutture stabilizzate, ma esse si producono a seguito di influssi che provengono dall'ambiente. Il sistema allora ha la possibilità di trovare in se stesso le cause dell'irritazione e di imparare da essa oppure di imputare l'irritazione all'ambiente e allora trattarla come «caso» oppure cercarne la fonte nell'ambiente e rimuoverla.

Tuttavia, quando tali irritazioni sono durevoli, esse guidano gli sviluppi della struttura in una direzione determinata. In questa chiave di lettura, Luhmann colloca la funzione del diritto. Tutte le selezioni, infatti, non eliminando le alternative provenienti dall'ambiente, possono sempre essere messe in discussione. In questo modo l'orizzonte di senso che produce una aspettativa potrebbe subire una delusione,

---

327 N. LUHMANN – R. DE GIORGI, *Teoria della società*, cit., 162ss.

328 NIKLAS LUHMANN, *Sociologia del diritto*, Roma-Bari 1977, 35ss.

ovvero un'irritazione, a causa del realizzarsi di eventi diversi da quelli attesi. A queste delusioni si può reagire o mutando «le aspettative deluse adattandole alla deludente realtà» o tenendole «ferme e continuandole a vivere a dispetto della deludente realtà. A seconda dell'atteggiamento che è dominante può parlarsi di aspettative cognitive o di aspettative normative»<sup>329</sup>. Luhmann come detto fonda la teoria funzional-strutturalista dei sistemi sociali sul presupposto della necessità di riduzione della complessità del mondo. Qui si colloca l'esigenza cui risponde anche (ma non solo) il diritto: la necessità di riduzione della complessità richiede la costruzione all'interno del sistema sociale complessivo di un sistema parziale la cui struttura sia volta alla generalizzazione delle aspettative normative, affinché i comportamenti sociali diventino prevedibili e dunque si semplifichino le alternative di scelta su azioni e comportamenti. Questa prevedibilità, l'aspettativa, non si produce soltanto nei confronti del comportamento di *Alter*, ma anche per l'autodefinizione di *Ego*: sul piano sociale, pur restando la coscienza imperscrutabile, ciascuno può (etero)determinarsi in base alle aspettative altrui, in base alle aspettative delle aspettative, così garantendosi stabilità nella rispondenza ad un ruolo sociale, un'identità eterodefinita. L'insieme di queste aspettative normative, che definiscono i ruoli sociali di ciascuno dei partecipanti alla comunicazione, è reso, in Luhmann, con il concetto di persona<sup>330</sup>.

Il sistema, dunque, opera una selezione sulle alternative comportamentali e genera una aspettativa su di essa attraverso un meccanismo di generalizzazione, che riusa il codice binario di inclusione ed esclusione<sup>331</sup>. Quando le aspettative vengono generalizzate esse diventano normative. Questa generalizzazione di aspettative normative può avvenire su tre livelli diversi, ossia temporale materiale e sociale, potenzialmente in conflitto tra loro. Il diritto sarebbe quella struttura del sistema sociale che riposa sulla congruente generalizzazione di questi tre livelli di aspettative normative di comportamento, in modo tale da facilitare la sincronizzazione del comportamento sociale di più persone.

In particolare, la generalizzazione temporale avviene attraverso la normazione, la quale manterrebbe stabili le aspettative attraverso la sanzione che reagisce in modo

---

329 N. LUHMANN, *Sociologia del diritto*, 53.

330 N. LUHMANN, *Sociologia del diritto*, 98.

331 N. LUHMANN, *Sociologia del diritto*, 50.

controfattuale in caso di delusione dell'aspettativa. La generalizzazione materiale si otterrebbe, invece, attraverso l'identificazione del senso mediante la programmazione dell'aspettativa. In ultimo, la generalizzazione sociale avverrebbe tramite ciò che egli definisce istituzionalizzazione, che consiste in una presupposizione di consenso attraverso la procedimentalizzazione dell'aspettativa. Questi tre momenti, normazione programmazione e procedimentalizzazione, che separatamente possono generare aspettative normative generalizzate ma confliggenti, sono coordinati attraverso la struttura del diritto.

A ben vedere, dunque, secondo la concezione del diritto fornita dalla teoria dei sistemi, esso non avrebbe una funzione repressiva, bensì integrativa<sup>332</sup>. Il momento di coercizione, infatti, non sarebbe da individuare nella interdizione o repressione di un comportamento, bensì in quella previa selezione delle aspettative normative, sulla base di una mera decisione funzionale tra alternative equivalenti. Tale momento repressivo viene celato attraverso una motivazione, un'attribuzione di senso, così che possa produrre identificazione.

Questa funzione non repressiva, bensì integrativa del diritto, avviene dunque attraverso la selezione delle aspettative normative in cui ciascuno può identificarsi. Tuttavia, proprio perché il processo è di carattere selettivo, esso non è in grado di accogliere tutte le aspettative normative presenti nell'ambiente<sup>333</sup>. E la motivazione, l'attribuzione di senso alla selezione concretamente operata, proprio nella logica binaria di Luhmann, può produrre identificazione, ma anche rifiuto. Il sistema parziale del diritto è così esposto al suo ambiente, fatto comunque di aspettative alternative stabilizzate o in corso di stabilizzazione, che sono in grado di irritare il sistema dall'esterno e causarne un mutamento. A questo punto, allora, diventa rilevante scoprire cosa si celi nel lato diabolico della selezione, tra le aspettative normative non istituzionalizzate, dalla parte, insomma, di Antigone: parliamo dei movimenti di protesta.

È curioso che nella massiccia produzione di Luhmann, i movimenti di protesta non riescano a collocarsi in nessuna forma, in nessuna distinzione del sistema sociale.

---

332 RAFFAELE DE GIORGI, *La razionalità come repressione e la teoria del diritto di Niklas Luhmann*, in ID. *Scienza del diritto e legittimazione sociale*, Lecce 1997, 258.

333 N. LUHMANN, *Sociologia del diritto*, 116.

Egli afferma che essi sono sistemi autopoietici che non possono essere ridotti né al principio di presenza, che presiede all'interazione, né al principio della appartenenza, che struttura l'organizzazione: «sembra così che la società moderna abbia trovato una forma dell'autopoiesi per osservare se stessa: *in se stessa contro se stessa*». Essa così si ribella alla propria intrasparenza, a ciò che è messo in ombra dalla selezione, ai rischi generati dal suo modo di risolvere la complessità, attraverso la dipendenza di tutti i processi funzionali dalla decisione, in assenza di una autorità che possa determinare ciò che è giusto a livello dell'intera società. La società reagisce, prima di tutto, alle molte conseguenze negative delle sue stesse realizzazioni<sup>334</sup>.

Ciò che sembra avvenire attraverso i movimenti di protesta è che quella selezione decisionale, arbitraria, poiché costituita su un contesto di equivalenze funzionali, si scontri con una aspettativa normativa alternativa a quella adottata dal sistema. Uno scontro, questo, che non si gioca più sul piano meramente formale, il quale rimanda ad una scelta volontaristica meramente funzionale sul contenuto, ma che parte proprio da quest'ultimo, dalla motivazione costruita fuori dai contesti istituzionali, e che per questo non si riesce ad adattare ad alcun codice. Ecco dunque che quella coscienza che era stata tagliata fuori dai processi decisionali del sistema trova un suo mondo autonomo di comunicazione fuori dalla struttura e contro la struttura: l'uomo riemerge dall'indifferenziazione dell'ambiente e lo fa con tutta la forza della propria coscienza. Egli si ribella alla struttura e attraversa i confini posti dalla funzione, da quella costruzione sociale polarizzante tra inclusione ed esclusione, riemergendo dal lato diabolico con una propria motivazione autonomamente costruita: una aspettativa normativa, usando le parole di Luhmann, che è indipendente dagli assetti del sistema.

Pare, dunque, che nonostante la società moderna, col suo problema di complessità, abbia dovuto necessariamente costruirsi funzionalmente e in base a criteri puramente formali, tuttavia quell'uomo, che Luhmann ha cercato di mettere costantemente tra parentesi, abbia comunque trovato il modo di rispuntare col suo portato di molteplicità irriducibile. Perché in definitiva la complessità del mondo corrisponde alla complessità dell'uomo: non è possibile eliminarla se allo stesso tempo non si elimina quest'ultimo. Così come la struttura sociale rappresenta una riduzione della complessità, allo stesso modo il concetto di persona rappresenta una semplificazione

---

334 N. LUHMANN – R. DE GIORGI, *Teoria della società*, cit., 339.

dell'uomo in una etichetta sociale. Il concetto di persona, nella costruzione luhmanniana, rimanda a un mero insieme funzionale di ruoli sociali, preselezionati dalla struttura, che restituiscono solo una maschera della soggettività del suo portatore.

Nonostante ciò che si cela dietro questa maschera, ossia la coscienza, sia in sé impenetrabile, ciò non significa però che non possa trovare canali di espressione, di comunicazione, e modificare, così, il sistema partendo dall'interazione esterna, attraversando quel confine tracciato tra di esso e l'ambiente da cui è condizionato. La costruzione delle strutture sociali e delle funzioni cui esse rispondono può dunque presentarsi favorevole oppure ostile al suo sviluppo e alla sua manifestazione. Qui si presenta quella scelta di valore, che, nonostante esuli dalla mera osservazione sociologica, diventa rilevante nella struttura del diritto.

Il discorso giuridico, infatti, si produce a livello della motivazione. Proprio perché la selezione delle aspettative normative che vengono simbolicamente generalizzate è arbitraria ed esposta alla irritazione dell'ambiente attraverso aspettative alternative, il problema della costruzione di legittimità intorno alla selezione operata sta sempre nell'esigenza di accogliere quelle in cui ciascuno possa più facilmente identificarsi, affinché si produca quell'accordo che consente la comunicazione. Paradossalmente, proprio la teoria dei sistemi sociali proposta da Luhmann contiene in sé l'esigenza di trovare una corrispondenza tra la selezione operata e l'identificazione dell'ambiente prodotta attraverso la generalizzazione simbolica. In una società che si presenta globalizzata questa identità non può più identificarsi con concetti quali nazione, razza o ideologia/religione, che necessariamente dovrebbero tracciare un confine per una società che invece è complessiva. Pertanto essa deve ridurre al minimo il proprio contenuto, affinché le aspettative generalizzate nel sistema possano produrre accettazione a livello della società complessiva. Tale generalizzazione è alla base dell'emersione nella dottrina contemporanea di quella motivazione, di quella metanarrazione, che si sostanzia nei diritti umani universali. È attraverso di essi che si è inteso realizzare quel processo di selezione minima in cui ciascuno può identificarsi. Una società, una umanità.

Dall'analisi condotta, sembra che questo uomo escluso dal processo di costruzione dei sistemi sociali, sia in realtà sempre presente, e non in quanto persona, ovvero quale maschera di ruoli sociali preconfezionati, bensì nella sua individualità contraddittoria, molteplice e certamente irritante. Ciò spiega l'incapacità di Luhmann di inserire i movimenti di protesta all'interno di quelle strutture che egli ha disegnato in maniera funzionale. Se infatti la comunicazione fosse appannaggio soltanto delle strutture sociali, questi dovrebbero riprodursi anche a livello di questi ultimi, mentre invece essi sembrano rappresentare una irritazione proveniente dall'ambiente del sistema sociale della società complessiva: uno sguardo esterno, quello che egli definisce terzo escluso, ma che è invece immerso completamente nel sistema sociale.

D'altra parte la medesima emersione dell'individuo nella sua complessità e la dipendenza del sistema dalle esigenze di quest'ultimo si coglie, come evidenziato da parte della dottrina<sup>335</sup>, proprio nel cuore della teoria dei sistemi. La complessità del mondo, che giustifica la preselezione arbitraria, l'esclusione di alternative altrettanto valide, perché funzionalmente equivalenti, non è una realtà oggettiva, ma una realtà *per l'uomo*. Il mondo si presenta complesso, non in sé, bensì in base al parametro rappresentato dalle capacità individuali dell'uomo, delle sue possibilità di previsione, di decisione e di azione. Solo l'uomo, dunque, può rappresentare la misura del sistema: la struttura di quest'ultimo, flessibile e adattabile, non ha una natura autarchica rispetto alla funzione, e quest'ultima è sì funzione della struttura, ma per l'uomo. Essa si rende necessaria in risposta all'esigenza tutta umana di semplificazione, che ne rappresenta dunque la ragione costitutiva: la struttura sociale ha dunque una fondazione costitutiva umanistica e l'uomo dunque ne deve rappresentare misura e limite. Ma c'è di più: questa esigenza di semplificazione, di stabilità, di riduzione della complessità del mondo, si radica fino in fondo nell'intimo della coscienza umana, nelle sue più profonde contraddizioni. La complessità, l'immaneggiabilità delle troppe alternative è ciò che terrorizza l'uomo, ciò che lo blocca dinanzi alla (troppa) libertà di scelta. Anche in questo caso è la paura a condurre l'uomo alla ricerca di uno spirito-guida, di una misura eterodeterminante di se stesso che lo assicuri dinanzi all'incertezza: egli, così, pone una struttura nella quale scomparire come ingranaggio, per non cadere preda di una angoscia

---

335 ALBERTO FEBBRAJO, *Funzionalismo strutturale e sociologia del diritto* LUHMANN, *Sociologia del diritto, nell'opera di Niklas Luhmann*, Milano 1975, 21ss.

esistenziale paralizzante, quella paura del futuro che non a caso abbiamo posto a fondamento dei meccanismi di reificazione.

La costruzione luhmanniana sembra, così, seguire pedissequamente la progressione logica che si è proposta all'origine del soggettivismo punitivo. Da una incapacità di gestione razionale delle troppe informazioni e alternative offerte dalla condizione storica contemporanea, che è quella post-moderna, si produrrebbe un'angoscia esistenziale, che spinge verso quella «prigionia volontaria»<sup>336</sup> rappresentata dalla preselezione strutturale dei ruoli sociali: l'annullamento dell'uomo nella «persona». Una prigionia in cui ognuno crede di obbedire a se stesso o a un'altra parte di sé, che presuppone razionale in quanto *utile, funzionale*, ma che in realtà si piega, si disperde nel sistema. Ecco, dunque, che una idea ipostatizzata, quella di sistema sociale, viene dotata di una propria autonoma razionalità (quella che egli definisce nei suoi studi sull'illuminismo sociologico), e di una volontà autonoma: è il sistema infatti a scegliere per l'uomo attraverso quella preselezione funzionale delle alternative di vita ammissibili. Ma così, dinanzi a tale eterodeterminazione, l'uomo e la sua innata contraddittorietà vengono violentati nella propria natura e rinchiusi in un ruolo sociale rassicurante e opprimente allo stesso tempo.

Chi si pone dall'altro lato, in ciò che è scartato nel lato diabolico, chi rifiuta di identificarsi nei ruoli sociali e introduce una voce che proviene dalla coscienza in qualche misura auto-determinata e non etero-determinata dalla struttura, diventa irritante, una scomoda realtà. In esso troviamo il deviante, pericoloso per il sistema, trattato come oggetto, nella sua incomprendibilità rispetto alle strutture comunicative incluse nel discorso sociale: usando la terminologia di Luhmann, egli viene tematizzato. Così non solo risulta reificato il soggetto che si identifica, si disperde nel ruolo sociale, che diventa persona e schiavo del suo ruolo sociale, per la paura dell'incertezza che deriverebbe dalla complessità, ma lo è anche chi invece affronta quella complessità manifestando la speranza per una aspettativa diversa da quella stabilizzata. In questo modo, l'oppositore politico, che presenta una aspettativa normativa contraddittoria rispetto a quella del sistema, facilmente si associa al deviante, all'oggetto pericoloso per la stabilità del sistema: così come in tutti i

---

336 È il concetto di obbedienza offerto da ELIAS CANETTI, *Massa e potere*, Milano 1973.

sistemi moderni di soggettivismo punitivo, il delinquente politico oscilla tra il folle e il degenerato.

In quanto irritazione, tuttavia, egli è l'unico che può spingere per una riproblematizzazione della struttura, e lo fa assumendo su di sé il rischio che quella struttura, irrigidita dal terrore, reagisca, non includendo le sue aspettative tra quelle funzionali, bensì distruggendolo<sup>337</sup>. Di nuovo, quando l'angoscia si diffonde nei sistemi di coscienza, l'altro, il diverso, il deviante e il non conformista, tutti coloro che ricordano con la loro esistenza la problematicità di una fondazione volontarista del sistema sociale e del diritto, poiché essi non esistono se non nella mente di chi ci crede, devono essere allontanati dalla vista, devono essere neutralizzati. Come questo produca una nuova emersione del soggettivismo punitivo, lo vedremo attraverso la corrente del funzionalismo penale.

### ***3. Il funzionalismo penale***

La dottrina del funzionalismo penale<sup>338</sup>, così come già avvenuto per von Liszt, parte dalla funzione della pena. Tale premessa viene declinata nel senso che la pena, sul piano funzionale, non sarebbe diretta a proteggere beni, bensì a confermare l'identità sociale<sup>339</sup>. In questa prospettiva, il diritto penale non reagisce dinanzi ad un fatto naturalisticamente inteso in quanto lesione di un bene giuridico, bensì solo dinanzi ad un atto comunicativo di violazione di una norma. Questo fatto non andrebbe inteso nella sua materialità, ovvero quale evento naturale tra esseri umani, bensì nel suo piano significativo, quale processo di comunicazione, di espressione di senso tra persone.

---

337 C. PUNZI, *La ribellione come atto creativo*, cit.

338 GÜNTHER JAKOBS, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, traduzione di Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez (titolo originale *Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und "alteuropäischen" Prinzipien. Oder: Verabschiedung des "alteuropäischen" Strafrecht?* In *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 107.1995, 843ss.) Madrid 1996; ID., *Derecho penal. Parte general*, traduzione di Joaquin Cuello Contreras e José Luís Serrano Gonzales de Murillo, (titolo originale *Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre - Lehrbuch*, 1991) Madrid 1995; ID., *Bases para una teoría funcional del derecho penal*, Lima 2000; AA.VV., *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad*, a cura di Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoo Sánchez, Navarra 2008; MONTEALEGRE EDUARDO, *Derecho penal y sociedad. Estudio sobre las obras de Günther Jakobs y Claus Roxin, y sobre las estructuras modernas de la imputación*, I-II, Bogotá 2007; EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT – JORGE FERNANDO – PERDOMO TORRES, *Funcionalismo y normativismo penal. Una introducción a la obra de Günther Jakobs*, Bogotá 2006; AA.VV., *Interpretazioni del funzionalismo giuridico*, a cura di Luisa Avitabile, Napoli 2010.

339 GÜNTHER JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, cit, 11.

Jakobs è cosciente della novità della sua posizione e delle critiche che essa suscita nella dottrina tradizionale. In particolare, egli prende in considerazione tre obiezioni che gli sono state poste: innanzitutto, che una dottrina così costruita, mancherebbe costitutivamente di un punto di osservazione critica verso il sistema sociale e dunque sarebbe intrinsecamente conservatrice; in secondo luogo, che considerando soltanto il piano normativo, mettendo tra parentesi la portata reale del fatto, in essa mancherebbe il dato ontologico o la struttura logico-materiale del reato, mettendo così in discussione il dato della dannosità o offensività sociale; in ultimo, e per quanto qui ci interessa maggiormente, che in essa mancherebbe il soggetto.

Secondo Jakobs, queste obiezioni colgono nel segno<sup>340</sup>. Esse sono sì correttamente formulate, ma da ciò egli non deriva alcuna squalifica della sua posizione teorica, poiché a suo avviso la realtà del diritto è profondamente diversa dall'opzione valoriale che si esprime nella dottrina di tradizione liberale. Infatti egli afferma, per quanto concerne la prima obiezione, che nella prospettiva funzionalistica si sceglie espressamente una impostazione neutrale che cerca di comprendere ciò che succede, mettendo tra parentesi l'aspetto di critica. Per quanto concerne la seconda obiezione, egli afferma che l'oggetto di studio del diritto penale è la società ovvero un sistema di comunicazione normativa e non l'ambiente che la circonda: ambiente, che seguendo Luhmann, è il mondo degli umani intesi come sistemi di coscienza. Come conseguenza di questo angolo visuale adottato dal funzionalismo, la soggettività individuale avrebbe soltanto una rilevanza secondaria.

Il funzionalismo giuridico-penale si concepisce infatti come quella teoria secondo la quale il diritto penale sarebbe orientato a garantire l'identità normativa, la costituzione strutturale e la società. Non adottando il punto di vista della coscienza individuale, la società non si concepisce come un sistema composto da soggetti. Tale opzione risulterebbe obbligata in quanto, seguendo la prospettiva funzional-strutturalista di Luhmann, la coscienza sarebbe retta dalle sue proprie regole, formando un sistema chiuso di carattere psichico autonomo e autopoietico rispetto al piano sociale. Specularmente, ciò vale anche per la comunicazione, che invece rappresenta l'operazione fondamentale della struttura sociale. La tesi sostenuta non comporterebbe, però, neppure la necessità di muoversi in quel paradigma alternativo

---

340 GÜNTHER JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, cit., 12.

alla libertà che si identifica nell'autorità. A suo avviso, infatti, la comprensione del sistema sociale non potrebbe trovarsi in quella posizione che ritiene lo Stato come un tutt'uno, una totalità unitaria, orientata all'attenzione per la comunità: essa sarebbe solo uno tra tutti i possibili sistemi sociali.

Nonostante egli riconosca che l'esposizione più chiara della differenziazione tra sistemi sociali e psichici si trovi nella teoria dei sistemi di Luhmann, secondo Jakobs la concezione funzionalista del diritto penale non si porrebbe in termini consequenziali rispetto ad essa: egli afferma che «una conoscenza superficiale di questa teoria permette di rendersi facilmente conto che le presenti considerazioni non sono in assoluto consequenziali rispetto a detta teoria, neppure per ciò che concerne le questioni fondamentali di base»<sup>341</sup>.

Questa considerazione, tuttavia, cade nel vuoto. Nonostante l'affermazione di principio, infatti, non è dato riscontrare il fattore differenziale tra l'una e l'altra, sembrando invece che proprio i concetti fondamentali usati per costruire funzionalmente il diritto penale siano mutuati da quella impostazione teorica di matrice sociologica. Qui ritroviamo infatti l'esclusione del soggetto come punto di partenza della costruzione teorica; la complessità come carattere precipuo delle società moderne cui si risponde attraverso strutture funzionali; la differenziazione tra sistema sociale e ambiente naturale, come differenza tra comunicazione, piena di senso, e naturalità, indifferenziata; l'identificazione della funzione del diritto nella generalizzazione istituzionalizzata delle aspettative normative, e quella specifica del diritto penale nella riaffermazione controfattuale delle aspettative normative attraverso la pena. Sembra pertanto che questa prima affermazione possa essere messa tra parentesi, considerando che le differenze che pure si introducono nel funzionalismo giuridico-penale rispetto al funzionalismo sociologico, sono di carattere marginale.

Per quanto concerne la prospettiva antisoggettivistica adottata dal funzionalismo, Jakobs afferma che il diritto penale andrebbe inteso come parte della società. Essendo questa costruita attraverso sistemi funzionali, di base comunicativa, sarebbe necessario partire dalle funzioni svolte dal sistema penale e non dai sistemi di coscienza. Sono funzioni le prestazioni che reggono un sistema: in quello penale, a

<sup>341</sup> GÜNTHER JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, cit., 16.

suo avviso, non sarebbe adeguato considerare esclusivamente la funzione della pena, poiché quest'ultima in sé non è che un male e se si seguisse la sequenza tra fatto e pena il risultato non sarebbe che la somma di due mali. Dunque, solo sulla base della comprensione comunicativa del reato, inteso come affermazione che contraddice la norma, e della pena, intesa come risposta che conferma la norma, può trovarsi una relazione ineludibile tra di essi e in questo senso una relazione razionale.

La prestazione che realizza il diritto penale consisterebbe dunque nel contraddire a sua volta la contraddizione, espressa dal fatto, delle norme determinati per l'identità della società. Il reato, così, si considera come una comunicazione difettosa, imputandosi questo difetto all'autore come sua colpa. La società in questo modo mantiene e stabilizza le sue norme fondamentali e si nega a rappresentare se stessa diversamente, ossia secondo la concezione comunicativa espressa nel fatto di reato. La pena in questa concezione non è solo un mezzo per mantenere l'identità sociale, ma costituisce già il mantenimento stesso: in questo senso, essa non è strumentale a tale obiettivo, ponendosi in tal caso la possibilità che non raggiunga il suo scopo, bensì è già intrinsecamente stabilizzante. Nella stabilizzazione, nella riaffermazione dell'identità sociale, la pena trova già la sua essenza, il suo senso intrinseco, indipendentemente dalle eventuali conseguenze o scopi che attraverso di essa possano realizzarsi. Il senso immanente della pena è l'autoaffermazione<sup>342</sup>.

Il diritto penale ristabilisce nel piano comunicativo la vigenza perturbata della norma ogni qualvolta si porti a termine un procedimento quale conseguenza di una violazione della stessa. Con ciò si rappresenta l'identità non modificata della società. Ma, mentre nel piano empirico si possono comprendere il reato, il processo e la loro relazione, non è possibile comprendere empiricamente il fenomeno della conferma dell'identità, poiché essa non sarebbe una conseguenza del processo, retta dalla legge di causalità, bensì il suo significato, collocato nel mondo delle essenze. Ciò comporta che il sistema giuridico sia autosufficiente proprio come unità significativa.

---

342 Ciò premesso, non è possibile ricondurre la concezione della pena in Jakobs al paradigma della prevenzione generale positiva, così come sostenuto da alcuni autori: M. CANCIO MELIÁ, *De nuevo ¿"Derecho penal del enemigo"?*, in *Derecho penal del enemigo*, cit., 85ss.; Essa piuttosto ha un significato assoluto, che si riconferma nella matrice ideologica cui si rivolge Jakobs a sostegno della teoria: Immanuel Kant, innanzitutto.

Tale autosufficienza, tuttavia, non risponde ancora alla questione di quale sia il problema del sistema sociale che si risolve mediante la genesi differenziata di norme specificamente giuridiche e del sistema giuridico. In quanto sistema autonomo, ma immerso nel più generale sistema sociale, per lo sviluppo delle regole giuridiche, ossia per il lavoro dogmatico, la prestazione esterna del sistema giuridico deve essere considerata come un presupposto di partenza per la prospettiva interna. Quest'ultima infatti non sarebbe sufficiente, in sé considerata, per la costruzione di tutti gli istituti di diritto penale, se non si tenesse ferma la funzione esterna della normatività giuridica. Questa prestazione ad avviso di Jakobs è sempre stata presente nel discorso giuridico-penale, seppur incoscientemente, sotto il nome di giustizia.

Come già avanzato dalla dottrina della giurisprudenza degli interessi contro il concettualismo, anche Jakobs ritiene impossibile svincolare il diritto penale dalla società: anzi esso rappresenterebbe una cartina di tornasole della società altamente espressiva. Ne consegue che esisterebbe una dipendenza reciproca tra società e diritto penale, una continuità tra sistema e ambiente che era già alla base della differenziazione formale da cui parte Luhmann. Questa continuità impone al diritto penale di realizzare sforzi per inglobare nuovi problemi sociali fino a che il sistema giuridico raggiunga una complessità adeguata rispetto al sistema sociale; specularmente il diritto penale può ricordare alla società che si devono tenere di riguardo alcune massime che si considerano indisponibili, che Jakobs, tuttavia, ricollega all'aspetto formale del diritto. Per tale motivo, non si potrebbe degradare il diritto penale al ruolo di mera appendice strumentale in quanto parte della società: esso dovrebbe mantenere un «aspetto presentabile anche in piena luce del sole»<sup>343</sup>. Questa immersione del diritto nelle *Kulturnormen* impone però di tenere presente che esso non potrebbe costituirsi sulla base di una rivoluzione sociale: nella misura in cui non contribuisse più al mantenimento della configurazione della società concreta, per quanto sottoposta ad evoluzione, mancherebbe già la base normativa su cui potrebbe darsi avvio con successo ad una rivoluzione. In tal senso egli afferma che «una società non illuminista ed un diritto penale illuminista non vanno insieme»<sup>344</sup>.

---

343 G. JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, cit., 40.

344 G. JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre - Lehrbuch*, 2.20.

Per quanto concerne la seconda obiezione che è solitamente mossa al funzionalismo, e cioè la mancanza di un referente fattuale nella dottrina, Jakobs correttamente parte da una differenza fondamentale tra mondo naturale e mondo normativo. Il primo, appartenendo all'essere, è retto dalla legge di causalità, per cui ad una azione corrisponde una conseguenza. Il rifiuto delle leggi che reggono i processi causali in nessun modo potrebbe incidere sulla realtà delle stesse, tanto che, seppur ignorate, esse manterrebbero la propria vigenza e chi le avesse misconosciute si troverebbe comunque a fare i conti con le conseguenze che da esse scaturiscono. Egli, al fine di creare un parallelismo terminologico con la normatività, a tal proposito parla di norme e pena naturale.

Il mondo della normatività, che è quello in cui si esprime la socialità, invece, non è dotato della forza vincolante intrinseca alla legge di causalità. La società resta una costruzione normativa e pertanto sarebbe sempre possibile una sua configurazione alternativa. Proprio dinanzi alla problematicità di un sistema sociale che è sempre soggetto alle evoluzioni del contesto comunicativo in cui si svolge e che anzi è caratterizzato dalla contestuale presenza di configurazioni divergenti, sarebbe necessario uno strumento per la riaffermazione dell'identità normativa, affinché una tra le divergenti costruzioni comunicative possa trovare una stabilità tale da permettere lo svolgimento pacifico e coordinato delle interazioni sociali per un dato periodo di tempo. Queste norme, in base alla concezione della società di un dato momento storico, non possono rappresentarsi come previamente date, ossia non possono rappresentarsi come leggi naturali e neppure come leggi rivelate, bensì solo come norme positive, cioè poste, anche se per buone ragioni<sup>345</sup>. Anche qui Jakobs riprende indirettamente l'argomento di Luhmann concernente le equivalenze funzionali: il diritto rappresenterebbe infatti una selezione funzionale di una sola delle aspettative alternative, che attraverso la generalizzazione istituzionalizzata si pone come identità normativa.

A questo punto diventa più chiaro cosa si intenda, in questi autori, per identità: essa non sarebbe un dato della realtà, ancorato ad un sistema di coscienza, ossia un uomo,

---

<sup>345</sup> Questa affermazione da parte di Jakobs è piuttosto sorprendente: data la supposta neutralità della sua dottrina, che proprio per questo è di carattere squisitamente formale, la bontà contenutistica delle norme è del tutto irrilevante. Infatti, il problema principale della dottrina in oggetto è che non usando come referente preferenziale l'uomo, bensì la struttura sociale, essa, al di là della funzionalità alla stabilizzazione, manca di un criterio di selezione tra contenuti confliggenti.

bensì il frutto di un processo comunicativo, che attraverso l'istituzionalizzazione di un insieme di aspettative diventa la base di interazione sociale. Questo nucleo, proprio perché frutto di una selezione arbitraria, è per sua natura (prescrittiva) non condiviso in termini di adesione cognitiva delle singole coscienze: l'accordo resta soltanto sul piano formale, sul piano delle regole che reggono la generalizzazione. A causa dell'evidente contingenza delle norme, ossia dell'indimostrabilità della volontà corretta in relazione alle norme giuridiche e morali – quella razionalità oggettiva che si pretendeva di fondare universalmente ed astrattamente nelle dottrine giusnaturaliste –, la loro vigenza deve garantirsi in altro modo, e precisamente attraverso una sanzione. Nel caso delle norme penali attraverso una pena imposta in un procedimento formale. Con la fine del giusnaturalismo, la pena non si impone più a soggetti ritenuti irrazionali rispetto alla razionalità universale espressa nell'oggettività del diritto, bensì a soggetti *refrattari* ossia disobbedienti<sup>346</sup>, così come già nella legislazione nazionalsocialista. La sanzione contraddice il progetto del mondo dell'infrattore della norma: egli afferma la non vigenza della norma positiva per il caso in questione, ma la sanzione conferma che questa affermazione è irrilevante.

Da tali premesse, emerge che la teoria sociologica funzionalista, così come il suo precipitato giuridico, si intendano presentare come strumentali alla mera descrizione formale dei meccanismi di formazione delle norme, così come già nella dottrina pura del diritto di Kelsen. Con quest'ultima dottrina, il funzionalismo, in effetti, condivide pregi e demeriti: sicuramente sul piano descrittivo queste correnti rappresentano e hanno rappresentato una enorme evoluzione per la comprensione dei meccanismi di formazione e posizione delle norme nel sistema giuridico e, tuttavia, ignorando completamente i giudizi valoriali, ossia i contenuti adottati concretamente, non arrivano a compiere quel passo necessario per accedere dal mondo descrittivo a quello prescrittivo<sup>347</sup>. Esse sono soltanto descrizioni (dei meccanismi) della prescrizione. Questo passaggio dal piano descrittivo a quello prescrittivo, infatti, necessita di una legittimazione esterna che queste dottrine non sono in grado di fornire, poiché ignorano deliberatamente ogni giudizio di valore.

346 G. JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, cit., 65. Sulla dottrina e legislazione nazionalsocialista, si rimanda a *Supra, Il soggettivismo punitivo*, par. 5.

347 Ciò che ha permesso a Jakobs di sostenere che la sua dottrina fosse contenutisticamente neutrale, G. JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, cit., 40ss.

Tuttavia, mentre Kelsen era perfettamente consapevole di ciò e senza remore attribuiva ai sistemi di coscienza il compito di vigilanza, di controllo e dunque di legittimazione delle norme, poiché per lui la legge è legge, e niente più, la dottrina funzionalistica aggiunge un elemento legittimante, che la associa più da vicino a quella versione del normativismo positivista, mostratasi compiacente al fascismo e conosciuta come tecnicismo giuridico. Nella dottrina funzionalistica, infatti, qualsiasi legge positiva è di per sé legittimata dalla sua strumentalità alla stabilizzazione sociale<sup>348</sup>. Non importa quale sia la regola che disciplina i rapporti sociali, basta che ve ne sia una alla cui violazione si risponda controfattualmente: la pena, ricordiamo, ha già in sé l'essenza di mantenimento del sistema, pertanto il suo significato di stabilizzazione non richiede ulteriori fonti di legittimazione – come ad esempio il fine che si intenda perseguire o, in altri termini, l'opzione valoriale che si muove a fondamento del suo contenuto.

Posto che si tratta della configurazione e non della costatazione di uno stato, l'identità della società si determina a mezzo delle regole della configurazione, ossia a *mezzo* delle norme (prospettiva funzionale) e non a *causa* di determinati stati o beni naturali (prospettiva causalistica). L'esigenza primaria di protezione dell'insieme normativo, qualunque ne sia il contenuto, impone che il contesto di comunicazione giuridica, per essere capace di adempiere alla sua funzione, debba essere in grado di mantenere la sua configurazione dinanzi a modelli divergenti, così evitando che ogni discordanza rimetta in discussione la base di senso comune su cui poggia l'interazione. Le divergenze infatti potrebbero porsi come inizio di una evoluzione, che dall'esterno al sistema potrebbe produrne una riproblematizzazione. Se però l'aspettativa normativa del sistema sociale venisse costantemente problematizzata, quest'ultimo non sarebbe in grado di svolgere il suo compito di semplificazione della complessità delle società moderne. In questo passaggio si produce l'inversione logica tra il come ed il perché: dalla descrizione del sistema sociale del diritto come contesto comunicativo orientato alla stabilizzazione delle aspettative, si passa all'affermazione di una necessità di stabilizzazione attraverso il diritto. Dunque, dal piano descrittivo si compie un balzo verso quello prescrittivo, attraverso l'individuazione del fine valoriale della stabilizzazione.

---

348 L'identità sociale, alla cui stabilizzazione il diritto sarebbe volto, G. JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, cit., 15.

Pertanto, questo motivo di semplificazione della realtà si pone già, nella dottrina in oggetto, quale elemento legittimante di carattere valoriale: checché ne affermino i suoi esponenti, essa dunque non è neutrale. Posta l'esigenza di stabilizzazione quale fondamento cui orientare l'intera costruzione del sistema giuridico-penale, si abbandona già il piano descrittivo, che compete alle scienze sociali, e si entra nel mondo della prescrittività, che trae immanente una scelta di valore fondativa. Questa dottrina, che in particolare presuppone la prevalenza di motivi conservatori del sistema, deve dunque necessariamente rinunciare all'immunità del discorso puramente descrittivo.

La terza critica mossa al funzionalismo insiste su quella premessa metodologica che accomuna teoria sociologica e giuridica del funzionalismo: la fondazione antiumanistica. Afferma Jakobs a tale riguardo, che «una obiezione molto comune è che il funzionalismo si toglierebbe la maschera mostrando il suo vero volto nel momento in cui afferma di se stesso che intende stabilizzare la società senza alludere per niente al soggetto libero». O ancora che «si intende stabilizzare le norme senza determinare se sono norme che realizzano la libertà o il terrorismo penale»<sup>349</sup>.

Di risposta, egli argomenta che la prima critica sarebbe corretta a metà: sarebbe corretto affermare che la prospettiva funzionalista tratta del mantenimento di un sistema sociale che ha generato per differenziazione un sistema giuridico. Ma che in questo modo si ignori il soggetto libero non ha niente a che vedere con l'impostazione dottrinale in oggetto: il soggetto sarà presente, a suo avviso, esattamente nella misura in cui sia trasmesso per mezzo della comunicazione al sistema giuridico, ossia nella misura in cui sia determinante per l'autodescrizione della società. Certamente se il soggetto libero di fatto non appare nella comunicazione effettivamente perderà completamente di importanza. Ma può anche succedere che si converta nell'oggetto centrale della comunicazione e allora sarà l'elemento dominante su ogni altro. Pertanto il punto di partenza funzionale non rimuoverebbe nulla dall'indagine giuridica, bensì si porrebbe in termini di neutralità rispetto a qualsiasi contenuto.

---

349 JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, 29ss; muovono simile critica WINFRIED HASSEMER, *Alternativ-Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 1990, 254, par.1 e PETER ALBRECHT, *Strafverteidiger*, 1994, 265ss.

Come già evidenziato, questa posizione di neutralità è in realtà insostenibile. Porre l'accento sull'esigenza di stabilizzazione del sistema sociale ha un senso di neutralità in una teoria che si fermi alla descrizione del sistema sociale stesso, ma non in una di carattere giuridico, che da essa faccia derivare la legittimazione di un sistema autoreferenziale. Il significato giuridico della fondazione funzionale del diritto, che parte dal sistema sociale mettendo tra parentesi i sistemi di coscienza, corrisponde ad affermare che l'uomo è negoziabile, essendo posto allo stesso livello di strumentalità di tutti gli altri oggetti del mondo naturale rispetto al valore superiore della stabilizzazione della struttura sociale.

Ciò che non coglie Jakobs della obiezione postagli è proprio questo: nessuna dottrina giuridica può definirsi neutrale, poiché in essa vi è sempre una scelta rispetto al valore legittimante al quale orientare la costruzione del sistema giuridico. Egli ha colto questo valore legittimante nella teoria dei sistemi di Luhmann e l'ha trasposta sul piano giuridico. Ciò che lì era una mera descrizione, in Jakobs diventa una legittimazione. Proprio perché la dottrina funzionalistica si fonda sull'esigenza di stabilizzazione sociale, e non su una esigenza umanistica, i suoi risultati, non solo non sono neutrali, ma sono tali da ignorare, o, seguendo la terminologia adottata nel presente lavoro, reificare il soggetto. L'uomo, nella sua dottrina, non rappresenta un punto di partenza fondativo, ma soltanto un elemento accidentale alla legittimazione comunicativa che può o non può prevalere nella società. Nella sua dottrina, l'uomo è un valore rinunciabile. Egli, pertanto, è reificato.

A ben vedere Jakobs tiene conto di questa obiezione, quando risponde a chi sottolinea che un soggetto libero quasi per grazia della società è troppo poco e che questo non deve essere fondato in modo derivativo, ma deve costituire il principio e l'obiettivo, ossia deve rappresentare necessariamente il contenuto principale, nell'impresa diritto penale<sup>350</sup>. Il fatto che la teoria sociologica abbia illuminato i meccanismi funzionali della struttura sociale, volti alla stabilizzazione, potrebbe infatti aiutare alla costruzione di un progetto che ponga l'uomo come valore centrale, servendo ad autolimitare la selezione di quelle aspettative normative che legittimamente, ossia misurate al parametro fondativo del rispetto dell'uomo, possono trovare accesso in quel piano comunicativo così ben descritto da Luhmann e

---

350 G. JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, cit., 29ss.

Jakobs. La legittimazione, pertanto, si pone sempre sul piano della motivazione della selezione operata ed è dunque sempre di carattere valoriale, perorando una precisa opzione rispetto alla concezione dell'uomo nel mondo. L'atteggiamento di indifferenza rispetto alle opzioni che si accolgono in questa selezione, purché garantiscano la stabilità del sistema, sono già di carattere politico: esse corrispondono ad una visione autoritaria del diritto. Esso sceglie il legalismo normativista, il decisionismo dell'*Auctoritas*, e confonde il diritto, come legittimo esercizio del potere in base ad un insieme di requisiti che corrispondono alla concezione dell'uomo in una determinata società, con la legge positiva, che è, invece prodotto di questo esercizio.

Ovviamente questa è una critica che si muove esclusivamente nel piano della prescrittività: l'uomo *deve essere* principio e obiettivo. Ma come detto, Jakobs suole esporre il volto del sociologo al giurista e quello del giurista al sociologo. E così a questa critica di carattere normativo egli risponde con un argomento di carattere empirico. «Se si volesse intendere questa obiezione in senso empirico, egli afferma, è evidente che sarebbe sbagliata»<sup>351</sup>. La soggettività concreta, non come valore, ma come realtà cognitiva, si sviluppa, a suo avviso, sempre nella socialità<sup>352</sup>. Pertanto si può affermare che la soggettività si genera in un processo mediato dal sociale.

Questa constatazione empirica mostrerebbe che sarebbe erroneo contrapporre le condizioni di costituzione della soggettività alle condizioni di costituzione della socialità nel senso del binomio classico libertà *versus* collettivismo, perché senza una società in funzionamento mancherebbero le condizioni empiriche della soggettività. In assenza di un sistema sociale, ci troveremmo dinanzi a niente più che un cumulo casuale di individui umani che in mancanza di un punto comune di carattere vincolante non sarebbero in grado di conoscere il mondo oggettivo e per questo non potrebbero trascendere il piano delle loro rispettive percezioni individuali<sup>353</sup>. Senza processo di comunicazione, dunque, non si generano soggetti liberi. Tuttavia questa affermazione viene mitigata poco dopo, quando Jakobs afferma che «Senza un

---

351 G. JAKOBS, *Derecho penal del enemigo*, cit., 34.

352 A tal fine egli fa espresso riferimento ad una parte del pensiero giuridico occidentale, richiamando in particolare Hobbes, Rousseau, Hegel, tra gli altri, G. JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, 30ss.; G. JAKOBS, *Derecho penal del enemigo*, 27ss.; Sulla rilevanza del tipo di selezione operata tra i classici del pensiero occidentale, si veda *Infra*.

353 Questo punto sarà chiarito nella definizione che Jakobs offre di comunicazione personale, *infra*.

mondo oggettivo vincolante non c'è soggettività *e viceversa*» e ancora «la soggettività non solo è presupposto ma anche una conseguenza della socialità».

Questa biunivocità che egli in qualche punto riconosce nel rapporto soggetto/società, però, resta senza effetti, in quanto il suo punto di partenza resta sempre solo uno dei due termini del binomio, ossia la società. A poco vale, dunque, il fatto che il mondo *oggettivo* costruito socialmente<sup>354</sup>, ossia la metanarrazione autodescrittiva della società, per Jakobs non dica nulla circa l'effettiva relazione sociale. Egli afferma che la prospettiva funzionale non è vincolata ad un modello sociale determinato, e che le critiche su questo punto confondono la prospettiva social-funzionalista con un modello sociale di orientamento collettivista o persino totalitario<sup>355</sup>. Essa invece non direbbe nulla sulla configurazione concreta della società, poiché non sa nulla sui contenuti delle comunicazioni suscettibili di essere accolte. Ciononostante essa illuminerebbe una dote che questa società possiede: si tratta di uno strumentario per trattare i conflitti che si producono quotidianamente, come i reati, in modo tale che i contrappesi sbilanciati tornino ad equilibrarsi. In una prospettiva funzionale soltanto questa forza di autoconservazione è ciò che conta ed essa è irrinunciabile. L'importante, insomma, è l'ordine, comunque esso venga mantenuto.

Tuttavia Jakobs, per fondare questa legittimazione calibrata sul *valore* dell'autoconservazione della società, qualunque essa sia, cita tutto il pensiero occidentale che ha onestamente svolto un argomento organicista, partendo da Aristotele<sup>356</sup>, passando per Rousseau, Hobbes e finendo con Hegel. Questa selezione è interessante soprattutto per ciò che esclude. In primo luogo, proprio nel momento in cui cerca di fondare la socialità dell'uomo, egli non si richiama a quel giurista che più di ogni altro ha sostenuto la sua duplice natura, in una individuale e sociale: Hugo Grozio. In secondo luogo, è interessante notare che quelli offerti sono gli stessi riferimenti intellettuali di Schmitt, il quale invece, sorprendentemente, non è richiamato da Jakobs, nonostante emerga la sua voce già anche soltanto sul piano delle scelte terminologiche. Questa duplice esclusione appare interessante per motivi

354 Il mondo oggettivo cui fa riferimento Jakobs è in realtà il mondo soggettivo della società come volontà condivisa: è l'ideologia. Sarebbe il caso di domandarsi come faccia ad essere un mondo oggettivo vincolante. Solo il mondo naturale è vincolante perché non necessita di prescrizione. Se invece si vuole dire che il mondo della prescrizione è vincolante, allora non si può sostenere che sia «oggettivo», poiché sarà sempre soggettivamente, ossia comunicativamente costruito.

355 Come sostiene ad esempio, Roxin, vd G. JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, 36.

356 ARISTOTELE, *Politica*, a cura di Arturo Beccari, Torino, 1958, libro III.

opposti: se avesse richiamato Grozio<sup>357</sup>, Jakobs sarebbe stato costretto ad ammettere che la socialità non può annullare l'individualità e avrebbe per lo meno dovuto argomentare sulle ragioni volte ad escludere la plausibilità delle conclusioni schiettamente umanistiche del padre del giunaturalismo laico. Per quanto riguarda Schmitt, data la continuità del suo pensiero con quella versione post-moderna della teoria della giuridicità che presenta Jakobs, è possibile semplicemente che quest'ultimo non abbia voluto ammettere questa prossimità ideologica, per le evidenti implicazioni in termini della sedicente neutralità della sua posizione.

In effetti, la sacralità che in Aristotele ed Hegel si identifica nello Stato e che invece Jakobs nega, in realtà semplicemente cambia nome: non più lo Stato, come organizzazione sociale, bensì la struttura sociale diventa l'elemento sacrale, alla cui protezione (la stabilizzazione delle sue strutture) funzionalizzare il diritto. Ed infatti, egli afferma che chi non può trovare in se stesso un principio di comunità pubblica non può essere considerato soggetto nell'ambito pubblico<sup>358</sup>. Non c'è dubbio, dunque, che nelle premesse fondative del funzionalismo, il soggetto, quale valore in sé, scompaia: esso esiste soltanto nella misura in cui sia riconosciuto dalla volontà sociale.

Come detto, tale conclusione poggia sulla premessa di carattere empirico secondo la quale la soggettività nasce attraverso la socialità. È chiara la fallacia naturalistica che si rinviene in questo tipo di argomentazione, essendosi richiamata una categoria dell'essere per fondare una del dover essere: all'obiezione di carattere valoriale egli risponde con un argomento di carattere empirico, come se da esso potesse derivarsi una opzione sul dover essere del diritto. Tuttavia già la necessità di sottolineare l'irrinunciabilità dell'autoconservazione rivela la sua vera natura di scelta valoriale: se fossimo dinanzi ad una categoria dell'essere, retta dalla legge di causalità, essa non necessiterebbe di una scelta, appunto la sua irrinunciabilità, poiché sarebbe e non potrebbe che essere.

Pur mettendo tra parentesi questa evidente fallacia del discorso argomentativo a fondamento del funzionalismo, che usa una categoria dell'essere per derivare una

---

357 Egli fa riferimento al padre del giusnaturalismo laico soltanto per giustificare la funzione preventiva della pena, ma che egli declina nei termini che abbiamo già evidenziato, G. JAKOBS, *La pena estatal: significado y finalidad*, in *Derecho penal y Sociedad* vol I, cit., posizione 67.

358 G. JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, cit., 35.

categoria del dover essere, la tesi di Jakobs risulta comunque insostenibile e ciò proprio nel campo di discussione da lui prescelto, quello empirico. Egli sostiene che la soggettività nasca dalla socialità. In alcuni punti arriva a riconoscere che valga anche il contrario e cioè che senza una soggettività non esista una socialità, ma da ciò egli non trae alcuna conseguenza: il suo sguardo è sempre rivolto al secondo termine della relazione.

Il problema centrale di questa tesi che si pretende di carattere empirico è che proprio gli studi biologici e storici negano la sua consistenza. La socialità di cui trattano Luhmann e Jakobs, che è quella di carattere comunicativo, nasce, infatti, da e attraverso la coscienza, attraverso quel sistema psichico che chiamiamo uomo. La comunicazione umana, in effetti, presenta un carattere specifico rispetto alle forme di comunicazione pure presenti in tutti gli altri esseri viventi (e apparentemente anche nel mondo vegetale) e che lo delineano proprio in quanto uomo.

Breve digressione fuori dal campo del discorso giuridico. I caratteri della comunicazione umana, sul piano biologico, sono emersi attraverso quella che si definisce rivoluzione cognitiva dell'*homo sapiens*: questo animale dalle scarse capacità fisiche riuscì con un balzo a salire fino alla cima della catena alimentare, attraverso l'acquisizione di un potere che lo pose sullo stesso piano di Dio, ossia la creazione. L'uomo è, a quanto pare, l'unico essere vivente in grado di creare oggetti che non esistono nella realtà: questi oggetti sono le idee. Esse esistono solo nella sua coscienza e nascono da essa e tuttavia sono di quanto più reale esista per la determinazione del comportamento umano: così nella quotidianità agiamo in base all'idea di denaro, di proprietà, di società, di semaforo, di nazione, di religione, di famiglia e così via. Attraverso il linguaggio l'uomo riesce a dare un nome a tali idee, a comunicarle e, ciò che più importa, ad accordarsi per collaborare in base ad esse<sup>359</sup>.

Questa capacità creativa, così, permise all'essere umano di svincolarsi dai laboriosi processi di costruzione di rapporti intersoggettivi tra tutti i componenti di un gruppo e di collaborare con gli altri membri della sua specie sulla mera base della condivisione di idee. Ciò gli permise di superare quella soglia numerica che si ritrova in ogni gruppo del mondo dei mammiferi e di creare società complesse in grado di

---

359 Per una ricostruzione sulla Rivoluzione cognitiva, Y. N. HARARI, *Da animali a Dèi*, cit., posizione 65ss.

coordinarsi in base soltanto a sistemi normativi di comportamento. Questa fu la sua forza più grande: da oggetto sottoposto alle leggi della evoluzione biologica, l'uomo riuscì a trovare un modo per svincolarsi da questa e porre per se stesso le sue leggi evolutive attraverso la cultura. All'evoluzione biologica egli seppe imporre l'evoluzione culturale, autonomamente scelta. Così, con la rivoluzione cognitiva, l'*homo sapiens* taglia i ponti con la biologia e dà inizio alla Storia.

La normatività, questo sistema di idee volto alla collaborazione anonima, trova dunque la sua origine causale nella emersione evolutiva della coscienza individuale. Ed infatti mentre la socialità si riconosce in tutte o quasi le specie animali, la specificità dell'essere umano sta nell'averla fondata attraverso questo prodotto specifico della coscienza, che sono le idee. È dunque grazie alla coscienza che è stato possibile per l'uomo fondare una società con i tratti di complessità che oggi presenta e dare inizio al suo progetto di dominio sul mondo. Usando le espressioni di Luhmann, è sempre l'ambiente a determinare le strutture e non il contrario.

A questo punto, però, potrebbe obiettarsi che la soggettività cui si riferisce il funzionalismo non corrisponda ai sistemi di coscienza, bensì ad un prodotto artificiale specifico della società: essa equivarrebbe, allora, alla concezione che essa ha del rapporto dell'uomo con il mondo, con la conoscenza e con se stesso, un prodotto comunicativo di natura culturale. Secondo quanto sostenuto da Jakobs in particolare, possiamo anzi essere certi di questa conclusione<sup>360</sup>. In questo senso, però, il concetto di soggettività si sovrapporrebbe a quello di personalità, intesa come ruolo sociale all'interno della struttura, con ciò travisando la critica che gli viene mossa, che parte proprio dalla soggettività dell'essere umano in opposizione al concetto selettivo di personalità.

Contro tale conclusione, si osserva che la struttura sociale è essa stessa già prodotto della creatività umana, dunque non è in grado di porre alcuna concezione che non sia allo stesso tempo fondata nella coscienza. Così come correttamente Jakobs afferma che la tradizione illuministica abbia restituito una immagine di uomo completamente astratta e scollegata dalla sua storicità, allo stesso modo è possibile muovere la stessa critica alla sua dottrina, che all'inverso riduce la complessità dell'uomo, non nella sua individualità, bensì nella sua socialità. Se si vogliono invece comprendere

<sup>360</sup> G. JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, cit., 29ss.

effettivamente i meccanismi di formazione dei valori e delle strutture alla base della giuridicità, allora questi due termini non possono separarsi: la coscienza, infatti, pone le idee con cui si costruisce la socialità e quest'ultima condiziona l'accoglimento e l'evoluzione di tali idee. Il rapporto tra l'uomo e la società deve dunque costruirsi come rapporto dialettico, in cui nessuno dei due termini risulta predominante<sup>361</sup>.

Ciò comporta il dover riportare il funzionalismo nel suo ambito di lavoro, che non è quello empirico, bensì quello giuridico. Non soltanto, infatti, la concezione dell'uomo, ma anche la concezione della società è di matrice culturale: essa esprime già un giudizio di valore. Così la posizione di Jakobs che sopprime il soggetto all'interno della società corrisponde ad una concezione ipostatizzata di quest'ultima, che si pone quale valore centrale, quale metanarrazione sulla cui base collaborare. Nella sua dottrina è essa infatti a possedere quella volontà in grado di attribuire al singolo la qualità di persona di diritto. Come per il riconoscimento della germanicità, anche qui è l'individuo che deve dimostrare di essere degno di riconoscimento sociale. E tuttavia la struttura non esiste, essa è decisa: non è realtà, è credenza.

Ancora egli afferma che se un sistema sociale oggi giorno minimamente accettabile non potrebbe permettere l'esclusione di alcun individuo dalla qualifica di persona, ciò non sarebbe ragione sufficiente per assegnare artificialmente un divieto assoluto di esclusione valido per tutte le società<sup>362</sup>. Anche qui, l'autore confonde piano dell'essere con quello del dover essere. Questa posizione, infatti, sul piano descrittivo ha una grande rilevanza, poiché impone di tenere sempre alta la coscienza sulle tendenze del sistema sociale. Ciononostante, se essa si accompagna, come nel suo caso, con l'affermazione circa l'asserita impossibilità di intervenire in questo processo, presentato come inevitabile in quanto dato dell'essere, e con l'equivalenza di tutte le opzioni purché funzionali al mantenimento delle strutture sociali, ciò che si sta fornendo non è più una descrizione, ma una legittimazione dietro lo scudo della costatazione di fatto. Non esiste invece in diritto alcun fatto, poiché esso è costituito di normatività, di idee. E queste hanno l'incredibile capacità di evolversi attraverso il contributo di ogni singola coscienza comunicante, compresa quella di Jakobs e quella

---

361 ALAN NORRIE, *Punishment, responsibility and justice*, Oxford 2000; ID., *Law, ideology and Punishment*, Dordrecht 1991; ID., *Crime, Reason and History*, London 1993; ID., *Law and the beautiful soul*, London 2005; ROY BHASKAR, *Dialectic: the Pulse of freedom*, 1993.

362 G. JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, cit., 39.

di chi scrive. Non solo dunque è possibile intervenire nel processo di formazione delle opzioni alla base del diritto penale, ma esso è anzi uno dei compiti scientifici del giurista, proprio per la sua capacità di prevedere le conseguenze derivanti da una opzione piuttosto che altra.

C'è infatti una differenza fondamentale tra le indagini storiche sulla concezione dell'uomo e della società e l'autoosservazione contestuale: mentre la prima si svolge in un contesto chiuso, che ormai non può essere più modificato (si può solo modificare il discorso costruito su di esso e dunque l'immagine della società attuale derivante da quella ricostruzione), la seconda, operando contestualmente è, come riconosce Luhmann, sia una descrizione sia una evoluzione della comunicazione sociale: non esiste, infatti, un punto di vista esterno alla società. Pertanto qualsiasi operazione comunicativa, incluso quella funzionalistica, opera modificando la concezione metanarrativa dei nostri tempi.

La scienza del diritto dunque non è impotente, come egli sostiene<sup>363</sup>, ma anzi partecipa a pieno titolo alla costruzione della comunicazione sociale, potendo incidere sui valori e per il cambiamento degli stessi. Proprio per questo, quella di Jakobs non si limita ad essere una descrizione neutrale della comunicazione contemporanea, bensì è essa stessa comunicazione che crea un mondo valoriale. Così egli si inserisce in questo momento comunicativo, fornendo un argomento legittimante di una forma di reificazione dell'uomo: affermare che qualsiasi sistema giuridico volto alla stabilizzazione delle strutture sociali è equivalente e che solo il mantenimento del sistema, comunque esso sia, debba considerarsi irrinunciabile, significa porre sullo stesso piano di legittimazione funzionale tutti i sistemi giuridici positivi, a prescindere dalla loro considerazione dell'essere umano. Quest'ultimo e il riconoscimento universale della personalità diventano negoziabili e dunque rinunciabili, sull'altare di una entità ipostatizzata: la Società, l'Identità sociale, la Vigenza della norma<sup>364</sup>.

Questa posizione, che si pretende presentare come funzionalmente neutrale, ha dunque già accolto una metanarrazione, quella che crede nel mantenimento della società come valore prevalente, nella legge come strumento di istituzionalizzazione

---

363 G. JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, cit., 41.

364 AA.VV., *Derecho penal y Sociedad* vol I, cit., diffusamente.

delle aspettative normative e della pena come risposta alla violazione di una norma. Essa si risolve, in realtà, in una concezione per definizione apologetica rispetto al diritto positivo, e dunque autoritaria, poiché nessun valore ulteriore si pone come limite esterno a quello della stabilità rappresentata dall'esercizio dell'autorità. In essa si presenta come mera descrizione una realtà, che però è tale soltanto sul piano comunicativo, sul piano della creazione di credenze condivise. È per questo che essa ha la capacità di modificare la concezione dell'uomo e questo nel senso della sua reificazione. Come una teoria scientifica è tale poiché pone delle premesse e si svolge in modo congruente rispetto ad esse, una dottrina giuridica non può prescindere da una scelta di valore fondativa e valutare i singoli istituti, le teorie provenienti da altri campi di indagine, le disposizioni adottate dal legislatore, attraverso e in funzione di quella scelta valoriale e ciò poiché anche l'asserita neutralità è in sé già una scelta di valore (una apologetica nei confronti del potere).

Attraverso i concetti di soggetto mediato dal sociale, ossia persona, degli obblighi normativi da essa derivanti, ossia la competenza, e di norma quale aspettativa istituzionalizzata, Jakobs procede alla rifondazione di tutte le categorie del reato e della pena. Non è possibile in questa sede scendere nel dettaglio delle sue argomentazioni. Tuttavia, i punti salienti si individuano da un lato nella completa normativizzazione di tutte le categorie del reato, incluso il fatto e il bene giuridico, che si identifica esclusivamente nella vigenza della norma; e dall'altro nella compressione e funzionalizzazione di tutti gli elementi di esso sulla categoria della colpevolezza, che a suo avviso rappresenta il vero perno di significatività normativa di tutta la struttura del reato.

Per arrivare a tale conclusione, egli parte dal concetto di persona, come riconoscimento di un ruolo sociale. Essere persona significa dover rappresentare un ruolo. Persona è la maschera: essa non è l'espressione della soggettività del suo portatore<sup>365</sup>, bensì la rappresentazione di una competenza socialmente comprensibile. Da ciò deriva il corrispondente obbligo di fedeltà al diritto che da tale riconoscimento scaturisce. Dunque il reato consisterebbe nella violazione di un obbligo di fedeltà dettato dal ruolo sociale e che in realtà rappresenta il contenuto specifico della colpevolezza.

---

365 G. JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, 50ss.

Così come già nelle dottrine della concezione sintomatica del reato e delle evoluzioni normativistiche della dottrina dei tipi di autore, il vero contenuto di tutte le norme penali consisterebbe dunque in un obbligo di fedeltà che rivela il grado di adesione dell'individuo al progetto sociale, mentre la risposta sanzionatoria avrebbe esclusivamente il compito di riaffermare che quell'obbligo e quel progetto continuano ad essere vigenti.

Infatti, nell'ambito di una corrente funzionalista, la distinzione fondamentale, secondo Jakobs, è quella tra società e mondo esteriore. Riferendolo alla comunicazione, egli la riformula come distinzione tra significato e natura. Col suo fatto, l'autore o esprime un significato rilevante per la comunicazione, oppure non arriva a raggiungere il piano di rilevanza per la comunicazione mantenendosi nella natura, ove ciò che si intende come natura e ciò che si intende come significato o senso si determina funzionalmente. Nel diritto penale, sarebbe il concetto di colpevolezza ciò che separa il significato dalla natura. Per cui tutta la previa sistematizzazione rispetto al giudizio di colpevolezza è puramente ausiliare a questo: la loro funzione consiste esclusivamente nel rendere più maneggevole quest'ultimo giudizio. Di conseguenza, dette categorie, tipicità e antiggiuridicità, non avrebbero altro che una funzione didattica<sup>366</sup>. In ciò si rilegge quella tendenza verso una concezione unitaria del reato, quale unità di senso, di significato, schiacciato, ora come allora, sulla categoria della colpevolezza.

L'unica aspettativa che realizzerebbe il diritto penale, secondo Jakobs, sarebbe infatti corrispondente al più generale dei ruoli sociali, quello che richiede soltanto che non vi sia colpevolezza a sostegno del fatto. Essa dunque corrisponde all'aspettativa di una fedeltà sufficiente al diritto da parte del soggetto e specularmente di un dovere di prestare una fedeltà sufficiente al diritto. Il ruolo la cui osservazione è garantita da diritto penale è pertanto quello generale del cittadino fedele al diritto, ossia della persona in diritto. Al di sotto di questo minimo non ci sarebbero scuse che valgano: quando un soggetto non rispetta il suo ruolo minimo di cittadino fedele al diritto egli si mostra ostile e dunque non rispetta il termine minimo per il riconoscimento della personalità<sup>367</sup>.

---

366 G. JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, 50ss.

367 G. JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, 59ss.

È interessante notare in queste poche righe di esposizione come vengano richiamati tutti i concetti di base che fondarono la teoria dei tipi di autore nazionalsocialista: ritroviamo i concetti di fedeltà e violazione del dovere di fedeltà, di delinquente come soggetto ostile al diritto, di colpevolezza, intesa come aspettativa di fedeltà, come unica categoria fondante della responsabilità penale. In altri luoghi si ritrovano poi anche i richiami tipologici ai refrattari e agli indifferenti. Esse sono esattamente le categorie utilizzate da Wolf nella sua fondazione normativa dei tipi di autore<sup>368</sup>, con richiami quasi puntuali a lui e a Edmund Mezger per la concezione unitaria della struttura del reato.

In questa concezione, il fatto e la dannosità sociale da esso scaturente perdono completamente di rilevanza costitutiva per il sistema penale. Il reato, infatti, corrisponde alla posizione soggettiva di disobbedienza di un individuo rispetto al suo ruolo sociale di persona. Egli, dunque, deve essere espulso dalla comunità comunicativa, dato che non ha rispettato il termine minimo per partecipare in essa: l'obbedienza del cittadino fedele.

In base alle premesse esposte, questa concezione dimostra di svilire completamente il fatto e la dannosità sociale da esso scaturente: il reato corrisponde alla posizione soggettiva di disobbedienza di un individuo rispetto al suo ruolo sociale di persona. Egli, con il suo comportamento, esprime una comunicazione che si ritiene non accoglibile rispetto alle aspettative normative istituzionalizzate. Questo, però, crea un problema centrale nell'impostazione funzionalista del reato: nonostante Jakobs affermi che anche chi commetta un reato continui a muoversi nel contesto della comunicazione personale, essendo egli riconosciuto come persona anche dopo il reato e dunque come soggetto obbligato dal sociale, non è chiaro come la violazione di quest'obbligo possa mantenere fermo il suo riconoscimento personale. Infatti, se il ruolo protetto dal diritto penale è quello minimo del cittadino fedele al diritto, al di sotto del quale viene a mancare la base minima di interazione comunicativa, diventa difficile sostenere che quell'individuo continui a riconoscersi sul piano sociale come persona.

Jakobs sostiene che questo mantenimento deriva dall'aspettativa di una sufficiente sicurezza cognitiva rispetto al comportamento del delinquente e cioè quando,  
<sup>368</sup> *Supra, Il soggettivismo punitivo*, par. 5.

nonostante il reato, ci si possa aspettare che l'individuo nel futuro rispetterà le aspettative normative della società: questo giudizio, in pratica, è di carattere preventivo rispetto alla pericolosità sociale dell'individuo. Esso, carente di qualsiasi fondamento materiale, ha ad oggetto le condotte di vita del delinquente e il suo grado di funzionalità rispetto alla struttura sociale. Ogni reato, in sostanza, mette in dubbio, non la vigenza generale della norma, la quale si riafferma intrinsecamente attraverso la pena, ma lo statuto del condannato quale persona. Il piano normativo viene comunque assicurato, ma quello cognitivo rispetto al singolo delinquente può comunque sempre condurre alla necessità di neutralizzazione di un soggetto che non dimostra un effettivo legame di fedeltà ai ruoli sociali che definiscono l'identità sociale, il lato positivo della selezione. Insomma, se l'individuo che ha commesso un fatto di reato è un soggetto socialmente integrato e corrisponde all'immagine che la società ha di se stessa, questo fatto nella sua materialità sarà irrilevante, mentre se quell'individuo è un soggetto che conduce la propria vita ai margini della società, che non immedesima i ruoli sociali in essa valorizzati e sembra disfunzionale alla placida esistenza di chi invece immedesima quei ruoli, esso sarà trattato come oggetto da neutralizzare.

Anche qui sul piano descrittivo questa posizione è illuminante: essa è in grado di spiegare come mai in tutto il mondo il sistema penale abbia prescelto un tipo particolare di soggetto su cui concentrare lo sforzo repressivo, gli emarginati e i dissidenti, mentre quei reati che potenzialmente possono essere commessi anche dalle classi dominanti trovano una scarsissima rappresentazione nella popolazione carceraria. Tuttavia, la posizione di Jakobs, come ormai chiaro, utilizza questo acuto sguardo di analisi ai fini della legittimazione dello stato di cose: egli fornisce l'argomento intellettuale per giustificare la discriminazione intrinseca al sistema penale odierno, affermando che, in definitiva la colpa per essere discriminato è dell'autore che non si è saputo o voluto adeguare ai canoni sociali e non di quell'ente ipostatizzato che chiamiamo struttura sociale che separa invece di unire un'unica umanità.

Questi risultati discriminatori cui giunge la dottrina funzionalista del diritto penale, la quale riconosce la reificazione e allo stesso tempo la accetta come dato della realtà, quale verità sulla quale non sarebbe possibile intervenire, derivano dalla premessa

metodologica di concepire il diritto quale sistema comunicativo. Le ultime osservazioni sul funzionalismo devono dunque riferirsi a questa idea di comunicazione che adotta Jakobs, insieme ai suoi allievi.

Per Jakobs, che sembra riprendere alla lontana la teoria dell'agire comunicativo di Habermas, esisterebbero due tipi di comunicazione nell'interazione sociale: la comunicazione personale e la comunicazione strumentale (vicina all'idea di agire strategico). L'interpretazione del delinquente come una persona che da uguale esprime un senso che ha validità generale e che è contraddetto con la pena è vincolata ad una concezione seppur deformata in cui la società non compare, o non solo, come comunicazione strumentale, bensì anche come comunicazione che riconosce. La differenza tra una comunicazione strumentale ed una personale sarebbe da rinvenire nel fatto che dalla prima non discendono obblighi in capo ai partecipanti alla relazione comunicativa, mentre dalla seconda emergerebbe almeno un obbligo, consistente in una norma, che non risponde alle preferenze personali dei partecipanti, ma che ciascuno accetta come limite. Mentre nella prima le determinazioni soggettive sono dettate esclusivamente in base ad un parametro di soddisfazione individuale e pertanto le relazioni sarebbero rette esclusivamente da rapporti di forza, nella seconda il mutuo riconoscimento di una norma indisponibile per ciascuno, renderebbe i partecipanti uguali dinanzi a tale norma: essi sono uguali nei propri obblighi e per questo sono riconosciuti come persone di diritto.

Questo riconoscimento, tuttavia, ha due limiti: verso il basso, per coloro che si rapportano alla norma soltanto in termini di coazione, e che dunque agiscono come animali; verso l'alto, per coloro che riconoscono la norma come obbligo soltanto per gli altri, ma non per se stessi, per i quali vale soltanto la propria soddisfazione, e che dunque agiscono come dei<sup>369</sup>. Questi sono a ben vedere i due estremi di una concezione dell'uomo completamente eterodeterminato e di quella dell'uomo completamente libero: nel mezzo, per Jakobs, c'è la persona. Il riconoscimento quale persona come eguale, infatti, consiste certamente in una ascrizione, ma essa non potrebbe fingersi in modo arbitrario. Afferma l'autore, infatti, che chiunque neghi la sua razionalità in modo troppo evidente o stabilisca la sua propria identità in modo troppo indipendente dalle condizioni di una comunità giuridica non può essere

---

369 ARISTOTELE, *Politica*, a cura di Arturo Beccari, Torino, 1958, libro III.

trattato ragionevolmente come persona in Diritto: per Jakobs è sempre l'individuo a scegliere di porsi fuori dal diritto e non le norme o la struttura a espellere parte dell'umanità dalla sua selezione funzionale.

In questa argomentazione ci sono alcuni elementi contraddittori: innanzitutto Jakobs parla di riconoscimento, quando a ben vedere la qualità di persona è presentata come attribuzione. Il riconoscimento di una qualità, infatti, la rende indisponibile alla decisione, mentre l'attribuzione contiene in sé la possibilità della sua negazione. Mentre la prima, dunque, si pone quale limite eteronomo all'esercizio del potere decisionale, la seconda è propriamente un risultato dell'esercizio di tale potere volontariamente determinato.

In secondo luogo, intendendo la norma in termini puramente formali, senza badare al contenuto, non è possibile ricostruire un rapporti di causalità tra essa e i suoi effetti. Non sono esplicitate, infatti, le condizioni per stabilire se l'esclusione di alcuni soggetti, gli uomini-animali e gli uomini-dei, sia conseguenza del tipo di norma adottata, ossia del suo contenuto che riconosce, o meglio attribuisce lo statuto di uomini-persone soltanto ad alcune di esse, o dell'atteggiamento di questi uomini-non-persone. Tornando alla terminologia di Luhmann, non è chiaro se la comunicazione simbolica generalizzante intrinseca alla norma, quella diretta alla creazione di consenso, manchi il proprio obiettivo di identificazione perché è essa stessa ad escludere dalla selezione positiva un certo tipo di uomini o se siano questi ad autoescludersi, ponendosi nel lato diabolico della comunicazione. Questo tipo di analisi, per il funzionalismo è impossibile, poiché essa dipende dal contenuto concreto delle norme e non semplicemente dalla loro posizione arbitraria sul piano formale della comunicazione. Stando così le cose, però, allora non è possibile trarre le conclusioni cui giunge Jakobs: date tali premesse e mantenendosi sul piano formale, non è possibile riconoscere una colpevolezza in coloro che hanno violato lo statuto di persona, in quanto quest'ultimo può come non può essere costruito in modo da includere ogni essere umano. Solo nel caso in cui la norma sia tale da permettere, da creare concretamente le possibilità di includere tutti gli esseri umani, la sua violazione potrà essere attribuita ad una responsabilità individuale. In caso contrario, essa sarà esclusivamente strumento di discriminazione legislativamente legittimata. Non è un caso, in effetti, che chi prima di Jakobs ha sostenuto una

dottrina formale del diritto, ossia Kelsen, arrivi a sostenere che le disposizioni si rivolgano, non ai singoli, bensì agli organi dello Stato: egli comprendeva che non si può parlare di colpevolezza individuale, laddove non si guardi al contenuto delle norme.

Proprio la necessità di ignorare la dimensione materiale, l'ambiente, in cui si svolge la comunicazione, la valenza puramente comunicativa delle norme, in assenza di alcuna analisi sulle sue conseguenze materiali rispetto agli esseri umani, alle loro concrete possibilità di esistenza, in quanto tali, provoca degli effetti paradossali. Uno di questi effetti è che la credenza, la metanarrazione normativa che funge da base consensuale può seriamente condizionare il modo in cui un individuo vede se stesso e ciò anche se quella medesima narrazione lo inquadri come soggetto disfunzionale. Sugli effetti di questa identificazione nel lato diabolico della selezione, si sono mossi gli studi sociologici del *Labelling Approach*<sup>370</sup>. Essi hanno messo in luce che se è la norma a creare una società discriminatoria, non solo i suoi partecipanti confonderanno il piano normativo con quello oggettivo, accettando la discriminazione come un dato naturale immodificabile e non come conseguenza di una specifica scelta valoriale del sistema, bensì anche i soggetti materialmente discriminati apporranno a se stessi quel marchio, quel ruolo, realizzando la profezia contenuta nella credenza. In fondo qui il sistema si stabilizza, creando soggetti funzionali e soggetti disfunzionali, ove ciascuno accetta passivamente la propria condizione e si comporta secondo la maschera attribuita, garantendo così il mantenimento dei sistemi sociali: non importa se a costo della sofferenza, della discriminazione e finanche della vita di una parte dell'umanità.

Ad avviso di Jakobs attualmente il sistema si muove verso forme di comunicazione strumentale che non riconoscono l'altro come persona, bensì come oggetto più o meno funzionale alla soddisfazione delle preferenze individuali.

Ovviamente da questa analisi egli deriva la conseguenza di dover accettare questo stato di fatto e di adeguarsi a questa nuova realtà, che, come afferma, non può fermarsi con i lamenti. Anche Schopenhauer considerava gli orrori del mondo come un tratto immanente alla crudele e immodificabile esistenza umana: egli lo faceva per giustificare l'accettazione di uno stato di fatto che era conseguenza di una precisa

<sup>370</sup> Vd. *Infra*, *La funzione promozionale nel diritto penale*, par. 5.

scelta politica di matrice reazionaria e liberista e così diede avvio alla cosiddetta letteratura apologetica indiretta<sup>371</sup>.

Altrettanto ovviamente a questa conclusione si possono porre due obiezioni. La prima riguarda la supposta differenza della comunicazione strumentale rispetto a quella personale. La prima sarebbe tra individui che ragionano solo in termini di interesse personale. La seconda tra persone che invece riconoscono doveri reciproci. Se non fosse che quest'ultima è già strumentale, attribuendosi la qualità di persona soltanto agli individui funzionali al sistema, quelli che si adeguano ad esso, accettando l'etichetta che la società gli ha posto.

La seconda, invece, riprende una critica svolta più indietro: tutte le comunicazioni sono operazioni del sistema sociale e dunque tutte le comunicazioni hanno il potere di incidere sulla metanarrazione, sul sistema di credenze su cui si regge la società. Anche il giurista, che vede le conseguenze dell'affermarsi di una determinata concezione dell'uomo, seppur nel suo ristretto angolo visuale, può richiamare l'attenzione su di esso, denunciarne gli effetti discriminatori e lottare per una idea di umanità universale. Certo, sempre che i suoi valori siano questi e non quelli dell'apologia al potere. Si vuole così rincuorare tutti gli autori del funzionalismo: è l'uomo creatore delle idee, egli le può modificare, manipolare, trasformare. E siccome qui si crede in una idea di umanità universale, non si disperi Jakobs, poiché anche lui ha il potere creativo di incidere sulla realtà comunicativa. E con esso la responsabilità delle sue creazioni.

#### ***4. Il diritto penale del nemico***

Il funzionalismo strutturalista di Luhmann rappresenta una geniale teoria sociologica che si basa su una finzione fondativa nella sua premessa: l'eliminazione mentale dell'uomo. Questa finzione ha permesso alla teoria di descrivere la struttura in cui vive l'uomo allo stesso livello in cui potrebbe descriversi una colonia di formiche: dall'esterno, partendo dai suoi schemi comportamentali e non dall'interno, partendo dalle sue intenzioni. L'eliminazione concettuale della premessa umanistica ha offerto, così, uno sguardo completamente originale alla sua analisi, permettendo all'uomo di vedere se stesso dall'angolo visuale offerto dalle strutture che egli crea.

---

<sup>371</sup> KARL MARX, *Das Kapital*, Berlin 1947, I, 13ss.

Essa ha rivelato che le strutture sociali, mentre falsano la visione complessiva delle possibilità di vita, allo stesso tempo permettono una concreta possibilità di sviluppo per l'essere umano. Questa, come tutte, resta dunque una teoria che, nonostante il paradosso di partire da una fondazione antiumanistica, è costruita per l'uomo, per aumentare la sua conoscenza su se stesso, le sue relazioni sociali, e dunque le sue possibilità di sopravvivenza: una teoria, in particolare, che ha fatto luce su ciò che fino ad oggi era rimasto celato all'occhio umano, ovvero il suo condizionamento strutturale. Conoscere quest'ultimo significa poter prendere decisione su di esso: significa aprire una possibilità di cambiamento, di rimodulazione di quelle stesse strutture sociali, di progresso per l'umanità. Se la premessa è antiumanistica, il suo fine è sempre l'uomo, il quale oggi ha uno strumento in più per realizzare quel progetto di dominio su se stesso e sul mondo, il suo progetto di deificazione.

Lo stesso può dirsi del funzionalismo penale, che come teoria descrittiva delle categorie penalistiche e delle correnti di politica criminale ha una grande capacità di disvelare le trame sottese ai discorsi razionalizzanti sul sistema punitivo esistente, di legittimazione ideologica. Non a caso, la posizione di Jakobs è considerata la più onesta e coerente rispetto alle premesse del suo discorso giuridico<sup>372</sup>. Tuttavia, come una moderna Marie Curie della scienza penalistica, questo autore, così come Luhmann, è rimasto vittima della sua stessa teoria, imbrigliandosi nella rete che egli stesso ha tessuto. Anche l'esito drammatico delle ricerche di Marie Curie ha fatto avanzare la scienza, ha rivelato qualcosa sul suo oggetto di studio, il radio: esso poteva provocare la morte. Così sul funzionalismo sappiamo che quel limite sta nella finzione iniziale, l'eliminazione mentale dell'uomo come sistema di coscienza. Se l'eliminazione dell'uomo può essere uno stratagemma scientifico di indubbio rispetto per modificare la prospettiva di analisi e uscire dal merito dei discorsi legittimanti, dimenticare che la teoria e la dottrina hanno sempre come fine l'uomo, il miglioramento della sua conoscenza e delle sue possibilità di vita, può portare a risultati aberranti, creature mostruose che si seggono al tavolo delle idee e delle credenze della nostra epoca.

---

372 EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *Alla ricerca del nemico: da Satana al diritto penale cool*, in AA.VV., *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, Milano 2006, 757ss.

Entriamo, dunque, nel merito della creatura di Jakobs: il diritto penale del nemico, o *Feindstrafrecht*. Con questa dizione l'autore designa una tendenza della politica criminale contemporanea il cui fondamento risiede nella pericolosità sociale dell'autore. Essa rappresenterebbe così una manifestazione di soggettivismo punitivo, secondo le premesse esposte nel presente lavoro. In questa tendenza di politica criminale, infatti, il processo di criminalizzazione non sarebbe diretto alla tutela di determinati beni giuridici rispetto ad una offesa derivante da un fatto tipicamente descritto, bensì all'individuazione ed eliminazione di specifici soggetti in quanto ritenuti essenzialmente (nella loro essenza) pericolosi per le loro condotte di vita o tendenze personali, a prescindere dalla concreta commissione di un fatto lesivo. Il mutamento del fondamento della responsabilità penale, dalla dannosità del fatto alla pericolosità del soggetto, comporterebbe una serie di conseguenze sistematiche, che riguardano l'intero assetto del sistema punitivo: innanzitutto, non essendovi un fatto quale misura del reato, nella prospettiva del principio di offensività si produrrebbe una anticipazione della soglia dell'intervento punitivo, fino alla vera e propria assenza di una manifestazione esteriore apprezzabile, nei c.d. reati di possesso e di *status*<sup>373</sup>. In secondo luogo, essa propenderebbe per una recrudescenza della risposta punitiva, sia in termini quantitativi che qualitativi, che manifesterebbero una evidente sproporzione della pena rispetto al fatto, e nel raffronto con il sistema sanzionatorio complessivamente considerato. In ultimo, esso inficerebbe quegli istituti di natura processuale che rimontano alla duplice prospettiva del diritto di difesa e della presunzione di non colpevolezza.

Questa ricostruzione, che parte dai principi del diritto penale garantista, si presenta in termini esclusivamente negativi: carenza di un fatto, carenza di proporzionalità della pena, relativizzazione o assenza di garanzie processuali. Vista soltanto dalla prospettiva di un diritto penale del fatto, questa forma di tipizzazione non mostrerebbe la sua vera natura: essa apparirebbe completamente incomprensibile, perdendosi oltre le coordinate esegetiche dei suoi criteri definitivi. Dinanzi a questa impossibilità di riconduzione di manifestazioni politico-criminali massive rispetto alle coordinate del garantismo, che in Italia così come in Germania sono

---

373 In funzione legittimante dei reati di possesso e di *status*, si veda NURIA PASTOR MUÑOZ, *Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación político-criminal y dogmática*, Barcelona, 2005, in particolare 45ss.

vincolativamente incise nelle norme costituzionali, vi sono due possibili alternative. La prima consiste nel rimettere in discussione quelle coordinate, evidenziandone alcuni difetti costitutivi che impedirebbero la riconduzione di questa parte massiccia della politica criminale post-moderna ai suoi principi: ciò implicherebbe una ridefinizione di questi ultimi, affinché siano in grado di leggere e interagire anche con quelle nuove tendenze (per esempio attraverso l'introduzione di un bene giuridico quale la sicurezza, o l'identità del popolo).

In alternativa, si può arrivare alla conclusione che tali manifestazioni siano incompatibili con il garantismo, non perché questo abbia mancato di considerare alcuni aspetti necessari per il sistema penale (che richiederebbe dunque un aggiornamento), bensì perché rispondono ad un paradigma alternativo. Di questo paradigma alternativo a quello del garantismo costituzionale, dovrebbero dunque essere esplicitati principi e fondamenti autonomi, al fine di rendere controllabile e manifesta l'incompatibilità con quelli vincolanti negli ordinamenti positivi, nel nostro caso la Carta costituzionale, con la implicita conseguenza di dover concludere per la loro illegittimità (e delle disposizioni che rispondono ad esse).

Vi sarebbe una terza possibilità che è invece quella di considerare la Carta costituzionale non più vigente in due possibili sensi: in quanto si è rotto il patto sociale alla sua base, oppure perché, laddove essa lo preveda, ci si trovi in uno stato di eccezione. Quest'ultima possibilità, tuttavia, non è contemplata dalla nostra Carta, la quale non prevede la possibilità di eccepire ad essa: i suoi principi sono universali e indisponibili e sul potere di dichiarare lo stato di eccezione ha già deciso il popolo ed il legislatore costituzionale.

L'assenza di un termine di paragone esterno sarebbe all'origine del manifestarsi della prima tendenza, che è quella che tenta di ricondurre l'ignoto al conosciuto. Tuttavia, essa darebbe luogo ad un errore logico, noto come paralogismo, proprio in quanto un dato esperienziale, il fenomeno politico-criminale, sarebbe fallacemente ricondotto sul piano della prescrittività: saremmo dinanzi ad una inversione metodologica, in cui invece di interpretare la legge secondo i principi che ne determinano la legittimità, si modificano questi pur di attribuire una parvenza di significatività giuridica a quella. Concretamente i principi del diritto penale garantista verrebbero

strumentalizzati, manipolati e stirati fino a snaturarsi e a perdere la propria capacità descrittiva e delimitativa del sistema penale, pur di sostenere la continuità dell'ordinamento. Con tale processo si risponde così alla necessità umana di comprensione, di sistematizzazione e di riconduzione ad unità della razionalità, ma si perde di vista che la problematicità della riconduzione di fattispecie di nuova generazione, adottate sull'onda di politiche criminali schiettamente repressive ed emergenziali, ai principi del garantismo, non dipende da ragioni intrinseche al sistema garantista, bensì al diverso fondamento della responsabilità penale che si manifesta in esse. Il problema centrale di una analisi modulata esclusivamente sui principi del garantismo arriva ad essere, dunque, che dinanzi alla necessità di restituire una coerenza interna alle fattispecie penali di nuovo conio, la dogmatica, col suo compito di legittimazione e sistematizzazione delle norme, finisca per cedere sui principi e snaturare l'intero sistema, con una portata di contaminazione per tutta la cultura giuridico-penale.

La dottrina del diritto penale del nemico si muove invece nella seconda prospettiva. Essa non si ferma al noto, ma disegna un sistema penale alternativo, attraverso il quale dare contenuto e forma a ciò che si colloca fuori dal garantismo. Nell'oscurità indiscriminata di una nebulosa indecifrabile, essa coagula l'essenza di una idea alla quale ricondurre quell'ignoto: in quell'assenza, essa colloca il nemico. Ciò che restituisce la coerenza interna a questa tendenza della politica criminale contemporanea, incomprensibile dalla prospettiva del garantismo, dunque, è proprio il mutamento del fondamento della responsabilità penale: soltanto nell'ottica della tipizzazione di un autore, il nemico, e non della tipizzazione di un fatto, essa potrebbe coerentemente ricostruirsi. Con la sua indagine, Jakobs pertanto fornisce un criterio di analisi e critica, che, seppur già noto in prospettiva storica, era rimasto in un passato ininfluenza, perdendo la sua capacità di incidere nella descrizione della realtà contemporanea. Così scopriamo che nell'assenza di un fatto, si trova l'essenza di un nemico, nell'assenza di proporzione, si trova l'esigenza di neutralizzazione e nella relativizzazione della presunzione di non colpevolezza, si colloca l'inquisizione.

La descrizione fornita da Jakobs del diritto penale del nemico segue l'impostazione che egli ha dato a tutta la sua opera: essa è un'applicazione dei concetti fondamentali

del funzionalismo penale alle tendenze di politica criminale degli ultimi decenni<sup>374</sup>. Come detto, ad avviso di Jakobs, che ricostruisce il sistema penale in termini comunicativi, il reato rappresenta simbolicamente la negazione della vigenza della norma, mentre la pena, sullo stesso piano di significatività, rappresenta la riaffermazione della stessa. Quest'ultima ha dunque un significato assoluto, in quanto non è orientata ad alcuno scopo ulteriore, trovando in sé il proprio senso di mantenimento della vigenza della norma. È ciò che tradizionalmente si definisce «giustizia» e che si conosce come principio retributivo, ma letto in chiave comunicativa. Affinché questo processo comunicativo si realizzi, tuttavia, è necessario che anche all'autore di reato sia attribuita la qualità di persona nel diritto, ossia che nonostante la negazione della vigenza della norma, questa possa essere ritenuta una eccezione rispetto ad un comportamento che rientra in un contesto di ruoli sociali riconoscibili.

Nelle ipotesi di diritto penale del nemico, invece, questa garanzia di un complessivo rispetto dei vincoli sociali, pur momentaneamente violati dal reato, si perde nel contesto di un atteggiamento in netto contrasto con l'ordinamento: ciò che avviene è che il comportamento del soggetto diventa incomprensibile rispetto ai ruoli sociali, inclusi quelli cui si ricollega in situazione di normalità un soggetto disfunzionale quale il delinquente. Questa incapacità di riconduzione a parametri di normalità sociale dell'atteggiamento di un soggetto, lo pone fuori dal contesto comunicativo, rendendolo un estraneo alla comunità, nella quale egli non trova collocazione<sup>375</sup>.

La politica criminale degli ultimi decenni avrebbe dunque tracciato un confine tra una forma di violazione delle norme che comunque si riesce a ricondurre ad un contesto di normalità, in quanto, nonostante il fatto di reato, l'autore resta un soggetto leggibile attraverso i ruoli sociali e dunque resta persona, ed una forma di violazione che salta fuori dagli schemi di autorappresentazione della società e che per questo diviene del tutto incomprensibile: in queste ipotesi, con l'autore l'ordinamento non riesce ad instaurare alcun tipo di dialogo su di un piano simbolico di significatività normativa<sup>376</sup>. Questa incomunicabilità si traduce dunque in una

---

374 La prima formulazione ancora molto indiretta del concetto di *Feindstrafrecht* è infatti del 1985, vd. nota 299.

375 G. JAKOBS, *Derecho penal del enemigo*, cit., 50ss.

376 G. JAKOBS, *Derecho penal del enemigo*, cit., 38.

risposta volta direttamente all'esclusione di tale soggetto perché non può essere letto all'interno degli schemi di comportamento della società. La pena nel suo caso si traduce in mera coazione, senza alcun altro significato, che non quello della materiale rimozione di un pericolo dalla società<sup>377</sup>. Questa esclusione corrisponde, parlando in termini di teoria della pena, ad una funzione di neutralizzazione. Il fondamento della responsabilità penale passa ad essere, dalla negazione del significato del fatto, la negazione dell'esistenza stessa dell'autore nella comunità. Proprio l'incapacità di ricondurre l'autore negli schemi comportamentali della società, ossia in ruoli sociali, pur se quelli delinquenziali, comporta che ad essa venga negata la qualità di persona nel diritto, poiché ad esso non è possibile ricondurre l'identificazione con alcuna delle norme dell'ordinamento e dei rispettivi obblighi. Quel ruolo minimo di cittadino fedele al diritto, in questo caso è costitutivamente negato, poiché il soggetto non è in alcun modo inquadrabile in questa società e nei ruoli attraverso cui si autodefinisce.

Proprio la sua intrasparenza lo rende una fonte di pericolo, poiché il comportamento di un soggetto che non si determina in base a ruoli sociali, seppur momentaneamente violati, non è prevedibile e dunque è causa di instabilità del sistema sociale. Proprio per questa sua imprevedibilità, che contrasta con il fine primario della struttura sociale giuridica che è la stabilizzazione e il mantenimento del sistema, egli non è considerato un cittadino, bensì un nemico.

Vediamo dunque anche qui riproporsi quello schema descrittivo offerto dal paradigma del soggettivismo punitivo: dinanzi alla paura dell'ignoto, dell'imprevedibile, del diverso rispetto agli schemi di identificazione sociale, la società produce una risposta discriminatoria volta all'eliminazione di un oggetto pericoloso. Questo oggetto è il nemico, non persona perché la sua soggettività è incomunicabile, bensì irritazione del sistema, che lo elimina o tenta di eliminarlo.

Proprio la maschera offerta dalla personalità eterodefinita da ruoli sociali, al cittadino permette di mantenere una soggettività individuale, uno spazio di inviolabilità rispetto all'intervento dello Stato. L'assenza di questa maschera rende invece il nemico completamente visibile nella sua eccentricità, per cui non vi è limite o barriera dietro la quale potersi riparare dalla reazione sociale. Il nemico è già

<sup>377</sup> G. JAKOBS, *Derecho penal del enemigo*, cit., 23ss.

individuato come essenza ben prima della commissione di un fatto proprio per la sua visibilità in quanto diverso: è questa diversità il vero fondamento della responsabilità penale. Con essa non è possibile trovare un dialogo, una aspettativa normativa comune, per cui l'autore sarà nella sua essenza imprevedibile e dunque pericoloso; egli va eliminato, in quanto destabilizza il sistema di ruoli sociali sulla cui sola base riesce a cooperare il corpo sociale; e la sua diversità è palese, visibile e dunque non necessita di prova.

Nel suo caso, non è il (significato del) fatto il fondamento della responsabilità, bensì l'essenza stessa di questo soggetto, per la sua incomprendibilità, la sua intrinseca diversità.

Abbiamo sostenuto che la soggettivizzazione del diritto penale deriva da una oggettivizzazione dell'uomo, dal suo trattamento come cosa, strumento o mero oggetto di intervento: è ciò che abbiamo definito reificazione. La dottrina del funzionalismo posta alla base del diritto penale del nemico mostra sul piano descrittivo la correttezza di una tale affermazione. La reificazione risulta evidente nei confronti del nemico, il quale è tematizzato, ossia diventa oggetto della comunicazione senza poter partecipare in essa, per la sua incomprendibilità: egli rappresenta una irritazione proveniente dall'ambiente dinanzi alla quale la reazione della società si sostanzia nel tentativo di sua eliminazione. Tuttavia tale tendenza politica criminale, mantenendoci sempre nel piano descrittivo (seppur estremizzando i termini dell'evoluzione), non avrebbe potuto svilupparsi se non in un contesto di generale reificazione dell'uomo. Affermare infatti che l'attribuzione di personalità dipenda dall'inquadrabilità o meno del comportamento individuale negli schemi di autoriconoscimento sociale, non significa altro che cosificare l'uomo in ragione della funzione che svolge rispetto ad una struttura sociale. Al sistema non interessa l'effettiva qualità di vita dell'uomo, l'unica sua funzione è la sua stessa riproduzione. Pertanto non importa quale ruolo sociale il singolo sia chiamato a svolgere secondo l'immagine che il sistema proietta su di esso, l'importante è che vi sia sempre uno schema attraverso il quale leggerlo, classificarlo e così prevedere il suo comportamento, in modo da ricondurlo agli ingranaggi stabilizzanti della struttura. Questa struttura, dunque, prende vita come un moderno Leviatano, accomunati l'attuale con lo storico da quella esigenza di sicurezza, plasticamente resa attraverso

un unico corpo sociale: l'esigenza di sicurezza, una stabilità esistenziale che sembra irraggiungibile, sembra aver prodotto una nuova forma di idolatria per il nuovo millennio. Sul piano descrittivo, pertanto, questa dottrina è illuminante, almeno quanto inquietante per la nostra autoosservazione.

Tuttavia, l'autoosservazione contestuale contiene in sé sempre il rischio di immedesimazione con l'oggetto che descrive: quella fusione tra soggetto e oggetto che fa affermare a Luhmann la natura autologica della sociologia e ovviamente della descrizione del fenomeno giuridico all'interno della società. Così in questa immedesimazione sono caduti entrambi i nostri autori, i quali abbagliati dalla lucidità delle loro teorie, si sono convinti della realtà delle stesse, dimenticando che esse avevano come fine sempre l'uomo e che ogni concettualizzazione è caratterizzata da convenzionalità: nessuna verità rivelata e, proprio per questo, nessuna verità immodificabile dinanzi alla quale chinarsi. Così Jakobs, dal descrivere il diritto penale del nemico quale fenomeno politico-criminale, finisce per arrivare a legittimarlo, sempre secondo la sua brillante capacità di creazione.

Jakobs, dopo una prima fase descrittiva del fenomeno politico-criminale nemicale, arriva a sostenere la necessità di tradurre quella tendenza, che ormai a suo avviso è una realtà del sistema giuridico da accettare, in una categorizzazione giuridica<sup>378</sup>. Così introduce un sistema binario tra un diritto penale del cittadino, rivolto ai consociati quali persone (sempre nell'accezione attribuita dal funzionalismo a tale termine), e un diritto penale del nemico, rivolto non ai (dimensione comunicativa), bensì contro (dimensione conflittiva) quegli individui che rivelano un atteggiamento interiore tale da dimostrare che si siano allontanati in maniera duratura dal diritto e che pertanto non solo non sono, ma neppure devono essere qualificati come persone di diritto. Il diritto penale del cittadino avrebbe l'obiettivo di mantenere la vigenza della norma, il diritto penale del nemico lotta, invece, contro pericoli.

L'argomentazione offerta a sostegno dell'esigenza di una categoria parallela a quella del diritto penale del cittadino, specifica per il trattamento di questi pericoli rappresentati dai nemici dell'ordinamento, è piuttosto sorprendente se inquadrata nel contesto delle premesse del funzionalismo. Come evidenziato, quest'ultimo si

---

<sup>378</sup> Lo fa sostenendo che soltanto in questo modo si garantirebbero i diritti dei cittadini, rispetto ai nemici G. JAKOBS, *Derecho penal del enemigo*, cit., 47ss.

caratterizza, tra l'altro, per due elementi: per essere una dottrina del diritto positivo di stampo decisionista e per essere una dottrina di carattere comunicativo. La conclusione cui giunge Jakobs rispetto al diritto penale del nemico è sorprendente, innanzitutto poiché, tra le norme positive, in Italia come in Germania, come comunemente in tutti i sistemi giuridici occidentali, si collocano le Carte Costituzionali, le quali a grandi linee fanno tutte espresso riferimento non solo alle singole garanzie giuspenalistiche, bensì al riconoscimento della personalità universale a tutti gli esseri umani<sup>379</sup>. Ciò vorrebbe, in una dottrina coerente con la sua premessa positivista, che questo punto di partenza non possa essere messo in discussione, neppure dall'intervento del legislatore ordinario. In secondo luogo, avendo definito tutti gli istituti di diritto penale in termini comunicativi, ossia come significatività simbolica, non è chiaro come si possa estendere questa medesima terminologia, diritto, reato e pena, e processo, anche laddove questa dimensione simbolica viene negata. In effetti, una prima e autorevole critica che è stata posta alla dottrina in oggetto riguarda proprio la contraddizione in termini tra Diritto penale e nemico<sup>380</sup>. Si potrebbe descrivere dunque il fenomeno politico-criminale nemicale, ma, proprio partendo dal punto di vista di Jakobs, non potrebbe parlarsi di diritto penale in riferimento ad una interazione che non presenta natura comunicativa.

A ben vedere dunque la dottrina di Jakobs dimostra di non appartenere alla metodologia positivista di tipo normativo, quella facente capo a Kelsen, la quale è sì una dottrina di carattere formale che ha ad oggetto soltanto il diritto positivo, ma che pone vincoli strutturali alla sua ricostruzione e sistematizzazione, attraverso il principio della gerarchia delle fonti o della costruzione a gradi dell'ordinamento: in questa prospettiva le norme costituzionali non potrebbero legittimamente essere eccipite da una fonte di carattere gerarchicamente subordinato.

<sup>379</sup> In Italia, l'art. 2 reca «La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale»; In Germania, l'art. 1 Grundgesetz afferma «La dignità dell'uomo è intangibile. Rispettarla e tutelarla è obbligo di ogni potere statale. Il popolo tedesco si riconosce perciò nei diritti dell'uomo inviolabili ed indisponibili quale fondamento di ogni comunità umana, della pace e della giustizia nel mondo». Rileva tale contraddizione ANTONIO CAVALIERE, *Diritto penale "del nemico" e "di lotta": due insostenibili legittimazioni per una differenziazione, secondo tipi d'autore, della vigenza dei principi costituzionali*, in AA.VV., *Delitto politico e diritto penale del nemico*, cit., 264ss.

<sup>380</sup> CANCIO MELIÁ, *De nuevo ¿"Derecho penal del enemigo"?*, in *Derecho penal del enemigo*, cit., 85ss.; LUIGI FERRAJOLI, *Il diritto penale e la dissoluzione del diritto*, in *Questione Giustizia* 4.2006, 92ss.; DOMENICO PULITANÒ, *Lo sfaldamento del sistema penale e l'ottica amico-nemico*, in *Questione Giustizia* 4.2006, cit., 740ss.

Un parallelismo può invece rinvenirsi rispetto ad un'altra accezione del positivismo giuridico, che è quella del *Freirecht*. Come abbiamo evidenziato in precedenza<sup>381</sup>, questa corrente introduce un doppio livello di analisi: sul piano normativo, essa ricollega la produzione del diritto alla volontà libera di creazione del legislatore e del giudice, che si muove nell'ambito del più schietto decisionismo autoritario e che impedirebbe qualsiasi tipo di analisi scientifica e di controllo di legittimità. Di conseguenza essa sostiene, sul profilo descrittivo, che l'unico studio di carattere scientifico che potrebbe condursi rispetto al diritto è quello che parta dalla prospettiva sociologica: il risultato è la dissoluzione della scienza del diritto nella sociologia giuridica.

In questa versione del positivismo sociologico, la produzione normativa non sarebbe altro che un prodotto irrazionale proveniente dalla mera sensibilità giuridica e l'unica scienza degna di tal nome sarebbe da individuare nello studio dell'emersione di tale sensibilità nel contesto sociale. Questa sensibilità, questo sentimento delle regole del comportamento sociale frutto dell'indagine sociologica, inteso quale parametro di definizione del diritto, si ritrova pedissequamente in Jakobs, quando parla di sicurezza cognitiva. Il piano cognitivo, in base alla teoria luhmanniana della teoria dei sistemi sociali, appartiene infatti alla sfera della coscienza che non ha natura comunicativa. La sicurezza cognitiva sarebbe pertanto da inquadrare quale fatto psichico, determinante, nella sua irrazionalità, rispetto all'emersione della norma: il diritto corrisponde, così, alla «morale»<sup>382</sup> collettiva. Dunque in definitiva è diritto ciò che il sentimento del popolo ritiene tale.

Il filo diretto che nell'impostazione metodologica collega il *Freirecht* con Garofalo e infine Jakobs e che conclude per la dissoluzione del diritto nella sociologia è, così, facilmente riconoscibile: non solo l'empiria sarebbe rilevante per integrare e correggere il diritto in ragione dell'analisi delle conseguenze sociali della concreta

---

381 *Supra*, *Introduzione storico-metodologica*, par. 8.

382 Come abbiamo già avuto modo di evidenziare, il realtà la morale richiede necessariamente l'affermazione di un soggetto quale volontà autonoma ed autodeterminata. Essa, pertanto non potrebbe mai essere collettiva, ma esclusivamente individuale. Tuttavia, ciò che emerge con il riferimento alla sicurezza cognitiva è un vero e proprio sentimento, irrazionalmente determinato. Così si evidenzia ancora una volta la stretta correlazione tra un sentimento di paura, insicurezza sociale, angoscia esistenziale, con l'eterodeterminazione, che per definizione è amorale, e la conseguente reificazione dell'uomo. E ancora da questa alla ipostatizzazione di uno spirito-guida, di una entità superiore come speranza di salvezza e la conseguente soggettivizzazione del diritto penale. La certezza del diritto così cede il passo alla speranza della violenza.

disciplina positiva adottata, bensì sarebbe essa stessa già diritto, ove invece la disposizione positiva non è che mero capriccio volontaristico, assoluto in quanto privo di vincoli formali. È il sogno o meglio l'allucinazione collettiva della giustizia sostanziale nei regimi totalitari del Novecento.

In Jakobs il nemico sarebbe tale in quanto non offre sufficiente sicurezza cognitiva rispetto al suo comportamento conforme, ossia fedele al diritto. Questa situazione fattuale non può essere controfattualmente negata attraverso il significato normativo della pena, in quanto non sussisterebbe un livello idoneo di aspettativa normativa nel contesto sociale rispetto al comportamento futuro del soggetto.

Tuttavia, secondo quanto abbiamo evidenziato con riguardo al funzionalismo penale in generale, in realtà la commissione di un fatto di reato, poiché viola quel ruolo minimo corrispondente al cittadino fedele al diritto, è, a ben vedere, sempre idoneo a far sorgere un dubbio sulla concreta sicurezza cognitiva che possa offrire il singolo autore rispetto al suo futuro comportamento: un dubbio che pertanto mette in discussione l'attribuzione della qualità di persona di diritto per ogni singolo autore e non soltanto per una predeterminata categoria di nemici. Se ciò fosse vero, oggetto di giudizio penale per Jakobs, sarebbe, prima ancora che l'affermazione della vigenza della norma, la quale ha un senso solo rispetto a chi partecipa alla comunità, la personalità stessa dell'autore. Soltanto nel caso in cui il soggetto dimostri, per il suo modo di essere, di potersi ritenere comunque generalmente inquadrabile negli schemi normativi di comportamento, così dimostrando di essere degno della qualità di persona, allora il suo fatto potrà essere considerato come fatto significativo, cui si risponde con la negazione della sua affermazione sullo stesso piano di significatività comunicativa. Ciò poiché se il reato consiste in una violazione del patto minimo con la società, appunto una insufficiente fedeltà all'ordinamento, esso è sempre idoneo a mettere in discussione l'appartenenza del soggetto ad essa. Se il legame tra singolo e società si basa sul sinallagma: rispetto dei ruoli sociali per attribuzione della personalità, la violazione dei primi ha la capacità di inficiare la seconda.

Come già evidenziato, Jakobs non è in grado di superare questo ostacolo logico che discende dalle sue stesse premesse fondative del sistema penale e pertanto non riesce a giustificare in termini razionali la sua conclusione secondo la quale, comunque, il

reato non farebbe generalmente venir meno la personalità del soggetto. Essendo questa una attribuzione, una concessione da parte della società a patto che il singolo dimostri di rispettare i ruoli sociali minimi di convivenza in essa, e consistendo il reato nella violazione stessa di questo patto, esso è sempre in grado di far venir meno la qualificazione in termini di persona dell'individuo. Ciò che eviterà un simile risultato è soltanto una valutazione della personalità del singolo autore nel caso concreto, che si pone quale premessa, requisito previo, rispetto al processo comunicativo che si instaura con la pena e che non avrebbe alcun significato rispetto ad un individuo non-persona. Ciò che si dovrebbe verificare previamente alla possibilità di instaurazione di un processo comunicativo è pertanto la pericolosità sociale dell'autore.

Proprio a causa della fondazione della risposta penale sul mero atto di disobbedienza, la scelta di presumere in termini generali il mantenimento della personalità (soggetto obbediente) da parte del reo, nell'impianto teorico del funzionalismo jakobsiano, può essere dettata esclusivamente da ragioni di opportunità politica: in effetti, Jakobs, a tal proposito, afferma che sarebbe «preferibile»<sup>383</sup> mantenere lo *status* di cittadino, ossia di persona, per il reo, pur se la logica intrinseca della «giustizia penale» vorrebbe esso escluso. Ciò per due ordini di motivi, entrambi rispondenti alla logica della Ragion di Stato: innanzitutto, poiché sarebbe necessario mantenere una porta aperta al criminale per entrare nella costituzione giuridica; in secondo luogo, poiché in assenza di personalità, non solo verrebbero meno i diritti dell'individuo, ma non gli si potrebbe imporre neppure alcun obbligo, incluso quello della riparazione (da notare che il riferimento al danno manca)<sup>384</sup>. La scelta se considerare un individuo persona o nemico sarebbe dunque rimessa esclusivamente a ragioni di opportunità. Nel caso dei nemici, egli argomenta, questa finzione di personalità diventerebbe troppo stridente con il sentimento sociale, la sicurezza cognitiva: la pena in questi casi non sarebbe in grado di riaffermare la vigenza della norma.

Da ciò si deduce che l'individuazione dei nemici rispetto ai cittadini è completamente rimessa alla valutazione di opportunità politica da parte dello Stato, al quale sarà concretamente rimessa la scelta sul superamento della presunzione di

---

383 G. JAKOBS, *Derecho penal del enemigo*, cit., 29ss., e letteralmente 55;

384 G. JAKOBS, *Derecho penal del enemigo*, cit., 29;

personalità che generalmente concede ai membri della società. Sarebbe una presunzione *iuris tantum* e non *iuris et de iure*.

Questa impostazione del rapporto tra reato e pena si colloca, come espressamente egli dichiara, in una precisa premessa filosofica. In particolare, egli richiama le teorie del contrattualismo che prevedono la possibilità di rottura del patto sociale da parte del singolo con la conseguente sua esclusione ed eliminazione dalla società: Rousseau, Fichte e Kant<sup>385</sup>. Per giustificare invece il mantenimento del reo all'interno del patto sociale, egli fa esplicito riferimento a Hobbes, il quale, come noto, argomenta tale opzione proprio in termini di opportunità politica, tanto da escludere invece la possibilità di un simile mantenimento fittizio nelle ipotesi di alto tradimento.

In tutta la tradizione del contrattualismo illuminista, dunque, lo studioso sceglie quegli autori che considerano il patto sociale quale patto morale e non quale atto giuridico. La differenza è fondamentale: mentre la morale implica obblighi solo per se stessi, il diritto ad un obbligo fa corrispondere un diritto tutelato coattivamente. Mentre nel primo caso la violazione o l'adempimento dell'obbligo è una scelta rimessa al solo individuo, nel secondo sia l'adempimento che l'inadempimento rappresentano una esecuzione fisiologica o patologica del contratto: l'obbligo, spontaneamente o coattivamente, viene comunque eseguito. Sul piano della teoria del contratto sociale, ciò significa che, per coloro che lo inquadrano quale scelta morale, la sua violazione comporta l'autoesclusione dalla società e il ritorno nello stato di natura. Per coloro che invece considerano il patto sociale in termini giuridici, una volta stipulato, esso sarà comunque adempiuto con o contro la volontà dei singoli consociati. Il senso di giuridicità starebbe proprio nella possibilità di realizzazione coattiva, a prescindere dalla volontà del singolo, determinante invece nella prima corrente.

In tutto il contrattualismo, il diritto penale si colloca effettivamente nel crinale tra lo stato di natura e lo stato civile, il cui punto di contatto è il patto sociale. È questo patto a rappresentare il confine tra la violenza legittima, che è esercizio di diritto, e la pura forza dei rapporti di potere: il patto, il diritto, crea una asimmetria nella simmetria dello scontro. Il diritto ha, così, un compito arduo e sottoposto

385 G. JAKOBS, *Derecho penal del enemigo*, cit., 27ss.; ID., *Sociedad, norma y persona*, cit., 29ss.

costantemente al rapporto mimetico con l'oggetto che deve regolare, ossia il conflitto. Metaforicamente esso è, infatti, come un Φάρμακον: può essere veleno e cura allo stesso tempo. Egli usa un veleno, la forza, come cura per i conflitti: è nella misura del rimedio che si trova la distanza tra la violenza illegittima della guerra e quella legittima del diritto e la misura è certezza e formalismo<sup>386</sup>.

Nell'opzione moralistica del patto sociale, la violenza della legge penale non rappresenterebbe altro che uno strumento di guerra verso chi, violando quel patto, è uscito dallo stato civile, ha negato il proprio riconoscimento sociale ed è divenuto *hostis*, scegliendo di rimettersi nello stato di natura: egli diventa *sacer*, abbandonato alla vendetta degli dei. Tale legge non è diritto, poiché riproduce la simmetria della guerra. Nell'opzione giuridica, la legge penale è invece strumento di tutela del patto sociale in caso di suo inadempimento: la forma più estrema di uso legittimo della forza da parte del sistema giuridico è funzionalizzata alla tutela del patto più alto che regge la società nei suoi principi fondamentali. Qui troviamo l'atto di nascita del momento più nobile della penalistica, quella che oggi chiamiamo teoria costituzionalmente orientata (del bene giuridico).

Un'ultima osservazione sulla selezione operata da Jakobs nei lineamenti di filosofia del diritto che egli pone a fondamento della sua dottrina. Voltaire, l'illuminista della tolleranza, definì gli aborigeni sudamericani come subumani<sup>387</sup>. Kant, Hegel, Rousseau, così come tutti i grandi classici del pensiero filosofico occidentale, sono solo uomini. Uomini che hanno vissuto conflitti armati, periodi storici complessi, e che quella complessità portavano dentro. Come uomini, essi, per quanto grandiosi, conservano la contraddittorietà e complessità intrinseca di chiunque sia costretto a vivere in un corpo fisico dotato di una coscienza in una razionale ed emotiva. Le loro singole affermazioni vanno, pertanto, prese per quelle che sono, nel momento storico in cui sono state pronunciate e non possono trovare legittimazione soltanto in base all'autorevolezza dell'opera complessiva che a ciascuno di essi si riconosce.

Il Kant che scrisse la *Critica della ragion pura* (1781) e la *Critica della ragion pratica* (1788) non è lo stesso de *La metafisica dei costumi* (1797), né del *Per la pace perpetua* (1795). Egli neppure era un penalista, così come non poteva contare

---

386 E. RESTA, *La certezza e la speranza*, cit. 11ss.

387 EDUARDO GALEANO, *Las venas abierta de America latina*, Montevideo-Buenos Aires 1971.

su una tradizione penalistica di matrice liberale, che fosse già una realtà positiva: il suo unico riferimento concreto era Beccaria. Ma ciò che più conta per quanto riguarda Kant e il diritto penale, è la sua intrinseca contraddittorietà rispetto agli stessi postulati della *Critica della ragion pura* e della *ragion pratica*.

Sappiamo che a Kant si riconosce il merito di aver distinto con assoluta limpidezza morale e legge, proprio nei termini poc'anzi descritti: la morale è legge dell'uomo per se stesso, è un imperativo categorico che si rivolge esclusivamente alla coscienza del singolo. La legge positiva, invece, col suo carattere di regolazione di rapporti intersoggettivi, è una forma di coazione, interessata alle sole manifestazioni esterne dei rapporti tra gli uomini. Con la definizione dell'imperativo categorico come la legge morale che corrisponde all'adempimento di un dovere dettato dalla coscienza, egli fonda la libertà e l'autonomia individuale, e la distingue, perché operante su piani incomunicabili (noumenico e fenomenico) rispetto al semplice adeguamento esteriore ad un dovere eterodeterminato: questa è a ragione la più chiara separazione tra diritto e morale.

Ciononostante, quando ne *La metafisica dei costumi* tratta di diritto penale, egli afferma che i postulati di quest'ultimo siano imperativi categorici, come se improvvisamente quel limite tra morale incoercibile e legge posta e imposta si fosse dileguato e la legge positiva potesse effettivamente garantire quel dovere morale che invece previamente aveva ricondotto al solo momento puro della coscienza. Allo stesso modo, egli indica nella malignità interna dell'autore la misura della pena, così dimenticando quanto egli stesso aveva affermato nella *Critica della ragion pura* circa l'imperscrutabilità nella realtà fenomenica della moralità<sup>388</sup>. Tutto ciò si determina in conseguenza della sua concezione del patto sociale: l'unione nello stato civile sarebbe per lui una necessità morale, la cui violazione, regolata dalla legge penale, è dunque una colpa innanzitutto interiore. Questa aporia, che si legge soltanto dalla lettura combinata delle sue stesse opere, fa sì che proprio il Kant criticista, meglio di chiunque altro, possa smentire il Kant penalista.

Basti qui questo esempio per dimostrare i reali fondamenti della posizione di Jakobs: una costruzione giuridica articolata e con pretesa di oggettività che si dimostra nei suoi fondamenti più elementari una dottrina squisitamente morale.

<sup>388</sup> MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, 41ss., anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

## ***5. Conclusioni***

A chiusura di questo capitolo, che tenta di analizzare il funzionalismo penale e il diritto penale del nemico nell'ambito di quello che si è descritto come soggettivismo punitivo, è possibile trarre alcune considerazioni di ricapitolazione. Esse si muovono su di un triplice livello di analisi: quello descrittivo, quello normativo ed in ultimo quello strategico.

Per quanto riguarda il piano descrittivo, il funzionalismo penale ed il suo prodotto specifico configurante il diritto penale del nemico dimostrano l'esistenza o la tendenza all'affermazione di una forma di reificazione dell'uomo nella metanarrazione della società contemporanea che si traduce in una riedizione del soggettivismo punitivo in ambito penale. La premessa antiumanistica del funzionalismo, infatti, permette di astrarre dai discorsi legittimanti di razionalizzazione dell'esistente e di analizzare quella particolare struttura sociale che è il diritto penale sulla base dei suoi prodotti e dei suoi meccanismi comunicativi di natura verticalizzante. Ciò rappresenta la forza più riconoscibile di tale corrente metodologica, la quale riesce a spiegare dall'angolo visuale della sociologia dell'interazione simbolica le ragioni latenti degli istituti, delle categorie e delle singole fattispecie penali.

Tuttavia, questa medesima dottrina, nel momento in cui pretende di presentarsi come esaustiva e come fedele rappresentazione della realtà, proprio sul piano descrittivo mostra una fallacia: giusto quella premessa antiumanistica che le permette uno sguardo disincantato unico sui meccanismi di esercizio del potere punitivo rappresenta infatti solo una dei (almeno) due volti dell'esperienza umana. Essa considera come punto di partenza la socialità dell'uomo, le strutture che essa crea e i meccanismi che la stabilizzano: dalla prospettiva funzional-strutturalista descrive il fenomeno giuridico. Tuttavia, essa dimentica che tale prospettiva è solo una delle due alternative con cui poter descrivere il sistema punitivo: in esso manca il punto di vista della soggettività individuale.

Sul piano prescrittivo, tale dottrina risulta fallace. Essa infatti nel passaggio dalla prospettiva descrittiva a quella prescrittiva commette un errore logico, consistente nel dedurre categorie del dover essere da quelle dell'essere. Questa confusione

metodologica conduce ad una fallacia naturalistica, che pretende di presentare una conclusione, intrinsecamente dipendente dalle premesse poste, come realtà oggettiva assoluta dell'uomo. Tale errore, inoltre, non è riconosciuto, sostenendosi invece la pretesa di neutralità di una posizione che si afferma soltanto descrittiva: non si riconosce che proprio la valutazione dei risultati cui si giunge attraverso il funzional-strutturalismo sul fenomeno giuridico-penale come una realtà che *deve essere* accettata per quella che è, rappresenta il nucleo della fallacia metodologica. In altre parole, il fatto che secondo una specifica prospettiva si giunga a un determinato risultato descrittivo del fenomeno giuridico non implica alcunché circa il giudizio di valore che si esprime su di esso.

Questa confusione tra piano dell'essere e piano del dover essere è causa della sua inconsistenza rispetto alle critiche che le sono state rivolte in dottrina: in essa si risponde a critiche di carattere valoriale con argomenti di carattere descrittivo, e a osservazioni di natura sociologica con premesse fondative di matrice spiccatamente morale.

In ultimo, ma in conseguenza a quanto premesso, sul piano strategico, questa dottrina si dimostra ideologicamente caratterizzata da spiccato autoritarismo, che si rinviene: nella scelta di adottare esclusivamente il punto di vista della struttura sociale, senza integrarlo con quello individuale; nella scelta di individuare la funzione del diritto penale nel mantenimento della vigenza della norma; nella scelta di caratterizzazione del reato come mera disobbedienza all'autorità della legge; nella scelta della metodologia tipica del diritto libero, che, dichiarando il diritto una manifestazione tipicamente irrazionale, non conosce vincoli formali, ma solo forme di adeguamento al sentimento di sicurezza sociale; nella scelta di una fondazione spiaccatamente moralistica dei rapporti giuridici, in quanto dedotti da una identità sociale che si sostanzia in null'altro che l'autorappresentazione della classe dominante.

Con ciò, non si è neppure lontanamente offerta una panoramica esaustiva non soltanto della dottrina in sé, ma neanche delle critiche ad essa volte. L'obiettivo di tale lavoro era quello di mostrare una tendenza verso il soggettivismo punitivo, non soltanto nella legislazione penale, come da più parti ormai già segnalato – e che rappresenta anzi il punto di partenza del diritto penale del nemico –, ma anche nella

dottrina penalistica, a causa, a nostro avviso, di una scarsa o inadeguata indagine che mostrasse fino in fondo i reali fondamenti delle moderne manifestazioni politico-criminali. Se infatti il potere ha per sua natura la tendenza ad assolutizzarsi, a superare la misura che distingue il Φάρμακον veleno, la violenza dei rapporti di forza, dal Φάρμακον cura, la violenza asimmetrica della regolamentazione giuridica dei conflitti, la costante esigenza di riaffermazione di quel confine tra violenza legittima e illegittima spetta (anche) alla scienza del diritto, che in quanto scienza deve permettersi il lusso della razionalità, che non conosce Ragion di Stato, anche nei momenti più drammatici dell'evoluzione sociale. Che proprio questa scienza si metta al servizio del potere perdendo le proprie coordinate metodologiche indica qualcosa in più rispetto all'intrinseca natura contraddittoria dell'uso della forza: essa indica una modificazione della concezione stessa dell'uomo.

Sembra allora ben più allarmante che questa concezione del diritto penale si stia trasferendo anche ai discorsi legittimanti di razionalizzazione: essa si è infiltrata nelle categorie di pensiero, confondendo la funzione di ciascuna categoria del reato e della pena, e portando ad argomentare parte della dottrina per la introduzione di beni giuridici che in realtà sono *rationes* sistematiche, ossia fondamenti, e che dunque non possono formare oggetto della disciplina penale, poiché ne sono la premessa costitutiva (la sicurezza, l'identità). Dietro questa progressione, questa modificazione delle direttive di autodescrizione, si cela una dimensione esistenziale angosciosa che deriva dalla precarietà cui sembra destinata la nostra umanità, una minaccia invisibile che incombe sul futuro e che spinge verso la ricerca di verità salvifiche: nell'epoca post-moderna si nasconde una nuova inquietante edizione della reificazione dell'uomo.

## CAPITOLO IV

### CRIMINOLOGIA MEDIATICA E LEGISLAZIONE PENALE

*«Are you such a dreamer  
to put the world to rights?  
I stay home forever  
where two and two always  
makes up five».*

*Radiohead*

#### ***1. La realtà degli universi simbolici***

L'aspirazione di uno Stato sociale di diritto, felice combinazione di istanze liberali e solidaristiche<sup>389</sup>, è quella di porre al centro del sistema giuridico la persona, intesa nella sua dimensione di individualità e socialità, quale prisma fondamentale cui orientare l'intero ordinamento. Nell'alternativa tra un diritto schiacciato nel concettualismo astratto ed uno disperso nelle magmatiche e instabili istanze sostanzialistiche, esso trova una terza via: quella che immerge l'uomo nella realtà sociale, che permea le strutture giuridiche della sua concretezza, ma stabilendo le regole essenziali inderogabili che rappresentano la misura della legittimità del diritto. A tal fine, l'intero ordinamento e le sue istituzioni hanno l'obbligo di pervenire ad una costruzione normativa vicina alla realtà<sup>390</sup>. Con ciò si è però detto ancora poco, o troppo poco, circa cosa si intenda per «realtà»: essa è infatti «una delle poche parole che non hanno alcun senso se non si mettono tra virgolette»<sup>391</sup>.

Nell'impossibilità di pervenire all'apprensione di un referente ontologico che possa definirsi assolutisticamente come realtà, quale essenza delle cose, tale concetto resta,

---

389 SERGIO MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., 1.

390 S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., 13.

391 VLADIMIR NABOKOV, *A proposito di un libro intitolato Lolita*, in *Lolita*, Milano 1996, 389.

infatti, ambiguo: esso necessita di una ulteriore specificazione, anch'essa di carattere convenzionale e dunque valoriale. La domanda cui bisogna rispondere, dunque, è: quale realtà?

Secondo una linea argomentativa che si è ripetutamente presentata con forza nelle pagine che precedono (e che continuerà in quelle che seguono), una tra le tante realtà che condizionano il comportamento umano promana direttamente dal potere creativo dell'uomo stesso: è la realtà della cultura, quella delle idee condivise. Se sia questa la realtà cui si orienta concretamente o a cui si debba normativamente orientare il diritto, non sarà qui oggetto di trattazione. D'altra parte, il diritto, specie quello penale, ha storicamente rappresentato uno degli strumenti di traduzione prima e di rilevazione poi delle concezioni culturali storicamente prevalenti in un dato contesto sociale, così come l'imprescindibilità di questo legame tra diritto e cultura sembra oggi pacifica al fine stesso del funzionamento e dell'accettazione dell'impianto normativo<sup>392</sup>.

Questo legame, riconosciuto o meno<sup>393</sup>, si presenta dunque come una possibile chiave di lettura delle tendenze di politica criminale presenti in un dato contesto normativo, incluso quello odierno. In una realtà intesa come costruzione sociale di un senso condiviso, di un universo simbolico di appartenenza (elemento statico) e orientamento (elemento dinamico)<sup>394</sup>, sembra pertanto necessario interrogarsi sul modo in cui tali universi vengono costruiti. Nel nostro contesto culturale, uno dei luoghi privilegiati di costruzione sociale di senso comune sembra individuarsi in quello scenario altamente tecnologico che oggi presiede alla comunicazione massmediatica, tanto da fare affermare ad uno dei maggiori studiosi dei sistemi comunicativi, di nuovo Niklas Luhmann, che «ciò che sappiamo della nostra società, e in generale del mondo in cui viviamo, lo sappiamo dai *mass media*»<sup>395</sup>.

---

392 S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 61; G. JAKOBS, *derecho penal del enemigo*, cit. 17; CLAUS ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, cit. 25ss; G. RADBRUCH, *Introduzione alla scienza del diritto*, cit., 105ss.

393 In ciò l'Illuminismo è esemplare: proprio l'astoricità e l'astrattezza che caratterizzava la concezione del mondo e dell'uomo in questa corrente e che si rifletteva in un concetto formale di soggettività nel diritto penale era già espressione di quella dimensione storica e culturale.

394 P. BERGER – T. LUCKMANN, *La realtà come costruzione sociale*, cit., 122ss.

395 NIKLAS LUHMANN, *La realtà dei mass media*, traduzione di Elena Esposito (titolo originale *Die Realität der Massenmedien*, Opladen 1996), Milano 2000, 15.

I mezzi di comunicazione di massa pare abbiano sviluppato una propensione particolare per la rappresentazione del fenomeno criminoso, tanto da indurre studiosi di tutto il mondo, almeno occidentale, a indagarne la relazione. Se i *mass media* rappresentano uno strumento di costruzione di senso condiviso e se tale senso è ciò che poi diviene imprescindibile per la determinazione del sistema giuridico, un buono specchio della concezione dell'uomo che viene assunta come fondamento dell'intervento penale può pertanto essere individuato nell'immagine massmediatica del crimine.

Nelle pagine che seguono, in ragione di ciò, proveremo a studiare se e come i mezzi di comunicazione di massa influenzino e condizionino la costruzione della realtà del diritto penale, leggendo tale rapporto secondo quella categorizzazione bipartita tra una concezione reificata dell'uomo, quale origine del soggettivismo punitivo, oppure soggettivizzata, quale origine del garantismo oggettivista.

A tal fine, innanzitutto ci approcceremo ad alcune delle teorie sociologiche più accreditate per la descrizione del funzionamento dei *mass media* in una triplice prospettiva: in primo luogo, si indagherà la struttura interna che ne determina l'operatività<sup>396</sup>; in secondo luogo, si cercherà di individuare alcuni effetti che essi inducono nel ricevente, in particolare nella comunicazione televisiva<sup>397</sup>; in ultimo, si affronterà il legame tra essi e le strutture di potere<sup>398</sup>.

A questo punto si presenterà uno schema della relazione tripartita tra mezzi di comunicazione, potere politico e società<sup>399</sup>, tentando di individuare quale funzione essi svolgano nel rapporto tra diritto penale e opinione pubblica<sup>400</sup>.

In ultimo, specificamente per quanto concerne la legislazione in materia penale, si tenterà di verificare se questo rapporto tra potere politico, mezzi di comunicazione e opinione pubblica, si dimostri efficace non solo nella scelta dei campi di intervento, ma anche nel modo stesso di predisporre la tutela penale<sup>401</sup>. La domanda cui si cercherà concretamente di rispondere è se, in ragione delle caratteristiche intrinseche

---

396 *Infra*, par. 2.1.

397 *Infra*, par. 2.2.

398 *Infra*, par. 2.3.

399 *Infra*, par. 3.

400 *Infra*, par. 4.

401 *Infra*, par. 5.

e ideologiche della rappresentazione mediatica del crimine, della particolare modalità di reazione dello spettatore rispetto ad essa, della incapacità per il potere politico di trovare un canale di comunicazione con la base popolare diverso dal diaframma massmediatico, gli interventi concretamente adottati in materia penale negli ultimi anni non abbiano finito per accogliere surrettiziamente un paradigma soggettivistico di criminalizzazione delle condotte<sup>402</sup>.

## ***2. Struttura intrinseca e funzione ideologica dei mezzi di comunicazione di massa.***

In uno scenario apocalittico fantascientifico, le macchine, pur costruite dall'uomo, prendono il sopravvento e si rivolgono contro di esso minacciandone la distruzione. In alcuni un po' più complessi queste macchine si rendono invisibili, trasformano l'uomo stesso in macchina inconsapevole e ne fanno un proprio strumento: soltanto un atto di estrema indipendenza riesce a liberare l'uomo dalle catene invisibili che lo circondano, e tuttavia condannandolo ad una realtà marginale. Pur mettendo da parte le apocalissi visionarie e nonostante la scienza sia ancora lontana dal creare una intelligenza artificiale che riproduca quella umana, non si può dire che non esistano già delle tecnologie in grado di manipolare quello che l'uomo considera realtà e a strumentalizzare le sue convinzioni in funzione di interessi il cui portatore resta indecifrabile, sembrando piuttosto il mezzo stesso il fine: parliamo dei mezzi di comunicazione di massa.

### ***2.1. Struttura e funzione dei mass media***

I *mass media* sono strumenti tecnici di riproduzione volti alla diffusione della comunicazione all'interno della società<sup>403</sup>. La tecnologia su cui essi si fondano comporta la presenza di due caratteri specifici nel tipo di comunicazione che riproducono: questi elementi sono la diffusione verso un uditorio indiscriminato e non invece verso uno specifico destinatario e l'interruzione delle possibilità di interazione tra emittente e ricevente. Un terzo elemento strutturale che si aggiunge ai

---

<sup>402</sup> *Infra*, par. 6.

<sup>403</sup> N. LUHMANN, *La realtà dei mass media*, cit., p 16.

primi due è che essi sono particolarmente costosi<sup>404</sup>, sia per la tecnologia che utilizzano, sia per il capitale umano che richiedono<sup>405</sup>.

Una critica molto comune che si rivolge ai mezzi di comunicazione di massa, specie per quanto concerne la trattazione di reati e sistema penale, punterebbe sulla loro capacità distorsiva della verità del mondo<sup>406</sup>. Tale critica a ben vedere parte dal presupposto che i mezzi di comunicazione abbiano la funzione, ma soprattutto la possibilità di descrivere come è fatto il mondo e di rendere tale conoscenza accessibile a tutti<sup>407</sup>. Solo rispetto ad una tale premessa, infatti, potrebbe parlarsi di effetto distorsivo o manipolativo della realtà, in termini di responsabilità dei *mass media*. Tuttavia, questa premessa non tiene conto della ‘realtà’ stessa dei mezzi di comunicazione – non di quella che riproducono, bensì – quella del loro sistema di funzionamento. L’elemento di inganno che è universalmente riconosciuto rispetto alle informazioni provenienti dai mezzi di comunicazione è infatti strutturalmente implicito alle loro normali modalità di esercizio ed entro certi limiti – di cui si dirà tra breve – non rappresenta una degenerazione patologica rispetto ad una funzione sociale di natura informativa e formativa.

Tale intrinseco carattere ingannevole dei *mass media* è particolarmente chiaro nell’analisi che su di essi conduce Niklas Luhmann: egli, in conformità agli assunti della sua teoria dei sistemi, riconduce la funzione dei *mass media* alla riduzione della complessità del mondo. Dinanzi alla molteplicità informale della massa di eventi che si verificano ogni giorno, sarebbe infatti impossibile per qualsiasi mezzo umano o tecnologico una fedele riproduzione. I mezzi di comunicazione, pertanto, sarebbero strutturalmente costruiti per selezionare quelli in grado di rappresentare una novità, muovendosi nel solco di un codice binario tra informazione, che si aggiunge ad un quadro di eventi già conosciuti, e non informazione. Tra tutti gli eventi dunque

---

404 NOAM CHOMSKY, *Illusioni necessarie*, traduzione di Roberto Ambrosoli (titolo originale *Necessary Illusions. Thought Control in Democratic Societies*, Toronto 1989) Milano 1991, 33 e ss.; NOAM CHOMSKY – EDWARD S. HERMAN, *La fabbrica del consenso. Ovvero la politica dei mass media*, traduzione di Stefano Rini (titolo originale *Manufacturing Consent. The political economy of the mass media*, New York 1988), Milano 1998, 18ss.

405 Da tenere presente a futura memoria per i prossimi tentativi propagandistici del governo riguardo l’informazione sui problemi della fertilità.

406 Si veda, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, MARTA BERTOLINO, *Privato e pubblico nella rappresentazione mediatica del reato*, in AA. VV., *La televisione del crimine*, a cura di Gabrio Forti e Marta Bertolino, Milano 2005, 199ss.

407 N. LUHMANN, *La realtà dei mass media*, cit., 29.

questo sistema reagirebbe soltanto dinanzi a quelli che sono in grado di aggiungere una informazione: è ciò che egli definisce «coazione alla novità».

Tale osservazione risulta particolarmente calzante per quella specifica porzione del sistema massmediatico che è volta alla produzione di notizie e reportage. Questo tipo di comunicazione è infatti quella che maggiormente si interessa alla rappresentazione del crimine<sup>408</sup> e pertanto il suo funzionamento si pone in prima linea nella definizione del rapporto tra *mass media* e sistema penale.

La selezione tra notizie (informative) ed eventi (non informativi), in effetti, non sarebbe sufficiente a restringere il campo di operatività dei mezzi di comunicazione. A tale criterio, che distingue tra informazione e non informazione, si aggiungono dunque degli altri, che sono propri di ogni tipologia di comunicazione massmediatica, rappresentandone lo specifico programma.

Nell'ambito delle notizie e dei reportage una serie di ricerche empiriche<sup>409</sup> hanno fatto emergere alcuni criteri di selezione, individuandoli in particolare in dieci categorie. Esse sono, innanzitutto, *la novità*: un'accentuazione della discontinuità che deve poter contraddire le aspettative correnti, ma allo stesso tempo inserirsi in un contesto standardizzato di senso; in secondo luogo, *la drammatizzazione e la conflittualità*: i conflitti, infatti, presenterebbero il vantaggio di alludere ad una incertezza autogenerata; in terzo luogo, *le quantità*: esse sono in grado di rafforzare il grado di affidabilità del mezzo di informazione, ma allo stesso tempo presentano una capacità di strumentalizzazione tale da renderle funzionali a qualsiasi finalità<sup>410</sup>; quarto, *il riferimento locale*, la cui rilevanza diminuisce di valore a seconda della

408 Studi criminologici di base statistica hanno in effetti dimostrato che le notizie relative a reati, crimine e giustizia penale rappresentano almeno il 30% della comunicazione complessiva trasmessa dai notiziari e reportage: in tal senso, si veda, tra gli altri, lo studio di GABRIO FORTI – ROBERTO REDAELLI, *La rappresentazione televisiva del crimine: la ricerca criminologica*, in AA. VV., *La televisione del crimine*, cit., 3ss.

409 In particolare, oltre alla bibliografia che verrà citata nel prosieguo, si veda MALCOLM PELTU, *The role of Communication Media*, in *Regulation of Industrial Risks: Science, Hazards and Public Protection*, a cura di Harry Ottway e Malcolm Peltu, Londra 1985, 128ss.

410 Nell'ambito delle notizie sul crimine, ad esempio, lo stesso dato statistico può essere presentato nel contesto di una tendenza, mostrando che un determinato tipo di reato sia aumentato o diminuito rispetto ad un periodo antecedente, oppure può essere presentato in termini di probabilità di vittimizzazione primaria, ad esempio affermando che ogni tot secondi si commette quel determinato reato: l'effetto finale sarà notevolmente distinto, in quanto nel secondo caso, qualsiasi sia la tendenza sul lungo periodo, l'effetto di irritazione, di generazione di inquietudine sociale, sarà notevolmente maggiore, pur nel caso paradossale in cui la tendenza dimostri una diminuzione del rischio reale. Ciò dimostra la non neutralità delle notizie statistiche, le quali, sia nelle premesse che nelle conclusioni, si prestano facilmente a manipolazioni.

gravità specifica dell'evento; quinto, *l'infrazione di norme*, di carattere sia legale sia morale, attraverso cui generare un sentimento di coinvolgimento comune o di indignazione; sesto, *la rilevanza morale* dell'informazione, la quale offre lo spunto per stimare o disprezzare i soggetti coinvolti nella notizia; settimo, *il riferimento ad azioni e ad attori*: essi non sono assunti come fatti empirici, bensì come costrutti rispetto ad uno sfondo istituzionale e culturale. Ciò significa che la comunicazione adopera il riferimento al soggetto in quanto stereotipo tipizzato; ottavo, *l'attualità*, che porta a concentrare le notizie su casi singoli, su cui sia possibile una ricorsività, una prosecuzione dello sviluppo narrativo; nono, nei termini della ricorsività citata, anche *l'espressione di opinioni* può essere diffusa come notizia; in ultimo, la selezione avviene secondo una *routine* dell'organizzazione, in base alla quale stabilire l'inserimento di ulteriori criteri.

Proprio il funzionamento normale dei media imporrebbe, dunque, di riportare come notizia ciò di cui il ricevente non possa avere esperienza diretta o che esce dagli schemi della normalità, ma che comunque gravita nella sua dimensione di senso, altrimenti esso perderebbe la sua capacità comunicativa e informativa. Ciò rende i mezzi di comunicazione strutturalmente indipendenti dalla verità, dalla fedele riproduzione del mondo con tutte le sue manifestazioni. Il loro obiettivo, in effetti, non sarebbe la verità bensì la continua riproduzione di una sorpresa, di una novità, che nel momento stesso in cui viene pubblicata perde il suo carattere informativo e ne richiede una nuova produzione. Alla stabilità dell'universo retorico essi, così, sostituiscono il cambiamento continuo<sup>411</sup>.

Per tale ragione il punto di partenza per la comprensione dei *mass media* non può consistere in una supposta funzione sociale volta a fornire informazioni corrette sul mondo: rispetto ad essa, non potrebbe che constatarsi puntualmente il loro fallimento, la deformazione che offrono della realtà, la manipolazione delle opinioni, come se potesse essere altrimenti. La funzione strutturale dei mezzi di comunicazione di massa non può essere quella dell'aumento della conoscenza o dell'educazione, poiché essi sono volti strutturalmente alla produzione continua di inquietudine, ciò che Luhmann definisce irritazione<sup>412</sup>.

---

411 N. LUHMANN, *La realtà dei mass media*, cit. 11.

412 N. LUHMANN, *La realtà dei mass media*, cit., 120.

Proprio nella prospettiva offerta in quest'ultima chiave di lettura, si evidenzia però un dato particolarmente interessante: se i *mass media* sono operativamente volti alla produzione di inquietudine, irritazione, instabilità, ovvero di emergenze, essi si pongono in una dimensione esattamente speculare a quella del diritto, che è invece volto alla stabilizzazione dei rapporti sociali, alla creazione di quella asimmetria che propriamente decide<sup>413</sup> i conflitti simmetrici dei rapporti di forza. Una volta rilevato questo dato strutturale di specularità tra *mass media* e diritto, appare evidente che l'adozione della realtà prodotta e costruita dai *mass media* come referente per l'intervento normativo finisca per condurre necessariamente ad uno svilimento della funzione di quest'ultimo: in effetti, se il diritto si trova a rincorrere il mondo completamente instabile riprodotto dai *mass media*, conseguentemente dovrà rinunciare alla sua capacità di stabilizzazione, diventerà anch'esso instabile, e la sua legittimazione come strumento di pacificazione sociale, di risoluzione affidabile dei conflitti, cadrà con essa.

Pur senza poter affermare che vi sia una relazione causale univoca tra legislazione mediatica e crisi istituzionale, è però possibile sostenere che esista un certo grado di correlazione tra l'asservimento del diritto alle emergenze prodotte fisiologicamente dai *mass media* e la crisi di sfiducia rispetto alla sua capacità di regolazione dei rapporti sociali.

## 2.2. Impatto sociale dei *mass media*

Se quella descritta può essere considerata la struttura funzionale dei *mass media*, resta però da analizzare quali siano gli effetti su chi riceve questo tipo di comunicazione. Gli studi sull'impatto sociale dei mezzi di comunicazione sono molteplici, tuttavia le tesi più accreditate si concentrano su tre paradigmi. La prima teoria che ha fatto luce sugli effetti dei *mass media* sull'opinione pubblica così come strutturati nella società contemporanea è quella conosciuta come *Agenda Setting*<sup>414</sup>. Tale teoria, che partiva da uno studio sugli effetti della campagna elettorale negli Stati Uniti del 1968, sviluppava una tesi già avanzata in precedenti lavori, secondo cui i media «*may not be successful much of the time in telling people what to think,*

413 Dal latino *decidēre*: tagliar via, mozzare.

414 MAXWELL E. MCCOMBS – DONALS L. SHAW, *The agenda setting function of mass media*, in *Public Opinion Quarterly*, n. 36, 1972, 176-187; MAXWELL E. MCCOMBS, *The agenda-setting Role of the Mass Media in the Shaping of Public Opinion*.

*but it is stunningly successful in telling its readers what to think about»<sup>415</sup>. La selezione operata necessariamente dai *mass media* tra gli eventi che si producono nel mondo comporta infatti la presentazione di una visione limitata di tutto ciò che esula dall'esperienza diretta del ricevente. Non essendovi possibilità di conferma diretta rispetto a questa porzione di realtà e non potendosi neppure confrontare ciò che è selezionato rispetto a ciò che i media scartano, questi ultimi sono in grado di trasferire la rilevanza delle immagini del mondo che essi offrono alle immagini delle nostre menti.*

Non soltanto dunque i mezzi di comunicazione sarebbero in grado di selezionare i temi del dibattito pubblico, ma anche la loro rispettiva preminenza (*salience*), la gerarchia che si crea tra di essi. La maggiore o minore enfasi che si produce sulle notizie tra quelle preselezionate, il modo stesso di presentarle, promuove una definizione della questione affrontata, una sua interpretazione causale, un giudizio morale o un suggerimento rispetto alla reazione a quel fenomeno. Dunque non solo arrivano al destinatario soltanto alcune delle notizie, senza che egli possa stabilire autonomamente di quali essere informato, ma quelle preselezionate sono già offerte nel quadro di una valutazione complessiva, che influisce sulla memoria collettiva che si costruisce intorno all'evento<sup>416</sup>: questo effetto viene definito *framing*, letteralmente inquadramento.

La commistione di informazione selettiva ed opinione connotativa, in base agli studi condotti da Elisabeth Noelle-Neumann, convergerebbe verso un effetto che è stato definito come «spirale del silenzio»<sup>417</sup>: tale teoria ha messo in evidenza che i temi non selezionati, pur se ritenuti personalmente più urgenti, così come le opinioni contrastanti rispetto a quelle accolte dai mezzi di comunicazione di massa, per quanto possano non essere oggettivamente minoritarie, si trovano condizionate da questa sottorappresentazione, che genererebbe una paura di isolamento e di rifiuto da parte dei loro portatori. Ciò darebbe l'avvio ad una spirale del silenzio, a causa della quale si genera un assenso silenzioso rispetto alle opinioni più diffuse. Mentre in

---

415 BERNARD C. COHEN, *The Press and Foreign Policy*, Princeton, 1963, 13.

416 ROBERT M. ENTMAN, *Framing: Toward Clarification of a Fractured Paradigm*, in *Journal of Communication*, vol. 43, 1993, 51-58;

417 ELISABETH NOELLE-NEUMANN, *La spirale del silenzio. Per una teoria dell'opinione pubblica*, traduzione di Sabra Befano e a cura di Stefano Cristante (titolo originale *Die Schweigespirale*, München 2001), Roma 2002.

passato il destinatario dell'informazione aveva la possibilità di prestare attenzione anche soltanto alle notizie che rafforzassero le sue opinioni preesistenti, cercando quei mezzi con cui sentisse una affinità (meccanismo definito di *percezione selettiva*<sup>418</sup>) attualmente si assisterebbe ad una neutralizzazione delle selettività come risultato dell'esposizione costante, univoca e passiva in particolare ai mezzi di comunicazione televisiva.

Riguardo in particolare a questi ultimi, numerose ricerche hanno accertato che essi sarebbero in grado di intervenire nel processo di formazione dell'opinione pubblica col risultato di generare un conformismo dato dal progressivo allineamento rispetto all'unica posizione sovraesposta nei *mass media*. Tale processo potrebbe provocare non soltanto l'esistenza di una maggioranza rumorosa rispetto ad una minoranza silenziosa, ma al contrario la prevalenza di una minoranza rumorosa a fronte di una maggioranza ridotta al silenzio<sup>419</sup>. In questo modo si genererebbe una ideologia da pensiero unico, che più che rispondere alla definizione di opinione pubblica, si sostanzierebbe in una opinione o corrente dominante, che obbliga alla conformità a pena dell'isolamento sociale temuto dal dissidente. Questo effetto di formazione tipicamente ideologica è conosciuto come *Cultivation Theory*<sup>420</sup>: in base a questa teoria, la comunicazione televisiva avrebbe un effetto più o meno accentuato a seconda dell'esposizione, verso forme di indottrinamento. La televisione, in questo modo, verrebbe a svolgere un compito di socializzazione dei soggetti all'interno di ruoli e comportamenti standardizzati, assumendo i destinatari che dedicano molto tempo alla comunicazione televisiva che la realtà riprodotta dai media sia esattamente corrispondente al mondo reale. Questi studi sono stati condotti in particolare rispetto alla rappresentazione del crimine e della violenza<sup>421</sup>: i risultati hanno dimostrato una correlazione tra il grado di paura e abbandono avvertito dai

---

418 JOSEPH T. KLAPPER, *The effects of mass communication. An Analysis of Research on the Effectiveness and Limitations of Mass Media in Influencing the Opinions, Values and Behavior of Their Audiences*, New York 1960.

419 Questo aspetto sembra particolarmente calzante se combinato con le caratteristiche dei diversi modelli di *mass media* che si configurano in base al tipo di struttura politica ed economica. Anche in un mercato «libero», i *mass media* sembrano riprodurre i valori e gli obiettivi di solo una parte del tessuto sociale. Ma si veda *Infra*, 2.3.

420 Tra l'ampia letteratura, vd GEORGE GERBNER, LARRY GROSS, MICHAEL MORGAN, NANCY SIGNORIELLI, *Living with television: The dynamics of the cultivation process*, in AA. VV., *Perspectives on media effects*, a cura di J. Bryant & D. Zillman, New Jersey 1986, 17-40; George Garbner, Nancy Signorelli, *Violence and Terror in the Mass Media*, Paris 1988.

421 Garbner - Signorelli, *op. cit.*, 16ss.

telespettatori e il tempo dedicato alla visione di programmi televisivi. Questi due valori: livello di paura e tempo di esposizione, crescerebbero proporzionalmente, pur non essendosi dimostrato conclusivamente quale dei due fattori possa ritenersi causale rispetto all'altro.

### **2.3. Struttura politico-economica e *mass media***

Il complesso degli studi citati è idoneo a mostrare come i mezzi di comunicazione costituiscano oggi la semantica della società moderna<sup>422</sup>, rappresentando sia la memoria sia il punto di riferimento per la costruzione sociale del mondo.

Tuttavia, se queste teorie sono volte a far luce sugli effetti dei *mass media* sulla società, verso il destinatario dell'informazione, esse ancora non offrono uno studio su ciò che condiziona la concreta scelta dei parametri valutativi che si adottano nella rappresentazione del mondo. Se esse collocano i *mass media* nel loro rapporto verso il basso, verso gli effetti che essi producono, resta ancora da chiarire quale sia invece il loro rapporto verso l'alto, verso quei parametri che concretamente determinano una precisa scelta valoriale o ideologica da riprodurre attraverso la selezione, la gerarchizzazione e il giudizio sulle notizie riportate. Questo contenuto valoriale che dall'alto interviene sulla direzione dei *mass media* dipende strettamente dalla struttura politica della società di riferimento. Alcuni studi hanno evidenziato che i mezzi di comunicazione, a seconda della struttura politica di riferimento, possono organizzarsi in base a tre distinti modelli: gli oligopoli privati, i monopoli statali e i sistemi diffusi di ispirazione democratica<sup>423</sup>.

Le società occidentali attuali sarebbero prevalentemente organizzate secondo il primo modello, quello degli oligopoli privati. Abbiamo infatti affermato che una delle caratteristiche salienti della comunicazione di massa consiste nella necessità di ricorrere ad ingenti finanziamenti per sopportarne i costi sia tecnologici che umani.

Tale condizione strutturale dei media comporta che, in una società orientata al «libero mercato», quest'ultimo, lungi dall'associarsi alla libertà di opinione, sembra piuttosto favorire un progressivo accentramento dei mezzi di informazione, fino alla formazione di oligopoli. Proprio l'onerosità della comunicazione massmediatica comporterebbe l'annullamento del «libero mercato delle idee» a favore di un

422 N. LUHMANN, *La realtà dei mass media*, cit., 97ss.

423 NOAM CHOMSKY, *Illusioni necessarie*, cit., 57ss.

concentramento verso quelli che rappresentano gli interessi della classe economicamente dominante. Soltanto quest'ultima avrebbe, infatti, la capacità economica di finanziare i mezzi di comunicazione, lasciando le piccole emittenti e i periodici alternativi in mercati di nicchia, ininfluenti sulla più vasta opinione pubblica: l'incapacità di sedurre il grande mercato li destina alla marginalità o al fallimento. Lungi dal realizzarsi quella premessa della famosa sentenza del giudice Holmes sulla libertà di espressione, in base alla quale «la migliore prova della verità è il potere del pensiero di farsi accettare nella competizione di mercato» attraverso «il libero commercio delle idee»<sup>424</sup>, le uniche idee in circolazione finiscono per essere quelle che rappresentano le aspirazioni, le opinioni e gli interessi della classe più abbiente, mentre tutte le altre sarebbero silenziate sin dalla nascita, non potendo competere alle stesse condizioni dei giganti della comunicazione. In tal senso, afferma Ginsberg che:

i governi occidentali hanno usato meccanismi mercantili per regolamentare le aspettative e i sentimenti popolari. Il «mercato delle idee», costruito durante il diciannovesimo e il ventesimo secolo, dissemina efficacemente le convinzioni e le idee delle classi superiori mentre sovverte l'indipendenza ideologica e culturale delle classi inferiori. Attraverso la costituzione di tale mercato, i governi occidentali hanno forgiato solidi e duraturi legami tra il potere socio-economico e quello ideologico, consentendo alle classi superiori di usare entrambi per imporsi sulle altre [...]. In particolare negli Stati Uniti, la capacità delle classi superiori e medio-superiori di dominare il mercato delle idee ha permesso a questi strati di plasmare il modo in cui tutta la società percepisce la realtà politica e la gamma delle oggettive possibilità politiche e sociali. Benchè in Occidente in genere si assimili il mercato delle idee alla libertà di opinione, la mano invisibile del mercato può essere uno strumento di controllo altrettanto potente del pugno di ferro dello Stato<sup>425</sup>.

Ciò impone un cambio di prospettiva circa la reale funzione svolta dai *mass media*, che non appare volta alla informazione e alla formazione del pubblico cui si rivolge, bensì agli interessi di chi la finanzia (chi investe e chi compra).

In effetti, la parte dei media in grado di raggiungere un pubblico sostanzioso sarebbe necessariamente legata a grandi imprese, a loro volta controllate da gruppi economici

424 HOLMES, sentenza *Abrams versus United States*, 1919.

425 BENJAMIN GINSBERG, *The Captive Public. How mass opinion Promotes States Power*, New York 1986, 89. Traduzione riprodotta da N. CHOMSKY, *Illusioni necessarie*, cit., 33.

ancora più vasti<sup>426</sup>. Come negli altri settori di affari, essi vendono qualcosa a qualcuno disposto ad acquistarla: tuttavia, sarebbe illusorio ritenere che essi vendano idee, offrendole al pubblico e lasciando prevalere quelle vincenti, così come prospettato dalle dottrine liberali. Invertendo la prospettiva classica di inquadramento dei *mass media*, si può invece facilmente constatare che essi siano rivolti piuttosto agli interessi di coloro che concretamente li finanziano. Il loro mercato, secondo questa impostazione, sarebbe orientato agli inserzionisti pubblicitari e il loro prodotto non sarebbe offerto al pubblico, ma sarebbe il pubblico stesso: quella porzione di mercato che garantisce un investimento vantaggioso agli inserzionisti e ai dirigenti. Tra tutto il pubblico, pertanto, quello maggiormente venduto, in quanto in grado di sostenere una spesa superiore, è costituito da quella parte della popolazione economicamente più forte, che permette di tenere elevate le tariffe per gli spazi pubblicitari. La comunicazione massmediatica, in questa duplice prospettiva, che guarda ai finanziatori e al pubblico più redditizio, appare così costruita specificamente per aggradare i destinatari appartenenti alle classi dominanti.

Da tale analisi emergerebbe che la scelta ideologica, che guida concretamente la selezione operata dai *mass media* tra le notizie e la loro modalità di diffusione, si adeguerebbe alla visione del mondo valoriale della classe dominante. Sarebbe su questa visione che si produrrebbe quell'effetto di appiattimento culturale osservato attraverso le teorie dell'*Agenda Setting*, della *spirale del silenzio* e della *cultivation*: ciascuna di esse concorrerebbe alla creazione di un pensiero unico costruito a immagine e somiglianza delle classi egemoniche, quelle economicamente più potenti o che aspirano ad esserlo.

D'altro canto, mentre nei sistemi oligopolistici delle società rette dal mercato libero questa scelta ideologica sembra conseguenza stessa del normale funzionamento del sistema capitalistico applicato alla comunicazione di massa, essa appare in tutta la sua evidenza nei sistemi autoritari di propaganda, che monopolizzano i mezzi di comunicazione in funzione dichiaratamente repressiva verso le opinioni dissidenti e con uno specifico intento educativo di indottrinamento della popolazione. Un esempio evidente di tali sistemi è quello che è stato studiato in rapporto ai

---

426 N. CHOMSKY, *Illusioni necessarie*, cit., 34.

totalitarismi novecenteschi, i cui regimi hanno largamente fatto uso dei mezzi propagandistici per creare adesione verso la *Weltanschauung* avanzata. Soltanto attraverso la stretta alleanza tra repressione e propaganda sarebbe possibile comprendere la presa che tali regimi hanno esercitato sui sistemi sociali.

Tuttavia i risultati di un mercato completamente libero così come di un regime autoritario, in termini di riproduzione dell'opinione dominante, non sembrano poi così distanti: nei primi la mano invisibile conduce naturalmente ad un accentramento verso gli interessi delle classi più abbienti, che possiedono i media e li finanziano; nei secondi è una precisa scelta della classe al potere a eliminare autoritativamente la possibile concorrenza. L'esito di entrambe le forme politiche di organizzazione dei mezzi di comunicazione sembra così il medesimo: la creazione di un mondo costruito ad arte per il potere (economico o politico, notoriamente interagenti se non immedesimati) volto a conquistare e tenere prigionieri per sempre «le coscienze di questi ribelli impotenti per la loro stessa felicità»<sup>427</sup>. Questi osservatori distaccati devono creare quelle «illusioni necessarie» e quelle «semplificazioni emozionalmente potenti in grado di mantenere disciplinate e contente le stupide masse ignoranti»<sup>428</sup>.

In effetti, anche sul piano ideologico queste condizioni non sembrano dissimili: basti a tal fine confrontare ciò che affermava Hitler rispetto alla considerazione delle masse cui si rivolgeva la propaganda e la posizione del governatore Morris per il mercato statunitense. Afferma Hitler riguardo alla propaganda nazionalsocialista e i suoi effetti sul popolo che:

il popolo è nella sua grande maggioranza di una natura così femminile che il suo pensiero e il suo modo di operare sono determinati non tanto dalla fredda riflessione quanto dalla sensibilità affettiva. [...] In tutti questi casi si tratta di sopprimere il libero volere dell'uomo. Ciò vale soprattutto per le adunanze a cui convengono uomini di opposte volontà che devono ormai essere conquistati a un nuovo volere. [...] Per l'eccezionale facondia di una natura dominatrice di apostolo riuscirà ora più facile conquistare alla nuova volontà uomini che già naturalmente hanno subito un indebolimento della loro capacità di resistenza, che

---

427 Da FÉDOR DOSTOEVSKIJ, *Il grande inquisitore*, in *I fratelli Karamazov*.

428 N. CHOMSKY, *Illusioni necessarie*, cit., 53.

non tali che siano ancora nel pieno possesso della loro energia spirituale e volitiva<sup>429</sup>.

Nel 1783 scriveva il governatore Morris a John Jay:

Il popolo fiaccato dalla Guerra fornirà il Consenso sul quale è possibile contare con assoluta Certezza, ed entrambi sappiano bene per Esperienza, amico mio, che quando pochi Uomini di intelletto e coraggio si riuniscono e dichiarano di essere, loro, l'Autorità, i pochi che si trovassero ad essere di opinione differente sarebbero facilmente convinti del loro Errore da quel potente Argomento che è la Forza.

Il paradigma alternativo, che si fonda sulla partecipazione popolare nella produzione, selezione e diffusione delle notizie e nell'accesso a condizioni economicamente sostenibili all'esercizio della comunicazione di massa, trova notevoli ostacoli. Basti per l'Italia portare alla mente ciò che accadde, in pieno regime democratico, quando per dettato europeo e a seguito di progressive pronunce della Corte Costituzionale si sarebbero dovuti cancellare, tra l'altro, alcuni canali televisivi, che non furono mai oscurati. Dall'altro lato dell'oceano, un partito con vastissima base popolare e di politica progressista ha trovato uno schieramento compatto di natura dichiaratamente diffamatoria in tutti i mezzi di informazione oligopolistici quando intese applicare una legge radiotelevisiva che garantisse il pluralismo, limitando le concentrazioni e i singoli investimenti: quella legge ad oggi non è stata mai applicata<sup>430</sup>.

### ***3. Sistema politico, mass media e società***

La panoramica offerta sulla struttura intrinseca dei *mass media*, sui loro effetti di costruzione della realtà simbolica dei destinatari soggetti ad una ininterrotta esposizione e sul loro condizionamento ideologico di matrice politica ed economica rende più agevole la comprensione del rapporto attuale tra politica, *mass media* e società.

Nelle pagine che precedono si è isolato il sistema massmediatico, astraendolo rispetto al contesto in cui si trova ad agire e rispetto alle condizioni intrinseche degli altri sistemi comunicativi con cui stringe alleanze. Volendo, invece, adesso riportare l'attenzione sul concreto rapporto che si instaura nella società contemporanea tra

---

429 A. HITLER, *Mein Kampf*, cit., 201 e 531.

430 Il caso è quello dell'Argentina, con il governo Fernández.

questi tre settori, è necessario domandarsi quale sia lo stato di potere politico e società al fine di comprenderne le dinamiche di interazione con il sistema massmediatico.

La crisi nella quale sembra imbrigliata la società post-moderna è principalmente una crisi di identità<sup>431</sup>.

Una delle caratteristiche esistenziali dell'epoca moderna si individua in quell'idea di progresso che dalla scienza si propagava a tutti gli ambiti di sviluppo della personalità: la metanarrazione del moderno è tutta costruita sulla fiducia in un progetto di dominio dell'uomo sul mondo, su se stesso e sul suo avvenire. Il futuro si declinava come promessa<sup>432</sup> e ciò valeva anche in quelle dottrine altamente critiche della società capitalista, che, disvelandone le incoerenze, incitavano al cambiamento.

A questo paradigma la società post-moderna oppone un cambio di segno, che dall'idea di un futuro come promessa, sostituisce quella di un futuro vissuto come minaccia<sup>433</sup>. Non che la scienza abbia interrotto il suo cammino o che non si creda più nel progresso tecnologico: solo che è sorta la consapevolezza che il progresso in campo scientifico non corre di pari passo con il progresso della condizione umana. La scienza non solo ha dimostrato la sua sostanziale indifferenza rispetto all'effettivo miglioramento delle condizioni di vita dell'uomo, non conoscendo differenza tra possibile e accettabile, ma ha completamente rinunciato a quella promessa di un futuro migliore: all'illusione panscientifica di matrice positivista, si è sostituita la consapevolezza del suo duplice volto di promessa e minaccia per l'esistenza umana.

La tecnologia postmoderna sembra, invero, ormai indipendente da qualsiasi condizionamento umano, muovendosi secondo logiche oscure ai suoi utilizzatori, che ne apprezzano la comodità, ma al prezzo di sentirsi posseduti dalla tecnologia stessa, della quale ignorano il funzionamento. Questo rapporto di completa estraneità con gli oggetti della tecnologia restituisce un'immagine del rapporto dell'uomo con la conoscenza: un'assenza di sedimentazione di saperi, i quali semplicemente si riproducono senza riflessione, a seguito di una accelerazione senza precedenti che

431 ZYGMUNT BAUMAN, *La società dell'incertezza*, traduzione di Roberto Marchisio e Savina Neirotti, Bologna 1999, 16ss.

432 M. BENASAYAG – G. SCHMIT, *L'epoca delle passioni tristi*, cit., 19.

433 M. BENASAYAG – G. SCHMIT, *L'epoca delle passioni tristi*, cit., 20

lascia indietro i tempi del pensiero, quelli volti a tracciare il confine dell'accettabile rispetto al possibile.

Se questo è il tipo di rapporto che l'uomo post-moderno instaura con la conoscenza, non migliori prospettive emergono dal rapporto con se stesso e con gli altri. Lo sgretolarsi delle reti sociali e strutture tradizionali che in epoca pre-moderna rappresentavano l'assicurazione collettiva contro le disgrazie individuali<sup>434</sup> hanno condotto alla dissoluzione di un principio di autorevolezza inteso come riconoscimento sociale. L'autorevolezza, da non confondere con l'autoritarismo, corrisponde in questa accezione al riconoscimento di un vincolo sociale che sottende alle relazioni: esso corrisponde alla socialità di Grozio, all'asimmetria che definisce i conflitti, alla partecipazione in un progetto comune, un comune obiettivo che si proietta verso una garanzia per il futuro. Essa è la metanarrazione stessa della società, ciò che le permette di collaborare e autodefinirsi. Ma senza una utopia condivisa, quando il futuro sembra riservare solo minacce e pericoli incombenti, è impossibile creare una base comune di collaborazione: alla sua assenza consegue la disgregazione sociale<sup>435</sup>. La dissoluzione del principio di autorevolezza corrisponde allora al principio di anomia<sup>436</sup>, un'assenza di norma che non è conseguenza della disgregazione sociale, bensì la sua causa: l'anomia è in questo senso il paradigma alternativo rispetto al principio di solidarietà. In assenza di un progetto comune, di una base di riconoscimento mutuo, la società non è in grado di collaborare, si frantuma e si disgrega in un insieme di individui isolati.

Il disfacimento della rete sociale e istituzionale di riconoscimento mutuo si riflette, dunque, nella concezione che l'uomo post-moderno ha di se stesso: egli vive in una crisi costante di identità, in un costante disorientamento circa ciò che è e ciò che gli riserva il futuro. Il suo è uno stato costante di incertezza, una mancanza di autodefinizione, che disegna una personalità dai confini indefiniti, priva di punti di riferimento stabili. La condizione dell'uomo post-moderno è quella che in psicologia si conosce come schizofrenia.

---

434 PAOLO MANCINI, *Il post-partito. La fine delle grandi narrazioni*, Bologna 2015; ZYGMUNT BAUMAN, *La società dell'incertezza*, cit., 35ss.

435 JÜRGEN HABERMAS, *Dopo l'Utopia. Il pensiero critico e il mondo di oggi*, Venezia 1992.

436 Per il quale si rimanda a *Infra, La funzione promozionale del diritto penale*.

Identità fragile, società disgregata e tecnologia apocalittica: se questo è il rapporto dell'uomo con se stesso, con i suoi simili e con la conoscenza, l'ideologia che ad esso sottende non può che presentarsi come ideologia della crisi, del cambiamento continuo. Invero si tratta di un surrogato di ideologia, di metanarrazione, che è accolto con incoscienza, poiché il cambiamento continuo non permette i tempi del pensiero e dell'autocoscienza. Qualsiasi luce su di esso non porterebbe, d'altronde, che orrore: si tratta dell'utilitarismo come misura dell'uomo. L'unica misura che oggi sembra garantire certezza è infatti quella della quantità misurabile degli scambi economici. L'uomo, così, si misura in base agli standards di performatività, in termini di utilità o inutilità delle sue capacità e competenze, la società si misura in termini di produttività e competitività, la conoscenza abbandona il desiderio e si declina in termini di comodità efficienza e spendibilità<sup>437</sup>.

Da parte sua, il potere politico post-moderno vive una profonda crisi di legittimazione. Se lo Stato-Nazione legittimava la sua esistenza attraverso una progettualità costruita per il suo popolo, intorno alla quale si coagulavano le forze sociali, non soltanto in termini di adesione, ma anche e soprattutto di trasformazione (che necessita comunque del riconoscimento previo della validità della norma per poterla cambiare), la visione di un futuro come minaccia non può che aver scalfito l'idea stessa di programmaticità, ormai uscita definitivamente dagli orizzonti di senso comune.

La crisi di legittimità del potere politico ha cause di natura sia sociale che economica. La dissoluzione dei grandi partiti di massa<sup>438</sup>, dei movimenti sindacali, di quelle istituzioni tradizionali quali religione, famiglia, comunità, hanno interrotto le forme di interazione ed emersione della società nelle scelte politiche. Se quelli costituivano i canali di comunicazione di natura dialogica da cui potevano emergere le aspirazioni, le necessità, le proposte ed le esigenze della società, il loro tramonto ha necessariamente interrotto quel dialogo con il potere politico, il quale, in un sistema democratico, perde in questo modo una delle sue fonti primarie di legittimazione.

---

437 M. BENASAYAG – G. SCHMIT, *L'epoca delle passioni tristi*, cit., 39ss.

438 PAOLO MANCINI, *Il post-partito*, cit.

D'altro canto, il dislocamento dei reali luoghi di decisione in materia economica verso strutture di fatto sovranazionali o globali ha sottratto la possibilità di intervento e di scelta sovrana per i singoli Stati, i quali si trovano necessariamente a fare i conti con processi che esulano dalle proprie sfere di azione. Questa frattura tra i luoghi dell'economia e il luoghi della politica e dunque del diritto interrompe il secondo elemento di legittimazione del potere statale, quello che si fonda sulla sua capacità di intervento. Non solo dunque si sono sgretolati quei meccanismi di comunicazione e contatto del potere politico con la società, così da perdersi la visione della complessità e delle esigenze che si generano nelle relazioni sociali, ma pur volendo ignorare questo dato, le concrete possibilità di intervento da parte degli organi statali per la proposizione di un intervento strutturale, che risponda alle esigenze e ai fenomeni avvertiti con maggiore urgenza, sarebbero ridotte ai minimi termini, a causa dell'emigrazione delle cabine di controllo sull'economia verso entità misteriose, riunite in stanze sconosciute, e che a volte si definiscono come sistemi finanziari. Quei minimi termini che restano allo Stato-Nazione sono non più che un simulacro di Stato minimo: burocratizzazione e controllo sociale.

In questo vuoto istituzionale e sociale si inserisce la comunicazione massmediatica. In un contesto in cui la società sembra vivere sotto l'assedio della paura<sup>439</sup> e il potere politico assiste ad una profonda crisi di legittimità, i *mass media* sembrano rappresentare l'unico diaframma ancora esistente di comunicazione tra l'uno e l'altro. Da un lato, infatti, avendo il potere politico perso il collegamento con la base sociale, a causa del declino di partiti e movimenti di massa, e trovandosi dall'altro la società privata di senso di appartenenza, l'unico luogo in cui l'individuo può uscire dal suo isolamento, la società può osservare se stessa e il potere politico trovare la propria legittimazione sembra essere quello della comunicazione prodotta attraverso i *mass media*. Così uno strumento volto strutturalmente alla moltiplicazione dell'instabilità, dell'irrequietezza, al cambiamento continuo, in ragione della sua funzionalità volta alla riproduzione di notiziabilità e sensazionalismo, diventa paradossalmente il sistema votato a costruire identità.

---

439 Così è definito in ANNA OLIVERIO FERRARIS, *L'assedio della paura*, Roma 1983.

Non sorprende dunque che l'identità che essi riproducono sia quella dell'insicurezza, dell'emergenza e della paura. La critica di inganno e manipolazione che si rivolge ad essi, in quanto sarebbero in grado di costruire una realtà simbolica di insicurezza lontana dalle effettive condizioni di vita, non avverte il problema centrale della questione. Il vero scandalo, la seria problematicità della comunicazione massmediatica odierna è che non appartiene alla funzione del *mass media* la costruzione dell'identità sociale: essi sono solo uno degli universi simbolici dell'uomo, un universo che necessita costantemente di novità e stravaganza e che per questo è naturalmente tendente alla riproduzione del discorso di paura. Il mondo che essi riproducono, che osservano, è quello dell'incertezza di cui si alimentano. Non è compito dei *mass media* creare stabilità e una società che osservi sé stessa soltanto attraverso il monoculo della comunicazione massmediatica non troverà in essa alcun conforto circa la propria identità.

Se nelle società post-moderne i *mass media* diventano il luogo di costruzione dell'identità, in conseguenza al tramontare di tutte le istituzioni di aggregazione sociale di un tempo, l'immagine che essi riprodurranno non potrà che corrispondere a quella di una società frammentata, insicura e anomica, in continua fuga rispetto alle molteplici criticità esaltate sullo schermo e nei quotidiani. Dinanzi al flusso costante di instabilità riprodotto dai media, si coagula, così, una generica pretesa, che ha più l'aria di un grido di aiuto: si chiede tutela dell'identità smarrita e garanzia di una non meglio definita sicurezza.

A questa pretesa risponde un potere politico che ha spuntato le sue armi di intervento e interrotto i vincoli sociali. Uno Stato in crisi di legittimità, che non ha concrete possibilità di intervento come garanzia collettiva contro i problemi sociali e che dunque ha bisogno di cercare altrove la giustificazione della sua esistenza. Non avendo più alcun contatto con la società, poiché manca l'idea stessa di un progetto comune da presentare politicamente come azione dello Stato, l'unico punto di osservazione del potere politico sulla società finisce per essere l'immagine che di essa riproducono i *mass media*.

Si dà così vita ad una politica della rimozione permanente, che offre risposte estemporanee al disagio sociale, non avendo più il potere di intervenire sulle sue

cause, e che rincorre l'immagine di una società dai contorni indefiniti, priva di coscienza di sé, rispetto alla quale i *mass media* sembrano assumere il compito di gestione e riproduzione dell'angoscia. Questo ruolo di diaframma tra l'esigenza di autolegittimazione del potere e l'angosciante isolamento sociale dell'uomo post-moderno sembra essere stato affidato allo strumento che meno di tutti, secondo le considerazioni svolte, è in grado di creare stabilità. Al contrario, come si è detto, la comunicazione massmediatica presenta una vocazione all'instabilità, all'irritazione, al sensazionalismo: una coazione alla novità. Se dunque è questo lo specchio che la società usa per osservare sé stessa e il potere politico per osservare la società alla ricerca di una legittimazione, sembra che questo sistema di insicurezze abbia trovato il cammino per retroalimentarsi, una spirale che approfondisce la crisi sia istituzionale che identitaria, riproducendo a più livelli e con maggiore intensità un'angoscia esistenziale che sembra espandersi dalla profonda intimità dell'uomo sino alle più alte sfere di esercizio del potere.

Nel cuore di questa comunicazione senza dialogo tra attori spogliati di soggettività, attraverso uno strumento privo di coscienza, si pone il sistema penale.

#### ***4. La rappresentazione mediatica del crimine e i suoi effetti sul diritto penale***

La tendenza al sensazionalismo e alle novità stravaganti rende la comunicazione massmediatica particolarmente disposta a tendere l'orecchio al crimine, ma soprattutto ad un certo tipo di fenomeno criminoso. Se lo spettacolo della violenza non fosse così morbosamente attrattivo e accattivante, secoli di torture, mutilazioni e orrendi supplizi fino alla morte svoltesi in bella vista nella piazza del paese non si sarebbero potuti placidamente produrre<sup>440</sup>. Questa pulsione di morte<sup>441</sup>, una forma di esorcismo rispetto alla regina delle paure dell'uomo, la ritroviamo oggi nei luoghi ben più ordinati dei salotti di casa attraverso la rappresentazione mediatica del crimine.

---

440 MICHEL FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, cit., 5ss.;

441 Termine che si deve a SIGMUND FREUD, *Al di là del principio del piacere*, traduzione di Anna Maria Marietti e Renata Colomi (titolo originale *Jenseits des Lustprinzips* Leipzig 1920), Torino 1975.

La selettività che caratterizza la costruzione mediatica della realtà si definisce come «restrizione non casuale (ossia sistematica) di uno spazio di possibilità»<sup>442</sup>. Questa sistematicità nella selezione delle notizie sul crimine sembra coagularsi intorno ad alcuni elementi, che sono emersi sia da studi criminologici condotti in Italia in relazione al mezzo di comunicazione più diffuso sul territorio nazionale, ossia quello televisivo, sia da plurimi studi condotti in terra statunitense, ove *mass media* e propaganda (pubblicitaria e non) hanno mosso i loro primi passi, fino a diventare giganti<sup>443</sup>.

Proprio per la particolare diffusione della comunicazione televisiva e per alcuni caratteri specifici che quest'ultimo mezzo presenta rispetto a quotidiani e periodici, prenderemo in considerazione la rappresentazione che quest'ultima offre del crimine.

Un importante studio di natura criminologica che è stato condotto in Italia sulla rappresentazione televisiva del reato si deve agli sforzi interdisciplinari convogliati nel volume *La televisione del crimine* a cura di Gabrio Forti e Marta Bertolino.

Nella parte propriamente criminologica della ricerca si sottolinea come anche in Italia, che in tal senso si allinea rispetto alle tendenze già emergenti in altre realtà territoriali, i temi legati al fenomeno criminale risultino sovrarappresentati rispetto al numero complessivo di notizie selezionate e alla consistenza statistica del fenomeno.

Allo stesso tempo, si sottolinea che, mentre in astratto esiste un certo grado di consapevolezza sulla natura distorsiva e manipolatrice dei mezzi di comunicazione in generale, quando si entra nello specifico del giudizio sulla frequenza con cui sono riportate notizie di matrice criminale, il pubblico tuttavia giudica equilibrata la presenza della cronaca nera nella rappresentazione mediatica: nonostante, dunque in astratto vi è una certa coscienza sulla inattendibilità delle notizie riportate dai media, in termini quantitativi pare sia avvalorata una percezione di veridicità dell'immagine mediatica del crimine rispetto alla probabilità reale di vittimizzazione.

---

442 C. OFFE, *Klassenherrschaft und politisches System. Zur Selektivität politischer Institutionen*, in AA.VV., *Strukturprobleme des kapitalistischen Staates. Aufsätze zur politischen Soziologie*, a cura di Id., Francoforte 1972, 82ss.

443 Gabrio Forti – Roberto Redaelli, *La rappresentazione televisiva del crimine: la ricerca criminologica*, in *La televisione del crimine*, cit., 3ss.

Nella selezione dei tipi di reato occupano gran parte dello spazio mediatico quei fatti di matrice violenta che tradizionalmente hanno costituito il *Kernstrafrecht*<sup>444</sup> delle società liberali: questo dato conferma quell'elemento strutturale della comunicazione massmediatica che è alla costante ricerca della straordinarietà e dell'emozionalità al fine di catturare l'attenzione, anche perversa, del pubblico. Essa sfrutta a pieno quella pulsione di morte, attraverso la quale sfogare le angosce esistenziali della società. Avendo già definito la struttura funzionale dei media nei loro tratti essenziali, questo risultato, infatti, non può sorprendere: se la loro funzione è quella di riprodurre notizie che siano fuori dalla portata dell'esperienza diretta dei suoi destinatari, è evidente che saranno privilegiati fatti straordinari, come la commissione di crimini efferati, che proprio per la loro eccezionalità occuperanno più spazio nella comunicazione.

Tuttavia in tale selezione si riflette non soltanto il dato di sensazionalismo che caratterizza strutturalmente i media, ma anche una precisa scelta ideologica di fondo: i reati di matrice violenta rappresentano l'eccezionalità non soltanto rispetto al tipo e frequenza di reati commessi, ossia in base ai dati statistici, ma anche rispetto al quadro valoriale dell'ordinata e pacifica autorappresentazione della società borghese.

La straordinarietà insieme alla incomprendibilità valoriale fa sì che questo tipo di rappresentazione produca effetti di carattere simbolico di notevole portata. Se infatti il concetto di «reato» viene costantemente associato al carattere «violento» e se le sue modalità sono presentate costantemente con i caratteri dell'eccezionalità, dell'efferatezza e della crudeltà, l'universo simbolico comunicato dai media suggerirà che i concetti di reato e crimine si associno normalmente ad un fatto violento e di eccezionale gravità<sup>445</sup>. Sarà a quel punto sufficiente trattare di reati e crimine in generale per rievocare alla mente fatti di eccezionale gravità,

444 In tal senso, CARLO ENRICO PALIERO, *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed 'effetti penali' dei media)*, in *Rivista Italiana Diritto e Procedura Penale*, 2006, I, 496.

445 Gli studi di Distributional Semantics partono esattamente da tale presupposto, ossia che il significato delle singole parole si definisca nel contesto di quelle con cui sono associate: l'emersione del significato dal significante deriverebbe dunque dalla prossimità e dall'associazione, vidi ERK, KATRIN. *Vector space models of word meaning and phrase meaning: A survey. Language and Linguistics Compass* 6.10 (2012): 635-653. Per quanto ci riguarda il dato interessante è che se due parole sono strettamente e ripetutamente associate, sarà sufficiente pronunciare l'una per rievocare l'altra: il significato di entrambe si sarà fuso in un unico rimando simbolico. Questo effetto, per quanto concerne la rappresentazione mediatica del crimine, è stato studiato da DAVID L. ALTHEIDE, *I mass media, il crimine e il discorso di paura*, in *La televisione del crimine*, cit., 293.

statisticamente improbabili, ma su cui si costruisce l'immagine del pubblico sul sistema penale. Non sorprende dunque che l'opinione pubblica<sup>446</sup> in tema di riforme sul sistema penale, sia in termini di fattispecie che di esecuzione della pena, si mostri particolarmente ostile a quelle che sembrano concessioni garantiste.

In effetti, questo dato si riconferma anche nel modo in cui tali fatti vengono presentati nelle notizie: il crimine è associato ad uno straordinario fatto individuale, che rompe gli schemi della normalità, mentre sono del tutto rimosse le analisi sul crimine come fenomeno sociale e il correlativo ruolo della società nella genesi del reato. Questa strategia discorsiva isolante si riproduce al livello della caratterizzazione dei protagonisti dell'azione criminosa: l'autore, in particolare, perde del tutto la sua natura di persona, presentandosi con la maschera del personaggio tutto negativo dei racconti popolari<sup>447</sup>. Questa caratterizzazione pare ribaltarsi, invece, per quei reati che si dicono dei «colletti bianchi» o che offendono beni collettivi o diffusi: in questo caso, l'approfondimento sulla storia personale dell'autore pare abbia un ruolo centrale nella rappresentazione del fatto. Il risultato in quest'ultimo caso, come già emerso da molteplici studi in tal senso, è una umanizzazione del reo, attraverso la comprensione e condivisione delle sue motivazioni<sup>448</sup>.

Questo duplice registro è particolarmente significativo in termini di condizionamento ideologico dei *mass media*: essi in tal modo si rivolgono al pubblico confermando l'approvazione verso condotte che, pur costituendo reato, comunque si riconducono nella normalità della vita borghese. Altro trattamento è invece riservato per quei reati che tipicamente sono commessi dalle classi sociali emarginate: nel loro caso, il reato non sembra presentarsi come un incidente di percorso in una vita ordinata secondo i costumi sociali, bensì come l'avverarsi di una naturale predeterminazione ad un destino di violenza. Pertanto, nei loro confronti non risulta necessario alcun

---

446 Più oltre si indagherà sulla realtà simbolica cui rimanda tale espressione, in particolare *Infra*, parr. 5 e 6.

447 Così HARALD KANIA, *La rappresentazione televisiva del crimine e la costruzione delle realtà soggettive*, in *La televisione del crimine*, cit., 381.

448 Si è infatti dimostrato che quanto più spazio viene dedicato alla storia personale del reo, tanta più empatia egli riesce a suscitare nel pubblico. Inversamente, per la vittima questa empatia diminuisce a misura che si approfondiscano le sue condizioni personali.

approfondimento sulla storia personale: essi si riducono all'unidimensionalità del fatto commesso<sup>449</sup>, poiché in fondo il crimine è il loro destino.

D'altro canto, qualsiasi analisi sulla storia personale, il contesto sociale, le ragioni e le vicissitudini sarebbe controproducente rispetto all'effetto di seduzione che i media perseguono, poiché si dovrebbe finire per concludere per la responsabilità dell'intera struttura sociale nella genesi dei reati tipicamente ricondotti alle classi subalterne. E in effetti, il richiamo al senso di responsabilità non è molto seducente.

Si è osservato nelle pagine che precedono che i *mass media* nella società contemporanea si sostituiscono alle strutture di connessione tra potere politico e opinione pubblica, rappresentando oggi il diaframma principale che regola le comunicazioni tra l'uno e l'altra. La rilevanza di questo canale di comunicazione privilegiato appare con tutta evidenza in materia penale: questo settore sembra essere quello che maggiormente ha subito l'influsso della comunicazione massmediatica nella modificazione delle sue strutture portanti, tanto da suggerire, come si vedrà più oltre, un cambio di paradigma punitivo a seguito della rilevanza assunta da questa realtà simbolica. Questo cambio di paradigma è ciò che nella prospettiva dell'analisi del potere politico viene ricondotto nella categoria di populismo punitivo<sup>450</sup>. Con tale dizione si intende fare riferimento all'uso strumentale di matrice demagogica dello strumento penale, al fine della costruzione di una adesione pubblica intorno ad istanze securitarie, sfruttando il clima di tensione sociale. La molteplicità di significati attribuiti al termine stesso richiede uno sforzo definitorio, dal quale è possibile far emergere un triplice volto del populismo: quello di ideologia senza idee, di stile discorsivo belligerante, ma anche di strategia di riappropriazione popolare anti-elitaria.

---

449 In questi termini, AA.VV., *Valori, disvalori e crimine dell'Italia alle soglie del duemila. La percezione sociale del concetto di reato*, a cura di Corra - Martucci - Putignano, Milano 1998, 133.

450 JOHN PRATT, *Penal Populism*, Poutledge, New York, 2007, S. ANASTASIA - M. ANSELMINI - D. FALCINELLI, *Populismo penale*, Padova 2015; DENIS SALAS, *Populismo penale*, in *Questione Giustizia* 2006, GIOVANNI FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia* 2003, 101; MASSIMO DONINI, *Scienza penale e potere politico*, in *Rivista Italiana Diritto e Procedura Penale* 2015, 95ss.; GAETANO INSOLERA, *L'evoluzione della politica criminale tra garantismo ed emergenze. Dagli anni '60 all'emergenza mafiosa*, in *Rivista Italiana Diritto e Procedura Penale* 2014, 1165; CORNELIUS PRITTWITZ, *Populismo e opportunismo nella politica criminale. Il ruolo della legislazione e quello della magistratura costituzionale nel caso della "custodia di sicurezza"*, in AA.VV., *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*, a cura di Giovanni Cocco, Padova 2005, 81ss.

Che sia inteso quale ideologia, discorso o strategia, il cuore centrale del populismo si innesta su una polarizzazione conflittuale tra un noi/comunità e un loro/élite al potere, che seppur volta a riaffermare un senso di appartenenza, resta, tuttavia, contenutisticamente sterile: il risultato è un appiattimento del dibattito pubblico su un mero simulacro democratico, che si accontenta di recepire acriticamente un volatile sentire comune, privo di approfondimento e spessore critico.

A tale quadro il populismo specificamente penale aggiunge ulteriori connotazioni: partendo dal medesimo sentimento di angoscia sociale, la stessa strumentalità del discorso belligerante tipico del populismo viene qui declinato nei termini di una polarizzazione tra un noi/comunità e un loro/criminali che riproduce la logica del diritto penale del nemico<sup>451</sup>. Tali elementi convergono nella «*falsificazione della realtà giudiziaria e criminale come scelta strategica per la creazione di consenso*»<sup>452</sup>.

Tuttavia la spettacolarizzazione del crimine, il ricorso a giudizi stereotipati e l'etichettamento penale istituzionalizzato quale onta a vita del delinquente non si limitano a produrre effetti in termini di aggregazione di consensi – sempre che questo effetto di consegua effettivamente – e manipolazione «dell'opinione pubblica», ma sono in grado di condurre ad una strutturale distorsione populista del sistema penale: se la comunicazione è lo strumento attraverso il quale si costruiscono gli universi simbolici di interazione, un costante ricorso ad un discorso belligerante in materia penale darà consistenza reale a quel conflitto per tutti i soggetti coinvolti nella comunicazione – dunque anche per coloro che attraverso il populismo penale vengano etichettati come «criminali»<sup>453</sup>.

Questa analisi della tendenza politica, nel cui contesto si muovono i governi occidentali e quei movimenti nati sull'onda dell'antipolitica, appare particolarmente pertinente per la descrizione delle dinamiche del potere. Tuttavia, concentrando la sua attenzione sulla descrizione di questo particolare aspetto rappresentato dalla strumentalizzazione delle angosce sociali da parte del potere politico a fini propagandistici, all'interno dell'etichetta di «politica criminale populista» si fatica ad individuare un preciso schema di strutturazione della norma penale come derivato

---

451 C. E. PALIERO, *La maschera e il volto*, cit., 500ss.

452 Vd M. ANSELMINI, *Populismo e Populismi*, in *Populismo penale*, cit., pag. 16.

453 Consiste nell'effetto di etichettamento, su cui si rimanda a *Infra*, Capitolo V. *La funzione promozionale del diritto penale*.

specifico di questo tipo di politica. La descrizione del fenomeno politico, così, non è da sola idonea a mostrare e a descrivere anche i caratteri intrinseci, i fondamenti, principi e categorie del diritto penale che pure si alimentano del populismo: a tale questione risponde il paradigma del soggettivismo punitivo.

Prima di poter verificare la pertinenza della categoria suddetta come fondamento innanzitutto filosofico della tendenza di politica criminale che si riflette nei caratteri e strutture della normazione penale populista è però necessario osservare cosa si intenda effettivamente per consenso e per opinione pubblica.

Esiste infatti un pericolo ancora più insidioso per la democrazia che consegue al populismo e all'uso propagandistico dei *mass media*. Va tenuto presente a tal fine, che, innanzitutto, la realtà degli universi simbolici riprodotti anche attraverso la comunicazione massmediatica non corrisponde alla realtà dei dati statistici, né a quella dei sistemi di coscienza e purtuttavia è ciò che regola i rapporti di interazione e riconoscimento sociale; in secondo luogo, che il discorso belligerante del populismo non appartiene solo alla sfera del diritto penale, ma procede alla sublimazione di tutte quelle istanze emotive tipiche di un popolo sotto l'assedio di un futuro incerto e minaccioso. Questo discorso belligerante, dunque, non soltanto si riproduce in termini di discriminazione del criminale quale soggetto predestinato ad una carriera delinquenziale, ma anche nei rapporti tra coloro che in quella comunità conservano ancora il diritto di parola.

Il discorso antielitario di matrice dichiaratamente populista che sfrutta il sentimento di disagio sociale della comunità ha, così, il suo rovescio nella strisciante tendenza alla squalificazione del popolo nella partecipazione alla cosa pubblica. Una massa ignorante ed emotiva, irrazionale e pericolosa è avvertita nella sua incapacità di gestire la libertà e il potere che ad essa sussegue, legittimando la riemersione di un modello ottocentesco di Stato, alla cui gestione deve essere preposta la classe egemonica ammantata di aristocraticismo *new age*: un governo di tecnocrati e menti elette<sup>454</sup> come unici intermediari in terra del giusto, del buono e del vero. Ovviamente il giusto buono e vero per il potere egemonico che rappresentano.

---

454 In tal proposito JÜNGEN HABERMAS, *Nella spirale tecnocratica. Un'arringa per la solidarietà europea*, traduzione di L. Ceppa, (titolo originale *Im Sog der Technokratie. Kleine Politische Schriften XII*, Frankfurt am Main, 2012), Roma-Bari 2014, 11.

Il supponente disprezzo verso una opinione pubblica volatile e capricciosa, fanciullesca e irrazionale, lascia emergere dal fondo un discorso degno dell'esistenzialismo aristocratico, conservatore e irrazionalista ottocentesco, col suo ritrarsi verso forme autoritarie di gestione del potere dinanzi all'incapacità delle classi popolari di gestire degnamente la sovranità graziosamente concessa<sup>455</sup>. Alla perdita dell'autorevolezza dei valori condivisi in un progetto sociale a causa dell'impetuosa minaccia del futuro che incombe sulla società, si sostituiscono la coercizione dell'autoritarismo per i devianti e la seduzione massmediatica per tutti gli altri.

Date tali premesse, ciò che sfugge all'analisi della preannunciata disfatta della democrazia popolare è forse da rinvenire nella distorsione stessa dei concetti di «consenso» e «opinione pubblica» e dei meccanismi che governano la loro formazione. Questi concetti, di fatto, dovrebbero rimandare a una definizione ben distinta dall'immagine che di essi presenta l'osservazione sociale operata dai *mass media*. Se si accetta di costruire su questa immagine, che è prodotto specifico del sistema massmediatico, il significato di consenso e di opinione pubblica, evidentemente si è perso il senso della funzione sia dei *mass media*, sia delle relazioni sociali. E ciò per serie, concrete e in fondo banali questioni che governano la comunicazione massmediatica.

Quest'ultima, come evidenziato, si caratterizza per una strutturale coazione alla novità, per la riproduzione di irrequietezza, emergenzialità ed emotività. Inoltre, essa è strutturalmente unidirezionale, non prevede l'esistenza di un interlocutore attivo, ma esclusivamente di un consumatore passivo delle notizie, in quale dunque è per definizione escluso dalla comunicazione<sup>456</sup>. Quello massmediatico si dimostra così certamente un sistema di comunicazione, ma in un sistema operativamente chiuso, che dialoga solo con se stesso e che dunque non è in grado di interagire con le effettive opinioni dei suoi destinatari.

---

455 In tal senso, WALTER LIPPMANN, *Public Opinion*, New York 1922. Lippmann afferma che l'uomo massa funziona come un «gregge disorientato» che deve essere governato da «una classe specializzata i cui interessi vanno oltre la località». Le élite di intellettuali ed esperti dovrebbe dunque porsi come un apparato di conoscenza tale da aggirare il difetto primario della democrazia, l'ideale impossibile del «cittadino onnicompetente».

456 N. LUHMANN, *La realtà dei mass media*, cit., 16.

Ciò premesso, se la definizione che si accoglie di opinione pubblica si identifica con quella offerta da Lippmann, non si può in effetti che concludere per l'incompetenza della massa nella gestione della cosa pubblica: l'opinione pubblica, per l'autore, corrisponderebbe alla mera somma delle emozioni individuali, quelle conseguenziali all'esposizione massmediatica. Tutta la tradizione liberale che aveva affermato con forza il ruolo di controllo sull'operato dello Stato della società<sup>457</sup> sembra così ribaltarsi: l'opinione pubblica, lungi dal garantire il controllo di legittimità esterna al diritto quale espressione dell'esercizio del potere<sup>458</sup>, diventerebbe essa stessa oggetto di controllo e manipolazione da parte del potere, per il tramite dei mezzi di comunicazione di massa ideologicamente eterodiretti dalle classi egemoniche<sup>459</sup>. In ragione di ciò, si è sostenuto che al posto dell'opinione «pubblica», quale strumento di controllo e limite esterno del potere esercitato in nome del popolo, si sarebbe attualmente sostituita l'opinione «del pubblico»<sup>460</sup>, un giustapporsi di spinte emotive eterodirette attraverso la manipolazione mediatica. Ciò varrebbe in particolare per lo strumento televisivo, che secondo gli studi sociologici condotti in tal senso, si dimostrerebbe il mezzo più capace di annullare il pensiero critico, rivolgendosi e risvegliando direttamente la sfera emotiva del telespettatore<sup>461</sup>. Ciò detto, non ci si può seriamente aspettare che un mezzo che si è dimostrato idoneo ad annullare la volontà dei suoi destinatari sia preposto alla funzione di costruire il consenso o dissenso sociale sulle politiche pubbliche. Il consenso, infatti, per essere tale necessita di una struttura dialogica, che è per definizione assente nella comunicazione massmediatica, e di una volontà che necessita dei tempi lenti e pacati del pensiero critico: un tempo, questo, escluso dall'accelerazione della riproduzione di notizie da parte della comunicazione massmediatica, che proprio per questo è necessariamente emotiva.

Se ciò vale per tutta la comunicazione massmediatica, quando ha ad oggetto il crimine, essa sembra puntare precisamente ad una particolare passione umana:

---

457 Tra i primi John Locke, e poi Kant e gran parte della tradizione Illuminista e giusnaturalista. Ma anche, come già fatto notare altrove, Kelsen, che associa al formalismo del diritto il controllo della coscienza sui contenuti.

458 Parla di legittimazione esterna LUIGI FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 197ss.

459 N. CHOMSKY – E. S. HERMAN, *La fabbrica del consenso*, cit., 47ss.

460 BERNARD MANIN, *Principi del governo rappresentativo*, traduzione di V. Ottonelli (titolo originale *The Principles of Representative Government*, Cambridge 1997) Bologna 2010.

461 Sugli effetti della comunicazione televisiva, si veda GIOVANNI SARTORI, *Homo videns. Televisione e post-pensiero*, Roma-Bari 1997 (prima edizione), su cui si ritornerà oltre.

l'emozione che essa risveglia è la più viscerale, istintiva e brutale, è quel senso di paura che affonda le sue radici nel più basilare istinto di sopravvivenza. Che il discorso sul crimine si costruisca come discorso di paura, come «costruzione sociale della paura»<sup>462</sup>, non può che avere esiti nefasti sulla razionalità del sistema punitivo, nonché sulla qualità tecnica degli estemporanei interventi punitivi che nella legislazione si propongono compulsivamente in risposta ad esso<sup>463</sup>.

Sembra allora piuttosto contraddittorio affermare che quella emergente dalla comunicazione massmediatica sia effettivamente l'opinione del popolo sulle faccende riguardanti l'intervento punitivo e la giustizia penale, così come altrettanto contraddittorio sembra sostenere che attraverso i mezzi di comunicazione e la loro manipolazione si costruisca un consenso sociale su tali forme di intervento<sup>464</sup>. Il consenso, in quanto espressione della soggettività, necessita della consapevolezza non solo emotiva ma anche razionale, che non può strutturalmente riprodursi attraverso i mezzi di comunicazione di massa, poiché essi sono strutturalmente volti alla riproduzione dell'irritazione, dell'irrequietezza, si rivolgono all'emotività persuadendo e seducendo, e impediscono qualsiasi forma di interazione dialogica, essendo unidirezionali. Difficile dunque prospettare attraverso di essi la generazione di quella razionalità comunicativa che sottende al riconoscimento di una nuova forma di soggettività, in una sociale, perché costruita con l'altro, e razionale, perché cognitivamente diretta<sup>465</sup>.

Ciò, come si è inteso evidenziare, non solo e non tanto per il condizionamento ideologico o l'assenza di una deontologia del lavoro giornalistico, quanto proprio per la struttura stessa dei *mass media*. Nonostante si imponga la necessità di un codice deontologico e di una legge di regolamentazione che garantisca il pluralismo ed il

---

462 D. L. ALTHEIDE, *I mass media, il crimine e il discorso di paura*, cit., 288.

463 Riprendiamo qui AA.VV., *La legislazione penale compulsiva*, a cura di GAETANO INSOLERA, Padova 2006.

464 ENZO MUSCO, *Funzioni e limiti del sistema penale*, in *Studium iuris* 1997, 115ss; ID., *Consenso e legislazione penale*, in *Rivista Italiana Diritto e Procedura Penale*, 1993, 86ss.; CARLO ENRICO PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale: profili politico-criminali*, in *Rivista Italiana Diritto e Procedura Penale*, 1990, 537; ID., *Consenso sociale e diritto penale*, in *Rivista Italiana Diritto e Procedura Penale*, 1992, 890ss.; ELIGIO RESTA, *Paradossi del consenso*, in AA.VV., *Verso un nuovo codice penale*, Milano 1993, 133ss.; MARIO ROMANO, *Legislazione penale e consenso sociale*, in *Jus* 1985.

465 JÜRGEN HABERMAS, *Teoria dell'agire comunicativo*, cit., 53ss.

libero accesso alla produzione delle notizie e non soltanto al loro consumo<sup>466</sup>, tuttavia non sembra raccomandabile attribuire ai *mass media* una funzione di educazione e formazione della cittadinanza<sup>467</sup>. In fondo, l'educazione è proprio il significato intrinseco della propaganda e gli Stati che limitano la produzione massmediatica a scopi puramente educativi rispetto ad un complesso valoriale sono e sono stati proprio quelli di matrice autoritaria.

In conclusione si può, dunque, constatare che i mezzi di comunicazione di massa non sono realmente volti all'aggregazione dei consensi, né alla formazione dell'opinione pubblica, bensì, piuttosto, alla disgregazione sociale. Infatti, da un lato, i *mass media* sembrano rivolgersi all'emotività, annullando la capacità razionale del pensiero critico e con esso l'emersione di una volontà idonea a costituire una opinione; dall'altro, il tipo di emozione che essi suscitano in materia penale, ossia la paura, conosce soltanto due possibili risposte, entrambe irrazionali: la fuga e la lotta. Non sorprende, dunque, che la società contemporanea, bombardata dai discorsi di terrore, finisca per cercare rifugio nell'intrattenimento, nella virtualità e nella futilità come mezzo di evasione da una realtà insostenibile, e dall'altro riproduca una dinamica belligerante in tutte le sue interazioni, soccombendo ad un senso di sfiducia e insicurezza non soltanto verso le istituzioni, la politica, il nuovo e il diverso, ma anche nelle relazioni basilari dei contatti quotidiani: una diffidenza che acuisce la disgregazione sociale e non certo la costruzione di vincoli e legami collettivi. Verso quel soggetto, che già di per sé sembra minaccioso con la sua diversità, quello che era definito «estraneo», sia esso l'emarginato, l'immigrato, il terrorista o il nazista, questo istinto conosce soltanto la risposta dell'annientamento.

Tali osservazioni sono particolarmente illuminanti in merito alla funzione della pena. Si afferma, infatti, che attraverso i mezzi di comunicazione di massa, che spettacolarizzano il processo e puntano l'occhio del pubblico sui fatti criminosi più violenti, si produrrebbe un effetto di prevenzione generale positiva, ossia esattamente di aggregazione di consensi intorno alla norma violata, la cui validità verrebbe così

---

466 Una legge e un codice che rappresentino la misura che distingue diritto e il puro rapporto di forza della mano invisibile: un mano che nel «libero» mercato permette «liberamente» di tappare la bocca ai personaggi scomodi e alle realtà deboli o minoritarie.

467 Questo sembra invece il suggerimento che proviene da parte della dottrina. Si veda in particolare, M. BERTOLINO, *Privato e pubblico nella rappresentazione mediatica del reato*, cit., 240.

riconfermata<sup>468</sup>. Tuttavia, questa funzione comunicativa della pena, riedita come prevenzione integrativa generale da parte di Jakobs, in realtà poco si concilia con la struttura e gli effetti della comunicazione massmediatica. Quelli che si coagulano intorno alla condanna, all'introduzione di una nuova fattispecie penale, ad un fatto criminale, sono gli istinti di vendetta, di risentimento e angoscia, che rompono i legami sociali, aizzano il conflitto, moltiplicano l'insicurezza e che dunque non sono per definizione in grado di stabilizzare alcun tipo di consenso.

Se dunque si vogliono ricostruire tali vincoli sociali, stabilizzare le aspettative comportamentali intorno alla norma, favorire l'aggregazione dei consensi, non vale la pena rivolgersi con fare accusatorio ai mezzi di comunicazione o invocarne il richiamo deontologico<sup>469</sup>. Invece, è necessario ripartire dai luoghi di dialogo partecipato, quelli che rispettano i tempi del pensiero, affinché essi svolgano quel ruolo di controllo esterno di legittimazione sull'esercizio del potere e, finché possibile, permettano l'esercizio diretto della gestione del bene comune.

Forse e solo in parte in questo nuovo ruolo si colloca la comunicazione a mezzo internet, che rispetto alle altre forme di comunicazione massmediatica permette di interagire, ma anche di aggiornarsi e selezionare le notizie, approfondirle e verificarne la validità. Esso, richiedendo un intervento attivo e orizzontale, può costituire una risorsa fondamentale per l'evoluzione verso forme più attente di ricezione delle notizie. Tuttavia, l'accelerazione dei tempi di «invecchiamento» di una notizia e la frapposizione di uno schermo tra i comunicanti, svisisce il vantaggio rappresentato dall'orizzontalità, non riuscendosi a rispettare neppure in questo caso i tempi del ragionamento critico. Una possibilità resta invece viva, laddove la comunicazione virtuale sia usata per il ritorno all'azione e interazione nel mondo reale.

### ***5. Criminologia mediatica e legislazione mediatica***

Mettendo insieme gli elementi analizzati fino ad ora, siamo in grado di comprendere la dinamica che sottende ad un certo tipo di politica criminale odierna, fortemente

---

468 In tal senso M. BERTOLINO, *Privato e pubblico nella rappresentazione mediatica del reato*, cit., 237; ALESSANDRA DINO, *I media e i nemici della democrazia*, in *Questione Giustizia* 2006, la quale evidenzia l'uso strumentale della paura come collante sociale.

469 M. BERTOLINO, *Privato e pubblico nella rappresentazione mediatica del reato*, cit., 240.

condizionata dalla rappresentazione mediatica del crimine. In dottrina, questo tipo di tendenza è stata definita quale criminologia mediatica<sup>470</sup>.

Partendo dall'analisi della struttura dei *mass media*, si è evidenziato che tali sistemi si caratterizzano, innanzitutto, per essere di carattere selettivo: non sarebbe tecnicamente possibile trasmettere tutte le notizie che si producono ogni giorno. Dunque la questione centrale che si è posta è la definizione dei criteri di selettività, con cui operano i *mass media*. Alcuni di questi criteri sono strutturalmente determinati, altri invece hanno una matrice puramente ideologica. Per quanto concerne i primi, essi dipendono funzionamento stesso dei *mass media*, quali strumenti tecnici di diffusione massiva.

In particolare rilevano due criteri: il primo consiste nel sensazionalismo delle notizie selezionate. Il sensazionalismo, la coazione alla novità, rappresenta un condizionante strutturale, in quanto i *mass media* per garantire una sufficiente diffusione devono rappresentare quegli eventi o informazioni che non possono essere facilmente oggetto di esperienza diretta da parte dei destinatari. Nel caso contrario, ossia nel caso in cui i *mass media* si concentrassero su fatti ordinari, essi perderebbero il loro carattere informativo e dunque la capacità di diffusione massiva.

Il secondo criterio evidenziato è l'unidirezionalità della «comunicazione» massmediatica: in ragione del tipo di tecnica utilizzato, i *mass media* interrompono l'interazione tra emittente e destinatario della notizia. Ciò comporta che quest'ultimo svolgerà un ruolo esclusivamente passivo di ricezione, senza possibilità di esprimere un parere, dissentire o correggere il messaggio o elaborare discorsivamente la notizia.

Questi elementi strutturali, il sensazionalismo e l'unidirezionalità, rendono la comunicazione mediatica di tipo prettamente emozionale, sia nella produzione della notizia, in modo che catturi più facilmente l'attenzione del pubblico, sia nella sedimentazione presso il destinatario, il quale limitandosi a recettore silente, si assesta su un ruolo passivo privo di rielaborazione concettuale delle notizie.

---

470 EUGENIO RAUL ZAFFARONI, *En torno a la cuestión penal*, Montevideo-Buenos Aires 2005, 179ss.; KLAUS MARXEN, *Strafrecht im Medienzeitalter*, in *JuristenZeitung* 55. Jahrg., Nr. 6 2000, 294-299.

A questi elementi di carattere strutturale se ne aggiungono altri di matrice ideologica. La comunicazione massmediatica è infatti particolarmente onerosa e spesso opera in perdita. Ciò comporta che la sua produzione finisca necessariamente per concentrarsi nelle mani di chi può disporre di grandi somme di denaro, con la «naturale» formazione di oligopoli privati, in sistemi economici di libero mercato, e di monopoli pubblici, nei sistemi statali di programmazione economica. Nei sistemi socialdemocratici, invece, si richiede, come sempre per questo modello ibrido di struttura sociale e politica, un complesso bilanciamento tra finanziamenti pubblici, controllo sulle regole di accesso alla produzione di informazione e rispetto del pluralismo. Un equilibrio, questo, che difficilmente è stato raggiunto.

Ne consegue che nella quasi totalità dei casi i mezzi di comunicazione di massa finiscano per riprodurre il complesso valoriale e gli interessi specifici di una sola parte della popolazione, che corrisponde alla classe economicamente egemonica: tale egemonia è divenuta evidente, attualmente, nel progressivo affermarsi del pensiero unico neoliberista, che si è simbolicamente imposto come realtà inoppugnabile e innegabile nella descrizione dell'economia, della politica e di tutto il mondo post-moderno.

Nella rappresentazione mediatica del crimine questi elementi si fondono con una caratteristica intrinseca della materia penale. Quest'ultima si caratterizza per essere storicamente legata ai più bassi istinti sociali, quelli che si nutrono del sentimento di vendetta, di rivalsa, di paura. La storia del diritto penale è stata non a caso descritta come la storia della gestione della e dell'emancipazione dalla vendetta<sup>471</sup>.

Questo particolare punto di alleanza tra la materia penale, atavicamente legata all'emotività vendicativa, e i mezzi di comunicazione, strutturalmente sempre alla ricerca della visceralità sensazionalista, fa sì che i temi legati al crimine e al sistema penale siano sempre in prima linea tra le notizie quotidiane. Ciò si traduce innanzitutto nella sovrarappresentazione del crimine rispetto ai dati statistici: la ricerca da parte dei *mass media* dell'eccezionalità e della stravaganza è proprio all'origine di questa distorsione. Se, infatti, essi si limitassero a riprodurre ciò che è già direttamente esperibile non assumerebbero alcun effetto informativo: proprio perché il crimine non è una realtà quotidiana, ma allo stesso tempo è tale da

471 JOSÉ LUÍS GUZMÁN D'ALBORA, *Elementi di filosofia giuridico-penale*, cit., 90.

ingenerare una facile risposta emotiva, esso sarà sempre in prima linea nella comunicazione massmediatica. Per la stessa ragione, ossia la ricerca strutturale dell'eccezionalità e della stravaganza, che garantiscono il successo dell'immissione della notizia nella comunicazione massmediatica, all'interno della categoria dei possibili crimini, non tutti ricevono la medesima attenzione: saranno proprio quelli più cruenti, statisticamente marginali e fuori dagli schemi a ricevere maggiore spazio. Dunque la selezione opera non soltanto sovrarappresentando in generale il tema criminale rispetto ad altri settori, ma anche all'interno di questo, favorendo le notizie su crimini di natura violenza, maggiormente suscettibili di ingenerare una risposta emotiva.

Al fine di mantenere l'eccezionalità del sensazionalismo, anche le modalità di presentazione della notizia ne risultano condizionate: si è dimostrato che quanti più dettagli si forniscono sulla storia personale dell'autore, minore sarà l'effetto di sensazionalismo della notizia. Per questo motivo, la presentazione dei fatti violenti presentati si mantiene su livelli acuti di disumanizzazione dell'autore, in modo tale da garantire quella polarizzazione belligerante idonea a suscitare le più forti risposte emotive di vendetta e paura. Ne risulta una immagine completamente stereotipata del criminale, che è presentato quale maschera del male, un mostro con sembianze umane e animo brutale. Tutta la vita del criminale deve ridursi a quell'unico atto di efferata violenza, affinché si mantenga chiara la straordinarietà della sua malvagità, non si indaghi sulle cause e i motivi della sua azione, che potrebbe portare al temibile riconoscimento di sé stessi nell'altro o alla responsabilizzazione sociale per le strutture che la governano. Pertanto, il criminale deve diventare sacro, intoccabile, altro rispetto all'umano, bestia subumana o demone ultraumano.

Da tale tipo di rappresentazione derivano due conseguenze naturali e molte contraddizioni. Le conseguenze distorsive rispetto ai dati statistici si identificano innanzitutto nella percezione di una realtà criminale molto più estesa di quanto non sia rilevabile: la percezione del rischio di vittimizzazione primaria è molto superiore alle statistiche. In secondo luogo, siccome le notizie sul crimine sono prevalentemente orientate a fatti di eccezionale gravità, si produce l'impressione che la materia penale si riduca tutta a simili fatti. Ciò comporta innanzitutto una associazione simbolica tra materia penale e fatti di eccezionale gravità e violenza,

che lascia intendere che, quando si parla di diritto penale in generale, di riforme, leggi, processo ed esecuzione della pena, si stia in realtà facendo riferimento al trattamento di questo tipo di episodi, che invece sono statisticamente improbabili. Allo stesso modo, quando si tratta di delinquenti, rei, condannati, detenuti, l'immagine che si produce nel destinatario rimanda agli autori di quei fatti sovrarappresentati: tutta la delinquenza sarà allora associata alla mostruosità della bestia in corpo umano.

La prima contraddizione è evidentemente la generalizzazione della eccezionalità. Nonostante il singolo autore sia disumanizzato nella sua eccezionale mostruosità, lo si usa come modello di comportamento sia per stereotipare tutti i soggetti che presentano caratteri sociali simili sia l'intera classe dei delinquenti. In secondo luogo, la costante riproduzione di notizie riguardanti il crimine, da un lato diffonde un senso di sfiducia verso il sistema penale, cui si rimprovera di non provvedere ad una adeguata difesa sociale, ma dall'altro, paradossalmente, reclama l'incremento del medesimo strumento, già dimostratosi infruttuoso, per combattere il fenomeno.

La somma delle emotività individuali, che passano contraddittoriamente sotto il nome di opinione pubblica e consenso sociale, si traduce in un grido di aiuto verso una autorità che possa garantire una risposta forte contro la paura del crimine. Ciò non accade sempre e con la medesima frequenza. Il sistema di resistenza della coscienza alle interazioni emotive provenienti dai *mass media* dipende strettamente dalla condizione sociale dei destinatari. Si è dimostrato che non tutti i soggetti credono e rispondono allo stesso modo all'esposizione massmediatica. Lo si è fatto in riferimento a grado di istruzione e classe sociale, concludendo che minore è il grado di istruzione e inferiore la classe sociale, maggiore è il livello di condizionamento mediatico<sup>472</sup>.

---

472 Va sottolineato tuttavia che anche le statistiche sono soggette a condizionamenti ideologici: sembrerebbe, per i criteri utilizzati, che le classi popolari siano incapaci di mantenere attiva una risposta razionale dinanzi alla manipolazione massmediatica, mentre quelle colte e benestanti siano meno inclini a tali degenerazioni intuizionistiche. Nonostante l'esercizio al pensiero critico che proviene dagli studi effettivamente si possa supporre che faciliti la resistenza agli effetti emotivi, ciò che emerge dalla ricerca sembra una sorta di dimostrazione lombrosiana della meritocrazia e della superiorità morale aristocratica. Per non essere tacciati di apologismo, sarebbe, dunque, opportuno ricalibrare la ricerca, verificando se non sia l'effettiva situazione di disagio sociale, al di là del livello di istruzione e classe, a condizionare la suscettibilità alla comunicazione belligerante massmediatica.

Nei periodi di maggiore destabilizzazione sociale, a causa di crisi di matrice economica, istituzionale o geopolitica, il livello di allerta istintiva nella società dinanzi al pericolo cresce sensibilmente: ne consegue una maggiore predisposizione alla sospensione dei filtri di razionalità dinanzi all'influsso massmediatico. È in questi periodi storici che sorgono i populismi, con i loro discorsi demagogici infarciti di retorica guerrafondaia verso fantomatici nemici interni ed esterni. Nel populismo penale, il potere politico strumentalizza la legge penale per mandare un «messaggio» forte di rassicurazione alla popolazione atterrita e delirante. Peccato che così si confonda la legge con un SMS. Si deve essere convinti di un enorme efficacia performativa della legge penale, se si crede che con la sola introduzione di una nuova fattispecie, la cancellazione di un diritto ed il ripudio di un principio costituzionale si sia in grado con un colpo di penna di cancellare il crimine dalla società. Sembra aver colto nel segno chi ha parlato, a tal proposito, di causalità magica<sup>473</sup>.

Fin qui la trattazione si è mossa nel noto. Tuttavia è necessario a questo punto verificare quali siano i caratteri di questa legislazione emergenziale, elefantica, compulsiva, populista e così via e se essa dunque si colloca nel paradigma del soggettivismo punitivo, filosoficamente fondato sulla reificazione dell'uomo.

Quando il legislatore interviene in materia penale per placare l'emotività pubblica canalizzata ad arte contro una specifica categoria di soggetti, lo fa accogliendo quella prospettiva belligerante tipica della polarizzazione e semplificazione massmediatica, la quale non approfondisce, per scelta (ideologica) o necessità (tecnica) sulle cause dei fenomeni da cui attinge le notizie sul crimine. Ne deriva che la legislazione mediatica è innanzitutto una legislazione belligerante<sup>474</sup>: essa prende decisamente partito, con i contorni netti dello scontro. Se si definisce il diritto come strumento di composizione dei conflitti, di terzietà rispetto ad essi, di violenza legittima che taglia la mimesi simmetrica dello scontro, abbiamo chiara la strumentalizzazione della legge penale mediatica. Essa, come parte dello scontro, non è più in grado di interrompere, attraverso la misura, la violenza simmetrica dei conflitti: essa diventa

---

473 EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *Criminología Mediática*, in *La cuestión criminal, Suplemento especial de Página 12*, 2011, n. 16.

474 MASSIMO DONINI, *Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*, in AA.VV., *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, a cura di R.E. KOSTORIS E R. ORLANDI, Giappichelli, 2006, 19-73, nonché negli Atti del Convegno di Trento 10-11 marzo 2006, su *Delitto politico e diritto penale del nemico*, cit., 131-178.

pura manifestazione di quella violenza senza misura che mira all'annientamento<sup>475</sup>. In termini di funzione della pena, ciò si traduce nel paradigma neutralizzante, rivolto ad un autore che non ha volto umano, dietro a filtro rappresentato dal crimine commesso.

Costruendosi in base all'immagine stereotipata del personaggio televisivo tutto negativo presentato come pericoloso criminale, la disposizione prenderà a modello quella per la formulazione della fattispecie. Quest'immagine trasformata in legge sconta però un irrimediabile contraddizione per la natura stessa del diritto. Quest'ultimo, insieme alla morale, è un sistema puramente normativo: esso sulla concretezza delle relazioni sociali costruisce un sistema di idee astratte, definite valori. Esso permette di dare vigenza a quell'universo simbolico di valori costruito ai fini dell'interazione sociale, intervenendo con strumenti coattivi, laddove venga violato.

La comunicazione per immagini e per slogan di quel mezzo onnipresente in Italia, rappresentato dalla televisione, oltre all'effetto di ridurre la capacità di pensiero critico, non attivando strutturalmente, perché unidirezionale, la dimensione dialogica richiesta dalla elaborazione razionale, riduce ulteriormente le competenze cognitive dello spettatore, attraverso l'uso esclusivo del pensiero concreto, legato all'immagine di oggetti della realtà. Tutto ciò che appartiene invece al piano della normatività è composto da idee astratte e richiede il pensiero astratto, quello che ricorre ad oggetti puramente mentali, che non hanno referenti fattuali. Non esiste un'immagine per la giustizia, la norma, la legalità, l'offesa, così come non esiste per l'amore, la rabbia, il dolore, la gioia<sup>476</sup>. Tutto ciò non può essere riprodotto per immagini, poiché è un puro prodotto, il più tipico, della creazione dell'uomo.

Il potere di creazione dell'uomo trova nel linguaggio e nella comunicazione il suo mezzo e luogo più potente. La capacità di creare oggetti inesistenti nella loro oggettività e presenti solo nella mente umana e allo stesso tempo di trasmetterli,

---

475 E. RESTA, *La certezza e la speranza*, cit. 18ss.

476 Al loro posto a volte si sostituiscono simboli, come una bilancia per la giustizia, o un cuore per l'amore. Ma essi non sono la giustizia e l'amore, stanno per qualcosa che non ha immagine e solo convenzionalmente le si attribuisce un significato. Se un uomo preistorico avesse disegnato un leone, oggi non avremo difficoltà a riconoscerlo, poiché del leone abbiamo un referente materiale. Invece le congetture sono infinite rispetto al significato della minuscola statuetta dell'uomo-leone di Holhenstein o dei cerchi disegnati sui giganteschi totem celtici.

costruendo un universo simbolico comune, è ciò che ha permesso all'uomo di modellare se stesso, autonomizzarsi dalla biologia e divenire il padrone della propria evoluzione<sup>477</sup>. Questo potere creativo riguarda sia la concettualizzazione degli oggetti materiali, sia la produzione di oggetti soltanto mentali. Il complesso di questi oggetti, con o senza corrispondente fisico, sono le idee. Diviene dunque una severa amputazione delle capacità cognitive umane una comunicazione che non può permettersi di ricorrere al linguaggio creativo delle idee e che deve limitarsi alla mera fattualità<sup>478</sup>.

Quando questa fattualità diviene il referente della legislazione penale, un sistema che di per sé è normativo, e che dunque si costituisce di idee astratte, la conseguenza è la eliminazione di tutte quelle categorie, principi e valori che reggono il sistema penale, dalla legalità all'offensività alla condotta al bene giuridico. L'oggetto che viene descritto nella disposizione è il solo che può essere trasmesso sullo schermo: è quell'anima bestiale in un corpo umano, la persona dell'autore. La legislazione mediatica è dunque fortemente stereotipata, mutuando la descrizione dell'autore del crimine da quella trasmessa dal sensazionalismo massmediatico, ma quando si presenta per immagini, concentra la sua carica disvaloriale sull'autore stesso, il personaggio visibile in un reato in sé invisibile. Quando dunque il Legislatore si appresta ad introdurre una disposizione sulla spinta mediatica, normalmente non mira a descrivere una condotta perché offensiva di un bene giuridico, bensì una classe di autori, in base allo stereotipo costruito intorno ad un determinato autore<sup>479</sup>.

### ***6. La reificazione dell'uomo massmediatico e il soggettivismo punitivo***

Si palesano a questo punto tutti gli elementi idonei per poter affermare che la comunicazione massmediatica in generale e il suo riflesso in materia penale siano rispettivamente proiettate verso inquietanti forme di reificazione dell'uomo e di soggettivismo punitivo. Questi due elementi si dimostrano sempre vincolati, manifestandosi quest'ultimo nella legislazione penale sempre che la concezione

477 Y. N. HARARI, *Da animali a Dèi*, cit., 701.

478 G. SARTORI, *Homo videns*, cit. 3ss.

479 Per tale ragione è così difficile addivenire ad una definizione di terrorismo: ciò che realmente si intende perseguire infatti è quell'intera parte della popolazione che potenzialmente potrebbe trasformarsi in terrorista, avendo caratteri sociali simili a coloro che in effetti hanno commesso simili fatti. Si profila così il terrorista, ma non il terrorismo. Vd. Sulla definizione di terrorismo, MANUEL CANCIO MELIÁ, *Terrorism and criminal law: the dream of prevention, the nightmare of the rule of law*, in *New Criminal law Review*, 14.2011, 108ss.

dell'uomo, quale autodescrizione filosofica, viri pericolosamente verso la negazione dell'autodeterminazione della coscienza, in una razionale e relazionale, dell'individuo. Anche in questo caso, infatti, si riscontra una reificazione che riguarda l'intero corpo sociale e che non si limita al trattamento discriminatorio di quella parte scomoda della comunità che risulta sempre emarginata, deviante e non integrata. La sorte discriminatoria che predilige queste classi sociali sembra piuttosto una conseguenza della deriva generalizzata che colpisce l'idea stessa di uomo.

Quando si squalifica il soggettivismo punitivo come manifestazione di autoritarismo, quando si lotta per l'affermazione dei valori alternativi del garantismo, pertanto, non si ha l'obiettivo esclusivo di levarsi a protezione di soggetti che commettono fatti di reato: il garantismo non è semplicemente la «Magna Charta del delinquente». Esso è espressione complessa di uno Stato sociale di diritto, che riconosce l'uomo, nella sua duplice natura di individuo e persona, quale coscienza interagente. Una coscienza questa che non necessita della coazione statale per trovare sé stessa, per stabilire il confine tra il buono, il giusto e il socialmente approvato, ma che responsabilizza società e singoli quali costruttori del destino comune e personale. Allo stesso tempo, esso non nega quella parte così umana dell'uomo che rappresenta la sua sfera emotiva, ma, prendendo coscienza della violenza che da essa può scaturire, vi appone un vincolo indisponibile, che è quello della norma fondamentale. In questo modo uno Stato sociale di diritto che accoglie e riconosce i principi del garantismo intende imbrigliare entro la misura del vincolo della legge quelle spinte irrazionalistiche, che da sempre accompagnano le condizioni di angoscia sociale, e ciò nella consapevolezza, pagata con la guerra e l'annientamento, del loro potere di annullare la parte più preziosa della biologia umana, la nostra coscienza, capace di levarsi al di là della mera fattualità quotidiana e creare valori di condivisione.

Questo processo di correlazione tra situazione di angoscia sociale, insicurezza collettiva e paura, da un lato, ed emersione dell'irrazionalismo reificante nella concezione dell'uomo, con il suo volto penale di soggettivismo punitivo, dall'altro, sembra riprodursi anche a livello della comunicazione massmediatica. Tra gli elementi che dimostrano la possibilità di collocare la criminologia mediatica e la conseguente legislazione mediatica alle categorie, rispettivamente, della reificazione e del soggettivismo punitivo, troviamo, innanzitutto, la costruzione della

comunicazione di massa quale discorso puramente emotivo. Questo richiamo all'istintualità, all'emotività, che deriva sia dal sensazionalismo, sia dall'unidirezionalità che nega nel destinatario la rielaborazione dialogica, ha la capacità di comprimere «l'opinione pubblica» e «il consenso sociale» in un mero miasma di impulsività emotive eterodirette ad arte. Piuttosto che di opinione e consenso, che richiedono necessariamente l'intervento di un pensiero dialogante per la rielaborazione concettuale – quella del pensiero astratto, che non ha referenti materiali – bisognerebbe qui parlare di «emotività» o «emozione pubblica». Per due fondamentali ragioni: innanzitutto, perché in questo modo oltre a palesare al potere politico quale referente sociale sta accogliendo nella legislazione penale, si stimola l'autocoscienza della società sui processi generati dalla comunicazione massmediatica. La dissimulazione che si opera attraverso l'utilizzo della terminologia che richiama l'opinione e il consenso ha infatti l'effetto di lusingare l'intelligenza del destinatario, che crede di decidere effettivamente sul contenuto delle norme e sugli orientamenti politici, quando invece è propria la sua intelligenza ad essere offesa, da un meccanismo che lo tratta come un fanciullo incapace di decidere per se stesso. Ciò si collega al secondo motivo, che consiste appunto nello smascherare l'intento ideologico che ci cela dietro la presunzione dell'incapacità del popolo di adottare decisioni razionali, frutto delle migliori profezie che si autoadempiono: si usa uno strumento di comunicazione sociale che stimola le risposte istintive e irrazionali, per poi dedurre da tali risposte l'incapacità immanente nel popolo di autodeterminarsi razionalmente, così legittimando surrettiziamente le decisioni autoritativamente adottate da una classe egemonica, aristocraticamente e magnanimamente preposta alla gestione del bene comune. Al popolo non resta che seduzione e coercizione.

Nell'ambito penale questo tipo di relazione tra emozione pubblica e reificazione sociale si acuisce maggiormente, essendo l'emozione che viene stimolata nella comunicazione massmediatica sul crimine quella maggiormente pervasiva e totalizzante: la paura.

Il discorso intorno al crimine, come visto, è infatti un discorso di paura, che raccoglie le angosce sociali e le canalizza verso un capro espiatorio sul quale scaricare le responsabilità delle insicurezze dell'uomo post-moderno. Quest'uomo, in balia delle

proprie angosce, si affida ad una entità indistinta e manipolatrice, quali i *mass media*, che si sostituiscono alla sua volontà, definendo al suo posto quale sia l'origine di quelle sue angosce, chi le provoca e come reagire dinanzi ad esse. L'uomo massmediatico risulta così completamente dissolto nel mezzo di comunicazione, è privo di coscienza propria e di una propria volontà, gli è impedito di parlare, non gli viene concesso il tempo di pensare, gli si restringe l'unico potere che ha per natura, ossia quello di creare idee, e lo si riduce al linguaggio delle cose, con cui infine egli si identifica. Egli è la cosa stessa, non ha identità, poiché privato di soggettività, e gli viene, così, semplice definirsi per ciò che ha, per i confini che gli oppongono le cose esterne, non avendo una misura interna di se stesso. Sedotto dall'immagine, si ritrova strumento di uno strumento su cui non ha più alcun controllo. In tale processo troviamo la reificazione dell'uomo: non solo del delinquente, ma di tutta la società.

Questo «gregge disorientato» aderisce senza critica all'individualismo e alla meritocrazia della legge del più forte e, incapace di difendersi dalle avversità della vita, indirizza il suo dolore verso quelle anime maligne che infestano il palcoscenico televisivo: così egli affronta il diverso invocando l'intervento dell'autorità a sua protezione. L'ideologia accolta dal pensiero unico egemonico di matrice neoliberale suggerisce, in positivo, che l'uomo sia onnipotente, che può tutto e tutto è a sua disposizione. Ma il risvolto negativo implicito in tale pensiero è che la povertà, la diversità, l'emarginazione siano dunque una colpa di chi le subisce e che pertanto tali classi si dimostrino naturalmente inidonee alla integrazione sociale, siano qualcosa di meno dell'uomo perbene, per natura, poiché inferiori, o per scelta, poiché demoniaci<sup>480</sup>. Nella società dell'individualismo ciascuno misura se stesso e gli altri in base al catalogo di utilità e inutilità pubblicizzato sullo schermo, cosicché ciascuno possa sentirsi completamente deresponsabilizzato e indifferente rispetto alla sorte che gli altri si sono autonomamente costruiti per sé stessi. Ciò che è peggio è che questa rottura del senso di responsabilità della solidarietà sociale si riproduce anche a livello dell'immagine che il singolo ha di sé e della sua vita: i suoi drammi, le sue tribolazioni, la perdita di un lavoro, il senso di insoddisfazione, non si vedranno come parte di un sistema che genera esso stesso tali conseguenze, ma come un fatto puramente individuale, dovuto all'evidente fallimento della propria esistenza.

---

480 È nuovamente la distinzione di Aristotele tra uomini-animali e uomini-dio, ARISTOTELE, *Politica*, a cura di Arturo Beccari, Torino, 1958, libro III.

Quando l'uomo massmediatico si sente minacciato dallo spettacolo del terrore confezionatogli da quello strumento cui ha ceduto la propria volontà, non conosce altra risposta che la segregazione e l'esclusione. L'emotività pubblica spinge per l'intervento dell'autorità che si suppone preposta e capace di garantirgli una sicurezza che i membri della società non hanno nemmeno rispetto ai confini della propria identità. Una sicurezza impossibile da realizzare e che estorce un passo alla volta la rinuncia di quei diritti che non s'addicono ad un mero insieme di utilità. Disabituato al pensiero critico l'uomo massmediatico si lascia indicare l'origine di tutti i suoi mali e accetta così di buon grado il messaggio di forza che proviene dall'autorità sperando di trovare in esso il confine della propria esistenza e quel senso di sicurezza perduto. Nella sua risposta irrazionale da istinto di sopravvivenza, non conosce la misura della riflessione dinanzi alla mostruosità perversa e seducente del crimine e chiederà la distruzione di chiunque gli sia indicato come minaccia per la sua esistenza<sup>481</sup>.

Quelle discipline che sono state introdotte sull'onda dell'emotività perversa della costruzione mediatica, sono costruite dunque per rispondere con l'intransigenza belligerante contro quella minaccia, che si identifica con un autore nell'unidimensionalità del fenomeno allarmante cui viene ricondotto o dell'appartenenza ad una categoria di soggetti indicati per associazione come intrinsecamente pericolosi nella rappresentazione mediatica.

Sono tornate in voga, più o meno coscientemente<sup>482</sup>, quelle maldestre teorie del biologismo riduzionista, che legittimano la funzione penale di igiene sociale, di pulizia etnica. La legislazione mediatica, che nega la soggettività del reo e lo riduce a mera fonte con sembianze umane di pericolo in sé, non avendo l'autore altro

---

481 Affermava Hitler, per quanto concerne gli ebrei, che non avrebbe permesso il loro completo annientamento, poiché la massa, alla quale riservava l'altissima considerazione cui abbiamo accennato poc'anzi, ha sempre bisogno di un capro espiatorio contro il quale dirigere tutte le sue paure e recriminazioni.

482 Come sempre, si può contare sull'estrema trasparenza del discorso pubblico statunitense: in esso si trovano recepite le peggiori teorie dell'antropologismo e biologismo criminale. Si vedano, ad esempio, CHARLES MURRAY – RICHARD J. HERRNSTEIN, *The bell Curve: intelligence and class structure in America life*, 1994; RICHARD J. HERRNSTEIN – JAMES Q. WILSON, *Crime and Human nature*, New York 1985; HANS J. EYSENCK – GISLI H. GUDJONSSON, *The causes and cures of criminality*, New York-London 1989. Più di recente sono invalse sintetiche allusioni a difetti neurogenetici che condurrebbero naturalmente alla violenza e al crimine. Sul dibattito suscitato in Italia dall'impatto delle neuroscienze, si veda AA. VV., *Diritto penale e neuroetica*, a cura di Ombretta di Giovine, Padova 2013.

spessore oltre lo schermo piatto su cui viene trasmesso, rientra così nel paradigma del soggettivismo punitivo. Essa tende così a introdurre reati di *status*<sup>483</sup>, reati di pericolo talmente anticipato da cadere nel mero sospetto<sup>484</sup>, forme iperboliche di costruzione dell'elemento soggettivo<sup>485</sup>, che rilevano l'assenza di una dannosità del fatto e la criminalizzazione della mera malvagità interiore, presunzioni di causalità tra fatto ed evento e presunzioni di intenzionalità tra rischio e danno.

Il messaggio della legislazione penale mediatica è quello di descrivere un soggetto pericoloso ed eliminarlo dal contesto sociale. Un obiettivo questo incompatibile con i principi del garantismo. Siccome, dunque, i limiti posti del garantismo non calzano con il discorso belligerante massmediatico che si traduce in leggi tecnicamente dubbie, attorno a quello va avanzando una narrazione dal carattere legittimante che mira a squalificarlo come utopia d'altri tempi, a invertire l'ordine metodologico tra principi che disciplinano la materia penale e contenuto della materia stessa, e in definitiva a sostenere la rinunciabilità, l'eccepibilità di quei principi, posta l'eccezionalità dei tempi moderni, per non più che mere Ragion di Stato. Se non fosse che i principi per definizione non ammettono eccezioni (solo le regole possono essere eccepite e sempre in funzione dei principi che le reggono) ed eccepire ad essi significa sostituire il fondamento stesso dell'esercizio della potestà punitiva: dal garantismo al soggettivismo punitivo.

---

483 Come l'immigrazione clandestina, art. 10-*bis* TUI.

484 Come le condotte con finalità di terrorismo, art. 270-*sexies* c.p.

485 Come per l'addestramento ad attività con finalità di terrorismo, art. 270-*quinquies* c.p.

## CAPITOLO V

### LA FUNZIONE PROMOZIONALE NEL DIRITTO PENALE

*«Era il male oscuro di cui le storie e le leggi e le universe discipline delle gran cattedre persistono a dover ignorare le cause, i modi: e lo si porta dentro di sé per tutto il fulgorato scoscendere d'una vita, più greve ogni giorno, immedicato.»*

*La cognizione del dolore,  
Carlo Emilio Gadda*

#### ***1. Introduzione***

Sin dagli anni Sessanta e Settanta del secolo scorso la dottrina e la politica in Italia, interrogandosi sul significato e spessore dei valori e principi cristallizzati nelle norme Costituzionali, iniziarono a riempire di contenuto quelle Carte, fino ad allora rimaste generalmente inattuato o rimandate ad una programmaticità frivola, una graziosa concessione del principe, per lo meno nella loro parte più innovativa, quella dei diritti sociali. Un nuovo infervorante processo evolutivo, che fragorosamente irrompeva nel panorama giuridico italiano presentando per la prima volta i doveri di solidarietà sociale come veri e propri vincoli sia per l'esercizio del potere pubblico sia nell'esercizio delle libertà individuali, finì per coinvolgere anche quel settore del diritto che tipicamente si occupa di (limitazione e, allo stesso tempo, tutela di) diritti di libertà: il diritto penale.

Quello strumento dal volto severo, che era passato di epoca in epoca definendo e rinforzando la propria centralità nella struttura costitutiva dello Stato-Nazione, a quel punto si trovava dinanzi ad un nuovo interrogativo. Esso si era meritato quella centralità in quanto (ritenuto) capace, se non di difendere, per lo meno di prevenire e punire quei fatti che avessero offeso il nucleo centrale di valori, interessi o beni alla cui tutela era preordinato lo Stato, che a ciò vincolava la propria autorità e

legittimità. Pertanto nel nuovo Stato Costituzionale, che aveva incorporato non solo istanze civili di libertà, ma anche quelle sociali di solidarietà, sembrò conseguente domandarsi se l'efficacia e la necessità, che giustificavano e fondavano il diritto penale nella tutela dei diritti individuali, potesse - per efficacia - e dovesse - per necessità - anche estendersi ai diritti sociali.

La domanda che sorse all'epoca fu: è possibile tutelare i doveri di solidarietà sociale attraverso il diritto penale?

Sull'onda di questo nuovo interrogativo, la drammaturgia generatasi nel panorama dottrinale si colorò senza dubbio di connotati ideologici piuttosto riconoscibili, saltando, però, spesso senza soluzione di continuità tra il piano dogmatico e scientifico della validità e legalità e quello ideologico dell'opportunità politica.

Ne trasse indubbio giovamento, seppur non remissione, lo stanco sistema dottrinale italiano, paralizzato com'era nel grigiore di quella trappola mortifera del tecnicismo giuridico inaugurato dalla Prolusione Sassarese di Arturo Rocco<sup>486</sup>, quando per tirar fuori la scienza giuridica dal confuso vociare degli scontri dogmatici tra quella che fu definita Scuola Classica e quella che si autoproclamò Scuola Positiva, si adottò come la più saggia delle decisioni quella di strappar via l'anima metagiuridica, qualunque essa fosse, dal sistema penale<sup>487</sup>.

Quel corpo inanimato ritornava dunque, attraverso il positivismo costituzionale, a domandarsi di sé. Un soffio vitale che vibrava nelle pagine di Bricola<sup>488</sup> e che si riverberava attraverso i suoi allievi, sprigionando una forza creativa che funse da balsamo per le articolazioni atrofizzate del sistema penale.

Giovamento, ma non ricuperazione. La brillante lucidità degli eccellenti Maestri, che prontamente si affermavano come tali nel nuovo panorama dogmatico, lasciava il passo a miriadi di piccole voci più o meno autorevoli che spesso non seppero

---

486 ARTURO ROCCO, *Il problema e il metodo nella scienza del diritto penale*, Prolusione al corso di diritto e procedura penale, letta nella R. Università di Sassari il 15 gennaio 1910, in *Rivista di diritto e procedura penale*, 1910, 497-521, 560-82.

487 Dà contezza del processo descritto e delle pieghe ideologiche celatesi nella corrente del tecnicismo giuridico, tra gli altri, GUIDO NEPPI MODONA, *Tecnicismo e scelte politiche nella riforma del codice penale*, in *Democrazia e Diritto* 1977, p 661 ss.

488 FRANCO BRICOLA, *Teoria generale del reato*, voce, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIV, Torino 1973, 7 ss.; ID., *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, in ID., *Scritti di Diritto penale*, vol. I, Tomo II, a cura di A. Melchionda e S. Canestrari, Bologna 2000, 1408ss.

mantenere quel compromesso laico tra cielo stellato e legge morale<sup>489</sup>, confusero i due termini e pensarono di ritenersi autorizzati dalla Costituzione a confondere nuovamente diritto e morale<sup>490</sup>, validità liceità e giustizia<sup>491</sup>.

Ma l'interrogativo restava ed esigeva una risposta, prima magari abbozzata e dai contorni incerti, ma che poi si sarebbe dovuta affermare con sempre maggior precisione, sino a diventare un'acquisizione consolidata del nuovo contesto giuridico. Ciò esigeva la Costituzione, che nessuna gerarchia aveva stabilito tra diritti civili e politici da un lato e quelli sociali dall'altro: con la stessa dignità e intensità, essa riconosce, garantisce e *promuove* ciascuno degli aspetti che della persona rappresentano la tutela. Solo per una opportunistica manipolazione del testo costituzionale si era potuto fino ad allora trascurare la dimensione sociale, che dava profondità e fisicità al concetto di persona, altrimenti piatto, bidimensionale, schiacciato nella prospettiva cartacea dei soli diritti civili e politici. Senza dubbio, dunque, la prima questione che poneva questo nuovo atteggiamento dottrinale poteva risolversi positivamente: l'interrogativo sollevato era, in base al dettato della Costituzione, legittimo. Era, infatti, coerente con l'ispirazione solidale emergente dal testo costituzionale domandarsi se i valori precipitati in beni giuridici collettivi potessero trovare tutela anche attraverso lo strumento più pervasivo di cui disponesse un ordinamento di ispirazione liberal-personalistica, vale a dire il diritto penale.

Ben altra questione e ben più complessa era quella concernente il se ed, eventualmente, il come. Benché fosse legittimo domandarsi se anche i diritti collettivi e sociali potessero e dovessero trovare tutela attraverso lo strumento penale, ben più arduo, perché nuove questioni poneva all'attenzione della scienza giuridica, era reinterpretare tale strumento per adattarlo a beni collettivi e individuare il fondamento teorico di un eventuale intervento sulla base della teoria generale del

---

489 «Due cose riempiono l'animo di ammirazione e venerazione sempre nuova e crescente, quanto più spesso e più a lungo la riflessione si occupa di esse: il cielo stellato sopra di me, e la legge morale in me.» IMMANUEL KANT, *Kritik der praktischen Vernunft*, prima edizione originale 1788, consultato nella traduzione in italiano *Critica della ragion pratica*, Bari 1966, 201-202.

490 Morale pubblica, come ipostatizzazione di qualsivoglia posizione ideologica: non c'è confine o reale differenza tra precetti religiosi e ideologia politica, se entrambe si affidano al principio di autorità, che non ammette compromessi né declinazioni e a griglie di valori e concetti ontologizzati, pertanto assoluti ed incontestabili. Sulla riconduzione di ideologie politiche e religioni in un unico paradigma concettuale, vd. Y. N. HARARI, *Da animali a Dèi*, cit., posizione 3714.

491 Per la distinzione tra questi tre termini, vd. LUIGI FERRAJOLI, *Diritto e Ragione*, cit., 197 ss.

reato. Emersero le differenze strutturali tra i beni individuali, già affermatasi, e quelli collettivi, da sviluppare, e le difficoltà che da ciò derivavano nell'impiego di un diritto penale liberale, funzionalmente orientato alla conservazione di diritti o beni e non alla loro creazione o evoluzione: al passato, dunque, e non al futuro. Per tale ragione si iniziò a distinguere tra una funzione conservativa del diritto penale e un'altra promozionale o propulsiva dello stesso.

Ed è allora che l'interrogativo anzidetto si propose sotto una nuova forma: si può promuovere mediante la repressione?

Prima di dedicarci alla delicata risposta al quesito posto, non è, però, sforzo vano tentare di definire il concetto di funzione promozionale nel diritto. Non vano, in effetti, in quanto nel passaggio dalla teoria generale del diritto, da cui tale concetto prese le mosse, alla teoria generale del reato, esso modificò profondamente la propria area di significanza, tanto da rimandare nella vulgata odierna a ben altro contenuto, più connesso al suo potere evocativo che ad una concreta dimensione scientifica.

## ***2. La funzione promozionale nella teoria generale del diritto***

Alla teoria generale del diritto dovremo rivolgerci per una prima delucidazione riguardo ai termini della questione qui in esame. Lo faremo in punta di piedi, semplificando un discorso molto complesso, ma tentando di rifuggire da troppe schematiche banalizzazioni. Perciò proseguiremo tenuti per mano da chi ha tra i primi affrontato il problema, con la lucidità, la competenza e l'equilibrio che gli erano propri: Norberto Bobbio.

Nella sua raccolta di nuovi studi dedicati alla teoria del diritto<sup>492</sup>, l'illustre Autore, innanzitutto, giustifica la necessità di un nuovo approccio alla teoria in oggetto, dovuta ad un mutamento profondo della concezione dello Stato a seguito dell'adozione del testo costituzionale. Egli dà il via alla propria analisi rilevando la necessità di un adeguamento della teoria generale del diritto alle trasformazioni della società, quale conseguenza necessaria del passaggio dallo Stato garantista di ispirazione liberale a quello che egli definisce dirigista e che emerge dal testo costituzionale. Un nuovo paradigma da cui conseguirebbe o che interpreterebbe la

---

492 NORBERTO BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Roma-Bari 2007. Il lavoro raccoglie saggi «sparsi e dispersi» (XIX della Premessa) dell'autore, pubblicati in diverse occasioni tra il 1969 e il 1975.

metamorfosi del diritto da strumento di mero *controllo sociale* a strumento di *direzione sociale*. Nell'ottica di tale mutamento di prospettiva, egli introduce il concetto di funzione *promozionale* del diritto, che dunque definisce:

l'azione che il diritto svolge attraverso lo strumento delle «sanzioni positive», cioè attraverso meccanismi genericamente compresi col nome di «incentivi», i quali mirano, anziché a impedire atti socialmente indesiderabili, ciò che è il fine precipuo di *pene, multe, ammende, riparazioni*, [...], a promuovere il compimento di atti socialmente desiderabili<sup>493</sup>.

La definizione merita un approfondimento, non solo per chiarire il significato di alcuni concetti utilizzati (sanzione positiva, incentivi) estranei o insoliti per il patrimonio linguistico da cui attinge il diritto, ma anche per valorizzarne e comprenderne la portata innovativa, direi rivoluzionaria per l'epoca, di questa nuova funzione del diritto, che altrimenti rischierebbe di passare in sordina.

Negli studi di teoria del diritto classici, in particolare in quelle concezioni che si rifanno allo strutturalismo e al positivismo giuridico Ottocentesco e dei primi anni del Novecento, tradizionalmente si soleva declinare la funzione dell'ordinamento giuridico nella prospettiva del mero controllo sociale. Più specificamente, è possibile individuare due tendenze di fondo nella teoria generale: la prima è quella che considera il diritto nella sua funzione *protettiva* e che rimanda, come illustre rappresentante, a Thomasius<sup>494</sup>. La seconda, che ritroviamo in Jhering<sup>495</sup> e Kelsen<sup>496</sup>, è quella che, individuando la specificità del diritto nel suo carattere di ordinamento coattivo, ne ammetteva una funzione meramente *repressiva* rispetto a comportamenti devianti o non conformi. Queste due teorie sono solite però sovrapporsi: il diritto «svolge la funzione di protezione rispetto agli atti leciti (che possono essere tanto atti permessi, quanto atti obbligatori) mediante la repressione degli atti illeciti»<sup>497</sup>.

493 N. BOBBIO, *Dalla struttura*, cit., *Premessa*, XX, corsivo nostro.

494 CHRISTIAN THOMASIIUS, *Fundamenta juris naturae ac gentium*, prima edizione originale 1705, consultato nella traduzione in italiano *I fondamenti del diritto di natura e delle genti*, a cura di Gianluca Dioni, Milano 2013.

495 RUDOLPH VON JHERING, *Lo scopo nel diritto*, (titolo originale *Der Zweck im Recht*, prima edizione Leipzig 1877), Torino 1972.

496 HANS KELSEN, *Reine Rechtslehre*, prima edizione originale del 1960, consultato nella versione italiana con saggio introduttivo e traduzione a cura di Mario Losano, *La dottrina pura del diritto*, Torino 1966 (ristampa 1990).

497 N. BOBBIO, *Dalla struttura*, cit., 4.

Dunque protezione mediante repressione: sarebbe questo il nucleo funzionale dello Stato garantista di tradizione liberale. Ed in effetti nel diritto penale di stampo liberale l'inscindibile legame tra codeste due funzioni appare di netta evidenza: la tutela di beni giuridici contro le lesioni ad essi arrecate si traduce, difatti, nella repressione dei comportamenti che realizzano tali offese.

Tuttavia nel contesto costituzionale, e ci sentiamo di sposare a pieno la posizione dell'illustre filosofo, una teoria del diritto, che continui a considerare l'ordinamento giuridico esclusivamente dal punto di vista della sua funzione protettiva rispetto agli atti leciti o conformi e repressiva rispetto agli atti illeciti o devianti, appare inadeguata e lacunosa. Essa restituirebbe una «immagine semplicistica dello Stato come organismo che stabilisce le regole del gioco e istituisce un arbitro», presentando «come modello di sistema un tipo di organizzazione sociale ormai perenta: lo Stato gendarme che con tecniche limitate perseguiva fini altrettanto limitati»<sup>498</sup>. Lo Stato verrebbe, così, inteso nella sua funzione di semplice custode dell'ordine pubblico ed il rischio, avverte l'Autore, è che in tale concezione il diritto si risolva a poco a poco nel diritto penale, una delle cui caratteristiche è di essere composto «prevalentemente»<sup>499</sup> da norme negative (divieti)<sup>500</sup>.

La concezione, risalente a Thomasiaus, dell'ordinamento quale insieme di norme negative, orientata al principio del *neminem laedere*, sicuramente comportava nella sua originaria formulazione la sovrapposizione tra la funzione protettiva e quella repressiva. Tuttavia va sottolineato che nella prevalente concezione repressiva del diritto, quella di Kelsen e di Jhering, questa biunivocità non è confermata. Ciò che

498 GENARO R. CARRIÒ, *Sul concetto di obbligo giuridico*, in *Rivista di filosofia*, LVII, 1966, 141-155. Quello riportato è il giudizio che il filosofo esprime con riguardo alla centralità assunta dal concetto di obbligo giuridico nella teoria del diritto.

499 D'altro canto, il moltiplicarsi di fattispecie omissive nel nostro ordinamento è significativa per avvalorare il superamento di una concezione meramente repressiva di comportamenti devianti: accanto alle norme negative, i divieti, si vanno sempre più affiancando norme positive, vale a dire comandi, anche nella materia penale. Non è un caso che la teoria analitica del reato sul punto sia entrata in crisi proprio nel momento in cui ha cercato di ricondurre ad un unico paradigma sia reati commissivi che reati omissivi, nonostante avessero di fondo due misure incompatibili, appunto i divieti e i comandi. Il problema sorse in quanto il modello era stato ideato e misurato solo sul primo tipo di reati, nettamente preponderanti considerato il numero esiguo dei secondi, che ne facevano un istituto dalla rilevanza pressappoco scolastica. Molto è cambiato dall'epoca: oggi il sistema giuridico di carattere penale guarda proprio alla categoria dei reati omissivi per la tutela di alcune suoi fondamentali settori, basti pensare alla materia del lavoro o a quella societaria, ma l'elenco potrebbe continuare a lungo. Sui reati omissivi, per tutti, cfr. ALBERTO CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, Padova 1988.

500 N. BOBBIO, *Dalla struttura*, cit., 6.

invece si afferma è che le norme, negative (divieti) o positive (comandi) che siano, sono rafforzate da una risposta coattiva dell'ordinamento, che si concreta, usando una terminologia mutuata dalla letteratura filosofica e sociologica, in una sanzione *negativa*. La specificità del diritto, secondo la teoria in commento, si individuerrebbe proprio in questa biunivocità tra norma giuridica e coazione.

Tuttavia le tesi esposte, secondo le argomentazioni presentate da Bobbio, hanno il torto di presentare come teoria del diritto, ossia come determinazione filosofica dell'essenza del diritto (le norme negative, la coazione), quello che è, a ben vedere, un ideale politico, un'ideologia: nonostante il modello teorico permetta di rappresentare con particolare precisione la *struttura* dell'ordinamento di un determinato tipo storico di società, quella liberale e liberista, esso tuttavia, non domandandosi circa la *funzione* cui adempie tale struttura, finisce per confondere il piano dell'essere con quello del dover essere, presentando un carattere, la coazione, congiunturale poiché legato ad una determinata manifestazione del diritto (quella della sanzione negativa), come sua natura ontologica, come sua essenza. Così come esistono più funzioni cui può assolvere il diritto, allo stesso modo esistono altrettante strutture, modellate in base a quelle. Sarebbe dunque la funzione, la cui natura valoriale necessita sempre di una giustificazione metagiuridica, a determinare la struttura<sup>501</sup>: mutando l'una, muta anche l'altra, poiché è preordinata e strumentale alla sua realizzazione. Ne troviamo conferma proprio in un passaggio, forse non troppo consapevole, di un giurista dallo spessore di Kelsen: deboli sono le sue argomentazioni quando, nonostante abbia definito la coazione, che si concreta in sanzioni negative, come *differenza specifica*<sup>502</sup> del diritto (di tutto il diritto), deve

---

501 Ciò che più rileva è che nel passaggio dall'analisi della struttura a quella della funzione si è costretti ad ammettere il carattere congiunturale e ideologico di entrambe. Tenendo chiaro il rapporto tra struttura e funzione, si palesa senza difficoltà la differenza tra il piano dell'essere e il piano del dover essere, che implica la necessità, innanzitutto, di giustificare (è il c.d. punto di vista esterno di Ferrajoli) e legittimare (il punto di vista interno) una o più funzioni sul piano valoriale; dopodiché, tenendo a mente queste, sorge la necessità di giustificare e legittimare le correlative strutture, nei limiti in cui esse siano preordinate alla realizzazione delle prime. Solo un'indagine di carattere teleologico sarebbe, dunque, in grado di far emergere ciò che si tentava di celare nelle teorie dello strutturalismo e del positivismo (e oggi del funzionalismo), che inciampavano nel paralogismo per cui ciò che è deve essere e ciò che deve essere è già: il diritto, quale prodotto umano, è congiunturale e risponde alla concezione dello Stato che si adotti in un determinato ordinamento ed in un altrettanto dato momento storico. In tal senso, diffusamente LUIGI FERRAJOLI, *Diritto e Ragione*, cit., 6 ss.

502 Genere prossimo del diritto (che condivide con la morale, la religione, etc.) sarebbe quello degli ordinamenti normativi; la differenza specifica rispetto a tutti gli altri insiemi di norme sarebbe, invece, il suo carattere coattivo (sancito dal monopolio dell'uso della forza).

ammettere l'esistenza anche di sanzioni positive: egli al riguardo si limita ad affermare che «hanno un'importanza secondaria all'interno di questi sistemi che fungono da ordinamenti coercitivi»<sup>503</sup>, dimostrando egli stesso la congiunturalità e non universalità della coazione come carattere essenziale del diritto.

A questo punto però è bene chiarire in cosa consistano le sanzioni positive e negative e a quale funzione esse rispondano.

Le sanzioni<sup>504</sup>, generalmente considerate, rientrano nella categoria delle c.d. misure indirette: il comportamento non voluto dalla norma è pur sempre possibile, ma, una volta realizzato, produce certe conseguenze prestabilite, che possono essere spiacevoli nel caso delle sanzioni negative o piacevoli nel caso delle sanzioni positive. In questo senso, le sanzioni intervengono sulle conseguenze dell'azione, rendendola svantaggiosa oppure vantaggiosa. In base a quanto detto, esse possono essere ricondotte nell'alveo di un paradigma retributivo<sup>505</sup>, in base al quale ad un'azione, a seconda che sia giudicata sul piano valoriale favorevolmente o sfavorevolmente, consegue una ricompensa o una pena<sup>506</sup>.

È però da precisare che le sanzioni, così definite, non esauriscono tutti i possibili strumenti di condizionamento comportamentale di cui l'ordinamento può avvalersi: esso potrebbe anche rendere un'azione impossibile o necessaria attraverso l'uso di misure dirette (come ad esempio la vigilanza), o semplicemente più difficile o più agevole attraverso l'uso di un tipo di misure appartenenti allo stesso genere delle sanzioni, ma di diversa specie, quali l'ostacolo o l'incentivo.

Rispetto all'arsenale di misure indicate, la funzione promozionale del diritto si caratterizzerebbe per utilizzare tutte le possibili tecniche di incoraggiamento a disposizione, al fine di favorire comportamenti ritenuti socialmente desiderabili: esse possono consistere in misure sia dirette sia indirette, intese queste ultime *sub specie* sia di sanzioni positive (premi o ricompense), sia di facilitazioni.

---

503 HANS KELSEN, *Reine Rechtslehre*, cit., 46.

504 Dal latino *sanctio-onis*, a sua volta derivato da *sanctus*, participio passato di *sancire* (*sancio*, -it, *sanxi*, *sanctum*, *sancire*): rendere sacro, intoccabile.

505 N. BOBBIO, *Dalla struttura*, cit., 20.

506 Per Jhering, caratteristica della sfera economica è quella di condizionare il comportamento con premi, mentre la pena sarebbe caratteristica della sfera politica: ma ciò, si badi, soltanto perché, in una concezione liberale dello Stato, il diritto e la politica non si pongono l'obiettivo di intervenire in materia economica.

Il significato di sanzione positiva che impiega Bobbio nella definizione di funzione promozionale più sopra riportata dunque non è quello tecnico di ricompensa o premio, che è solo una delle possibili misure d'incentivazione, ma uno più impreciso ed eterogeneo: più correttamente, dovremmo affermare che la funzione promozionale ricorre a tutti quegli strumenti o tecniche normative che consistano in misure di incoraggiamento.

All'opposto, un ordinamento protettivo-repressivo si avvarrà solo delle tecniche di scoraggiamento e prime fra tutte la pena, sanzione negativa per eccellenza, e ciò al fine di impedire comportamenti considerati socialmente indesiderabili. Le misure ad esso ricondotte sono costruite in modo tale da condizionare negativamente il comportamento dei consociati e dunque evitare il compimento di atti non voluti, differenziandosi a seconda che si tratti di atti permessi o obbligatori.

Proviamo a questo punto a riproporci con più consapevolezza la domanda che ci ha condotto sin qui: si può promuovere reprimendo?

Non sembrerebbe necessario addentrarsi ulteriormente per concludere che, date le premesse, la funzione promozionale, analizzata nella teoria generale del diritto, non potrebbe riguardare neppure astrattamente il diritto penale, incentrato com'è sullo strumento della pena. Accostare alla promozione la repressione rappresenterebbe una fallacia concettuale delle più manifeste, in quanto i due termini si porrebbero in una relazione ossimorica tra loro. L'ossimoro della preposizione «promuovere reprimendo» si deve al fatto che i due termini della relazione non rappresentano l'uno un fine e l'altro un mezzo. Secondo la definizione offerta, ognuno di essi rimanderebbe ad un tipo diverso di struttura dell'ordinamento, per di più speculari l'una rispetto all'altra. Queste strutture, infatti, ricorrerebbero a strumenti giuridici tra loro reciprocamente alternativi (impossibilità-necessarietà, ostacolamento-facilitazione, pena-premio), che gravitano intorno ai concetti di sanzione positiva, per la promozione, e sanzione negativa, per la repressione.

Un simile argomento, tuttavia, non è conclusivo. La ragione della natura ossimorica dell'interrogativo posto sta nel valore attribuito ai termini della proposizione, che quindi va adeguatamente ripensata. La confusione intorno al concetto di funzione promozionale, che è la ragione che ci ha spinto così lontano nell'analisi della teoria

generale del diritto, è all'origine del malinteso. Quando Bobbio parla di funzione promozionale o di funzione repressiva non sta indicando l'efficacia delle norme dell'ordinamento in termini di evoluzione e rinnovamento del tessuto sociale da un lato o di conservazione e stabilizzazione dall'altro, bensì, più limitatamente, fa riferimento ai caratteri strutturali dei rimedi di cui si avvale l'ordinamento. Tali strutture possono limitarsi a consentire e impedire (come nel caso dei sistemi protettivo-repressivi), oppure alternativamente, a incoraggiare e premiare un determinato comportamento, perché giudicato favorevolmente (nei sistemi promozionali).

La domanda da porre, dunque, più correttamente è: si può innovare reprimendo (se)? Ed entro quali limiti (come)?

Bobbio nel suo lavoro delucida che il termine «diritto» associato alla funzione promozionale va inteso nel suo significato di tecnica: esso rimanda ai rimedi che utilizza, alla struttura (di parte) delle norme dell'ordinamento, che possono avere la caratteristica funzionale di incoraggiare e promuovere un comportamento e non soltanto di permetterlo o vietarlo. Quando ci si intenda riferire agli effetti che una norma giuridica produce o si vuole che produca in relazione al complesso di valori o assetti predominanti nella società, allora i termini della comparazione debbono essere sostituiti con quelli di funzione *conservativa* da un lato e funzione *innovativa* dall'altro. E queste ultime, la conservazione e l'innovazione, non dicono nulla rispetto alla struttura, cioè alle tecniche da utilizzare per il perseguimento dell'una o dell'altra:

Le due questioni sono diverse, anche se si possa vedere un certo nesso tra funzione repressiva e conservativa da un lato, e tra funzione promozionale e innovativa dall'altro. Si tratta però di un nesso molto labile, perché si può usare lo strumento del diritto per reprimere il mutamento ma anche per promuovere la conservazione, o per promuovere il mutamento ma anche per reprimere la conservazione. Sono diverse perché la prima riguarda i rimedi impiegati dal diritto per esercitare la sua funzione primaria, che è quella di condizionare il comportamento degli appartenenti a un determinato gruppo sociale, la seconda riguarda i risultati ottenuti rispetto alla società considerata nel suo complesso.<sup>507</sup>

In realtà, e il filosofo ne è consapevole, la relazione è molto complessa: la funzione repressiva, avvalendosi di tecniche di deterrenza e intimidazione, sembrerebbe votata

507 N. BOBBIO, *Dalla struttura*, cit., 95-96.

ad un effetto di conservazione dello *status quo* negli assetti sociali; quella promozionale, avvalendosi delle tecniche di incoraggiamento e premiali, sembrerebbe al contrario volta al mutamento e al rinnovamento sociale. Ed in effetti, in una delle prime formulazioni della teoria della funzione promozionale del diritto, anche Bobbio dà conto di tale rapporto privilegiato tra struttura e fine, affermando che le misure di scoraggiamento sono adoperate *prevalentemente* allo scopo della conservazione, mentre quelle d'incoraggiamento sembrano preordinate allo scopo di mutamento sociale<sup>508</sup>.

Ciò però, a ben vedere, riconforta, più che smentire, la possibilità di un collegamento tra struttura repressiva e funzione innovativa e, viceversa, struttura promozionale e funzione conservativa: se il rapporto è «prevalentemente» quello inverso, vuol dire, argomentando *a contrario*, che, seppur in ipotesi marginali, non è astrattamente da escludersi la possibilità di innovare reprimendo, potrebbe anzi esistere una ragionevole possibilità in tal senso<sup>509</sup>.

Arrivando alle conclusioni rispetto a questa breve incursione nella teoria del diritto, possiamo sostenere che quest'ultima, rispondendo in parte al quesito sull'*an*, non escluda *a priori* la possibilità di avvalersi della sanzione negativa per eccellenza, la pena, per ottenere un effetto innovativo nel tessuto sociale, e ciononostante essa ci avverte circa la difficile conciliazione tra quella struttura e questo effetto.

Sulla soglia di questo delicato argomento, essa, tuttavia, si ferma. La teoria generale del diritto in materia di funzione promozionale del diritto, più interessata all'epoca a costruire i pilastri dello Stato social-democratico, lascia in sospenso quali siano i

508 N. BOBBIO, *Dalla struttura*, cit., 19. In questo caso, la correlazione tra tecnica ed effetto sociale è individuata così strettamente da permettere al filosofo addirittura di catalogarne l'efficacia a seconda che si tratti di un comportamento - desiderabile o indesiderabile - permesso oppure obbligatorio.

509 In effetti, che un comportamento sia visto con favore o con sfavore dall'ordinamento non dice alcunché né sui motivi del giudizio valoriale, né sull'obiettivo di mutamento o conservazione cui esso mira rispetto ad un assetto sociale. Si potrebbe, infatti, voler reprimere un comportamento visto con sfavore, al fine di ottenere un mutamento nell'assetto sociale, o parallelamente incoraggiare un comportamento visto con favore, garantendone la conservazione. Prendiamo ad esempio un valore oggetto di grandi mutamenti sociali negli ultimi decenni: la famiglia. Un ordinamento può promuovere la conservazione del valore tradizionale attribuito alla famiglia, incentivando la genitorialità, prevedendo esenzioni fiscali o facilitando il mantenimento e lo svolgimento dell'attività lavorativa anche durante i primi anni di vita del bambino, ad esempio con asili nido. Lo stesso valore tradizionale però potrebbe indurre anche a reprimere il mutamento, ad esempio disincentivando l'uso di tecniche di fecondazione assistita, come avviene per l'inseminazione artificiale (soggetta a invasive misure di ostacolamento) e criminalizzando l'aborto, o ancora proibendo il riconoscimento delle c.d. unioni civili.

motivi del difficile rapporto funzionale tra effetto di mutamento sociale e pena, limitandosi a suggerire tra le righe che, seppur possibile, vi siano limiti *strutturali* interni al diritto penale che confinano in un'area piuttosto angusta l'uso di tale strumento a fini di promozione sociale. Quali siano codesti limiti e come sia possibile dunque conciliare questa con quello, Bobbio non lo dice, così come non spiega perché questo strumento particolare che è la pena mostri segni d'attrito coll'espletamento della funzione di mutamento sociale. È stata dunque la dottrina penalistica, diretta interessata, a cimentarsi nell'impresa di fornire la complessa risposta a tali interrogativi sul *quomodo*, ed è a questa, pertanto, che, si spera con maggiore consapevolezza, adesso dobbiamo approcciarci.

### ***3. La funzione promozionale del diritto penale tra garantismo e persona***

L'improvviso affacciarsi di nuovi diritti, nuovi doveri e soprattutto di una nuova sensibilità nel panorama ordinamentale italiano durante quegli anni decisivi della storia repubblicana avevano imposto all'attenzione dottrinale l'analisi e la pronta soluzione di problemi di ingente portata. Tutto questo, però, mentre il potere politico si precipitava già a intervenire massicciamente, anche con misure di carattere penale, in settori che fino ad allora erano, se non sconosciuti, del tutto marginali in tale disciplina. Non che lo Stato non si fosse già premunito in passato di incisivi e pervasivi sistemi di autoconservazione, come evidente in tutto il capitolo che nel codice Rocco è dedicato ai reati contro la *personalità*<sup>510</sup> dello Stato e l'ordine pubblico: solo che agli occhi del penalista liberale e garantista essi erano denunciati come aporie sistematiche, derive autoritarie del sistema penale e dunque ripudiate sin dalle fondamenta. La nuova situazione politica economica e sociale e l'irrompere della Costituzione (liberata dal velo conservatore) come criterio di legittimità di tutte le norme, comprese le penali, aveva introdotto una nuova variabile nel sistema: l'intervento statale veniva intendendosi non più come manifestazione di un potere autoritario illiberale, ma come strumento democratico di realizzazione delle aspirazioni personalistiche di ciascun individuo e della società nel suo complesso. La pena poteva piegarsi alla funzione di trasformazione sociale e di tutela dei settori più vulnerabili della società, così come in passato veniva impiegata quale strumento di

---

510 Concetto ontologico di Stato, ipostatizzazione dello stesso.

dominazione ed oppressione delle medesime classi. Un progetto certamente ambizioso e che rischiava, come purtroppo possiamo anticipare senza troppe sorprese che per molti versi è accaduto, di riprodurre le logiche di sopraffazione nell'esercizio del potere contro le quali si era levato lo spirito illuminista rivoluzionario, poi divenuto borghese.

La scommessa di quell'epoca puntava ad apprestare un'efficace tutela a interessi e diritti di nuovo conio senza compromettere i principi fondamentali di un diritto penale garantista, già fortemente provato dall'ingombrante eredità che si lasciava dietro il fascismo. L'aborto di tutti i progetti di codificazione di un codice penale repubblicano in Italia è probabilmente in parte da imputare all'enorme difficoltà del compito. Ciò in quanto l'apertura su fini propri dell'azione statale nel processo di trasformazione economico-sociale celava in seme la potenzialità di degenerare in uno Stato di polizia o totalitario e la memoria collettiva dei disastri delle esperienze totalitarie e autoritarie in Europa era ancora troppo vigile per rifuggire dall'inquietudine di quel ricordo, seppur dinanzi ad un entusiastico progetto che prometteva un nuovo bilanciamento tra individuo e comunità, integrando prospettive liberali e solidaristiche. Si temeva quella terribile riproposizione di uno Stato prigioniero del corpo, come il corpo è prigioniero dell'anima<sup>511</sup>.

Al fine di scongiurare tale temibile risultato, era necessario fare luce su quei limiti strutturali nel solo rispetto dei quali si sarebbe potuta perseguire una funzione di trasformazione sociale anche nel diritto penale.

È stato precisato che di diritto penale promozionale si può parlare in due sensi: quale tecnica di incentivazione che attiene alla struttura delle norme e quale efficacia in termini di trasformazione sociale in base agli obiettivi prefissati (per riferirsi a

---

511 «Dicono alcuni che il corpo è *σημα* (segno, tomba) dell'anima, quasi che ella vi sia sepolta durante la vita presente; e ancora, per il fatto che con esso l'anima *σημαίνει* (significa) ciò che *σημαίνει* (intende esprimere), anche per questo è stato detto giustamente *σημα*. Però mi sembra assai più probabile che questo nome lo abbiano posto i seguaci di Orfeo; come a dire che l'anima paghi la pena delle colpe che deve pagare, e perciò abbia intorno a sé, affinché *σώζεται* (si conservi, si salvi, sia custodita), questa cintura corporea a immagine di una prigioniera; e così il corpo, come il nome stesso significa, è *σημα* (custodia) dell'anima finché essa non abbia espiato compiutamente ciò che deve espiare. Né c'è bisogno mutar niente, neppure una lettera.» PLATONE, *Opere*, vol. I, Bari 1967, 213-214. In questo passo Platone rimanda alla tradizione pitagorica, secondo cui il corpo terreno rappresenta una prigioniera o una tomba dell'anima immortale, benché allo stesso tempo ne rappresenti anche il custode e lo strumento di comunicazione.

quest'ultima accezione, come detto, sarebbe preferibile ricorrere al concetto di funzione innovatrice o di trasformazione del diritto). Entrambi questi significati hanno avuto e hanno tuttora uno spazio più o meno ampio di operatività all'interno del sistema penale.

Quanto detto potrebbe apparire contraddittorio rispetto alla disamina poc'anzi avanzata, se non chiarissimo preliminarmente un dato cruciale: abbiamo affermato che, sul piano della struttura, il diritto penale non potrebbe svolgere una funzione promozionale, in quanto suo elemento strutturale è appunto la pena, speculare rispetto alla ricompensa o premio, caratterizzante invece il meccanismo di incentivazione. A ben vedere, però, ciò vale non per tutte le norme del sistema penale complessivamente inteso, ma esclusivamente per quelle che descrivono un comportamento non desiderabile al cui compimento consegue l'applicazione di una pena, anch'essa ivi prevista: sono le c.d. norme incriminatrici. Queste ultime, in ragione delle proprie caratteristiche strutturali, sarebbero per principio escluse dal meccanismo di incentivazione della funzione promozionale, in quanto si muoverebbero proprio nel contesto del paradigma opposto a quello della promozione attraverso ricompensa: immanente alle norme incriminatrici è, infatti, la deterrenza attraverso pena. Più in dettaglio, a differenza delle norme promozionali, la struttura della norma incriminatrice non incentiva un comportamento che si intende promuovere, bensì, all'opposto, persegue l'obiettivo speculare della repressione di un comportamento perché non desiderabile, perché considerato un disvalore. Tale repressione avviene attraverso la comminazione di una pena adeguata a sortire l'effetto di deterrenza, di disincentivazione del comportamento. Ne consegue pertanto l'incompatibilità e necessaria alternatività sul piano strutturale delle norme incriminatrici e di quelle promozionali.

Tuttavia, non tutte le norme del sistema penale si qualificano come incriminatrici. Una volta messo da parte il suddetto complesso di norme e operando, dunque, solo al di fuori di quest'area, non vi sono ostacoli costitutivi, sul piano formale e strutturale<sup>512</sup>, all'utilizzo di una tecnica premiale, orientata all'incentivazione di

---

512 Diverso, invece, il giudizio di legittimità e validità sugli stessi: nel testo facciamo riferimento alla mera possibilità tecnica di utilizzo di strumenti di promozione, astenendoci, per il momento, dalla valutazione in base al giudizio di legittimità (che invece sarà affrontato nel prosieguo della trattazione).

comportamenti ritenuti desiderabili, pur se connessi ad un fatto di reato. Disposizioni siffatte non esauriscono, ma integrano la tecnica sanzionatoria, prevedendo comportamenti che si aggiungono a quello descritto e punito dalla norma incriminatrice. Ne sono esempi le disposizioni in tema di recesso attivo ed, in misura minore, di desistenza volontaria, disciplinate rispettivamente, nel codice Rocco, dal quarto e terzo comma dell'art. 56 c.p. nel contesto del delitto tentato<sup>513</sup>. Ma esistono precetti di carattere premiale anche al di fuori del codice e di più moderna, seppur non per questo migliore, fattura: si fa riferimento, ad esempio, alle tante norme che caratterizzano il sistema processuale penale e che si è soliti ricondurre all'eterogenea categoria del «pentitismo». In questi casi, tuttavia, il comportamento desiderabile e incentivato presenta una carica etica di ripudio morale che traspare già dalla nomenclatura utilizzata (pentitismo, ravvedimento, pentimento del reo, i pentiti) e che, secondo alcuni, pericolosamente associa queste ipotesi a forme di soggettivizzazione del diritto penale<sup>514</sup>.

Nel contesto della legislazione penale, dunque, la tecnica premiale consiste nella previsione di premi e incentivi che si muovono parallelamente alle tecniche sanzionatorie di tipo afflittivo e che sono diretti a stimolare da parte del reo un arresto della condotta criminosa o un intervento riparativo rispetto alle conseguenze dell'offesa, ma non anche azioni indipendenti dalla fattispecie criminale da cui conseguano vantaggi per il reo<sup>515</sup>. Quando, infatti, il comportamento che si incentiva

---

513 F. BRICOLA, *Funzione promozionale*, cit., in ID., *Scritti di Diritto penale*, 1411-1412. Nella letteratura spagnola, cfr. anche LAURA POZUELO PÉREZ, *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*, Valencia 2003, 58ss.

514 F. BRICOLA, *Funzione promozionale*, cit., 1417. A tale riguardo vd. TULLIO PADOVANI, *La soave inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito di ricorso a ipotesi di "ravvedimento"*, in *Rivista Italiana Diritto e Procedura Penale*, 1981, 529 ss. Secondo l'Autore, le fattispecie di ravvedimento contenute nel codice e quelle invece introdotte durante la legislazione repubblicana differirebbero proprio in quanto queste ultime sembrano richiedere un elemento ulteriore rispetto al mero comportamento oggettivo. L'elemento differenziale consisterebbe nella dissociazione del reo, «una sorta di ripudio dell'impresa criminosa», tale da rendere «manifesta una sua "nuova scelta di campo"». La distorsione eticistica emergerebbe maggiormente nel contesto processuale, ove l'apertura verso forme di diritto penale dell'atteggiamento interiore risulterebbe dall'assenza di un comportamento volontario e causalmente efficace rispetto all'eliminazione o attenuazione del danno o pericolo in cui si è concretato il fatto compiuto.

515 Tuttavia, potrebbe risultare interessante un'analisi degli effetti del comportamento successivo al fatto, quando, fatti salvi i termini di prescrizione, si fraponga comunque un lungo lasso di tempo tra la condotta e la concreta incriminazione. In alcuni casi, infatti, lo scorrere del tempo è tale da incidere sulla concreta necessità di risocializzazione del reo, che resta tuttora l'unica funzione preventiva della pena costituzionalmente ammessa. Attualmente, nel silenzio della legge, questi casi, al di là della problematica ed evocativa formulazione dell'art. 133 co. 2 c.p. sulla capacità a delinquere del reo sub 3) e 4), sembrano essere lasciati alla discrezionalità del pubblico ministero,

è del tutto autonomo rispetto al fatto di reato, esprimendo una *ratio* diversa da quella precipitata nell'offesa al bene giuridico disciplinata dalla fattispecie (a maggior ragione quando si inserisce nel contesto processuale, dando luogo ad una giustizia negoziata), si pongono seri dubbi sulla tenuta del sistema di garanzie sostanziali e processuali del reo<sup>516</sup>. Tali ipotesi sembrano, piuttosto, ispirate a mere esigenze di pragmatismo efficientista<sup>517</sup> e di opportunità politica, ma a detrimento del diritto di difesa dell'imputato, sia in termini di tipicità del fatto e certezza della pena, sia di presunzione di non colpevolezza e principio del *nemo tenetur se detegere*<sup>518</sup>.

Passando all'esame della funzione innovativa del diritto penale, essa consiste nell'analisi e costruzione funzionale delle norme giuridiche in ragione del raggiungimento di obiettivi di trasformazione sociale, definiti sul piano valoriale. Nel contesto penale italiano ciò si concreta nella tutela di interessi di nuova generazione emergenti nei rapporti politici economici e sociali, secondo la concezione personalistica e solidaristica della Costituzione<sup>519</sup>. Ne sono esempi rilevanti, mettendo al momento da parte la concreta tecnica di tipizzazione utilizzata, la legislazione in tema di tutela ambientale<sup>520</sup>, della sicurezza sul lavoro<sup>521</sup> e la disciplina antidiscriminatoria<sup>522</sup>. Caratteristica comune è quella di corrispondere a

---

in violazione del principio di obbligatorietà dell'azione penale sancito dall'art. 112 Cost. Non sembra peregrino dunque sostenere che tali ipotesi meriterebbero maggiore attenzione dottrinale e una conseguente azione del legislatore.

516 TULLIO PADOVANI, *La soave inquisizione*, cit. 529 ss.

517 SERGIO MOCCIA, *Dalla tutela dei beni alla tutela delle funzioni tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in *Rivista Italiana Diritto e Procedura Penale*, 1995, 343ss.

518 F. BRICOLA, *Funzione promozionale*, cit., 1421.

519 In questo senso, G. NEPPI MODONA, *Tecnicismo e scelte politiche*, cit., 680.

520 Da ultimo il legislatore, con la L. del 22 maggio 2015 n.68, ha introdotto un nuovo titolo (Titolo VI-bis) all'interno del Libro II del codice penale, rubricato *Dei delitti contro l'ambiente*. Per la letteratura in materia, tenendo conto delle successive modifiche intervenute in materia, vd, per tutti, LICIA SIRACUSA, *La tutela penale dell'ambiente. Bene giuridico e tecniche di incriminazione*, Milano 2007.

521 La normativa fondamentale di riferimento è rappresentata dal D. Lgs. n. 81 del 9 aprile 2008, che ha introdotto in Italia il *Testo Unico sulla sicurezza del lavoro*, successivamente modificato e integrato dal d.lgs. n. 106 del 3 agosto 2009 recante *Disposizioni integrative e correttive del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81, in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro* e successive modifiche. Per uno sguardo alla letteratura in materia, vd. AA. VV. *La tutela penale della sicurezza sul lavoro*, a cura di Marco Angelini e Marco Lucio Cambiani, Napoli 2007; più recente e completo, anche in prospettiva comparata con il sistema spagnolo, AA.VV., *La tutela penale della sicurezza del lavoro. Luci e ombre del diritto vivente*, a cura di Guido Casaroli, Fausto Giunta, Roberto Guerrini, Alessandro Melchionda, Pisa 2015.

522 In tema di discriminazioni razziali il nucleo del sistema penale è ancora rappresentato dalla c.d. Legge Mancino, introdotta con l. n. 205 del 25 giugno 1993 e successivamente modificata dalla l. n. 85 del 24 febbraio 2006, ma rilevanti e incisivi in materia sono gli obblighi di carattere internazionale e sovranazionale che abbondano in tal senso. Si rimanda, per un esame, all'ormai classico, ma sempre attuale CARLO FIORE, *I reati di opinione*, Padova 1972; si veda anche LAURA

valori in via di affermazione nella società e che si intendono incentivare e stabilizzare (anche) attraverso la tutela penale.

La funzione innovativa del diritto penale, così come definita, evidentemente non ha alcuna incidenza sulla struttura delle norme incriminatrici. Essa, infatti, riguarda esclusivamente la selezione degli interessi meritevoli di tutela penale, secondo il duplice giudizio, interno ed esterno rispettivamente, di legittimità costituzionale e di giustizia e opportunità politica.

Ciò premesso, appare opportuna una breve introduzione preliminare riguardo ai c.d. obblighi positivi di criminalizzazione. La teoria del bene giuridico<sup>523</sup>, divenuta così centrale nel contesto di un diritto penale del fatto, oggettivamente orientato, rappresenta, se letta in una con il principio di offensività di cui è una premessa, uno strumento anzitutto e principalmente di limitazione dell'intervento punitivo. A tale funzione, si aggiungono quelle, senz'altro fondamentali, di esegesi del diritto positivo e di ricostruzione sistematica dell'intero corpo di norme penali, tale da far emergere le eventuali aporie dello stesso rispetto alle legittime e dichiarate opzioni politico-criminali: dunque una funzione descrittiva, classificatoria ed ermeneutica<sup>524</sup>.

La strumentalizzazione del concetto di bene giuridico ai fini espansivi della portata incriminatrice delle norme penali oltre il dato letterale<sup>525</sup> rappresenta un'aporia rispetto ai principi definatori di un sistema garantista, i quali soltanto se coordinati e

---

ALESIANI, *I reati di opinione. Una rilettura in chiave costituzionale*, Milano 2006; DAVIDE STRAZZARI, *Discriminazione razziale e diritto*, Padova 2008.

523 JOHANN MICHAEL FRANZ BIRNBAUM, *Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung*, in *Achiv des Criminalrechts*, 1834, 174ss.

524 A sua volta egli cita in tal senso, per tutti, KNUT AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft. Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der «Sozialschädlichkeit» des Verbrechens*, Frankfurt am Main, 1972, 15 ss., 43 ss., 52 ss., 73 ss.; FRANCESCO ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano 1983, 3 ss.

525 In una prospettiva storica sulla distanza tra le intenzioni di Birnbaum e la concreta applicazione del concetto di bene giuridico in chiave estensiva della capacità della norma penale, vd. THOMAS VORMBAUM, *Birnbaum und die Folgen*, in J.M.F. BIRNBAUM, *Zwei Aufsätze*, a cura di José Luis Guzmán Dalbora e Thomas Vormbaum, Berlin 2011, 93 ss.; ID., *Fragmentarisches Strafrecht in Geschichte und Dogmatik*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Bd. 123, 2011, 660 ss., in cui si sottolinea la coerenza tra offensività e frammentarietà attraverso il concetto di bene giuridico, inteso in chiave ermeneutica quale limite all'intervento penale. Il testo è, altresì, reperibile on-line in italiano con traduzione di Massimo Donini all'indirizzo [http://www.ristretti.it/commenti/2014/ottobre/pdf7/articolo\\_vormbaum.pdf](http://www.ristretti.it/commenti/2014/ottobre/pdf7/articolo_vormbaum.pdf), con il titolo *Il diritto penale frammentario nella storia e nella dogmatica*. Per ulteriori approfondimenti e bibliografia, si rimanda al già citato M. DONINI, *Il principio di offensività*, cit., 53.

costruiti l'uno in coerenza con l'altro possono restituire un sistema equilibrato di garanzie: né il solo principio di legalità, che potrebbe degenerare in uno sterile ossequio tecnicista, né il solo principio di offensività, che violerebbe la garanzia di certezza e prevedibilità delle conseguenze dell'azione, né in ultimo il solo principio di personalità, che legittimerebbe forme di colpevolezza d'autore, sarebbero di per sé sufficienti allo scopo. Per tale ragione, in un sistema garantista la categoria dogmatica del bene giuridico non potrebbe leggersi in funzione espansiva della portata della fattispecie oltre il dato letterale, in quanto in questo caso si vedrebbe violato anzitutto il principio di legalità.

Stando quanto premesso, non è possibile inferire dall'esistenza e dalla portata di un determinato bene giuridico, seppur di grande rilevanza, l'obbligo della sua tutela penale, la quale resta indiscutibilmente una scelta del legislatore. Ciò che, con riguardo alla teoria dei beni giuridici, sicuramente è imposto, sul piano positivo, dalla Costituzione e, sul piano metodologico, dalla lettura sistematica delle norme penali, è la ragionevolezza delle fattispecie e la coerenza dell'apparato sanzionatorio ad esso connesso secondo la scala di valori costituzionali, permeati dalla centralità della dignità e autonomia della persona. È, infatti, la libertà quale diritto *inviolabile* della persona<sup>526</sup> ad imporre la necessità di mantenere il rapporto tra lecito ed illecito in termini rispettivamente di regola ed eccezione e sempre nel rispetto dei vincoli formali e sostanziali di criminalizzazione: è quanto si afferma attraverso i principi di sussidiarietà e frammentarietà di un diritto penale quale *extrema ratio*. Si può concludere<sup>527</sup>, dunque, che secondo il dettato costituzionale, il quale recepisce un sistema garantista di diritto penale, non esistono obblighi di criminalizzazione a carico del legislatore<sup>528</sup>.

Ciò precisato, rispetto agli interessi o beni insorgenti in una società in trasformazione e di cui si voglia favorire l'affermazione o coadiuvare l'abbandono, neppure si può affermare l'obbligatorietà di una tutela di carattere penale. Tali beni, ponendosi sullo

---

526 Art. 13 della Costituzione italiana.

527 Come del resto già ampiamente affermato dalla Corte Costituzionale, in particolare nella sentenza n. 447.1998.

528 Questione ancora aperta è invece quella riguardante gli obblighi positivi di criminalizzazione di fonte Europea: il tema tuttavia richiederebbe una trattazione disfunzionale rispetto all'economia dell'argomentazione proposta. Per l'approfondimento della tematica e la bibliografia in tema si rimanda a CATERINA PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa 2009.

stesso livello di tutti gli altri interessi tutelati dall'ordinamento, non possono fare eccezione rispetto ai principi generali del sistema penale: dunque soltanto ove vengano rispettati gli stessi vincoli formali e sostanziali di criminalizzazione sarà consentito al legislatore di introdurre una disciplina di carattere penale.

Come per tutti i beni giuridici classici, la loro selezione, sempre entro i limiti positivi costituzionali, è frutto di una opzione politico-criminale che interpreta una certa maturità sociale rispetto ai valori ritenuti centrali. La funzione innovativa del diritto dunque, come già anticipato, non agisce sul piano strutturale ma soltanto sul piano valoriale: pertanto essa non è in grado di legittimare alcuna eccezione ai principi fondamentali in materia, né una modificazione sul piano strutturale dei caratteri costitutivi della norma penale. Quest'ultima pertanto dovrà continuare a costruirsi nel rispetto dei principi di legalità, in particolare di tassatività e frammentarietà, e di offensività, quale lesione ad un bene giuridico di rilevanza costituzionale, almeno equiparabile a quello della libertà personale.

L'unica reale differenza tra i beni giuridici tutelati nel diritto penale liberale classico e quelli emergenti dallo Stato personalista e solidarista costituzionale si individua, infatti, esclusivamente sul piano della titolarità del bene offeso, che da individuale diventa a titolarità diffusa o collettiva. Tale differenza, in effetti, può diventare problematica soltanto in un diritto penale che sia inteso quale strumento di tutela dei soli diritti soggettivi, come nel modello di Feuerbach<sup>529</sup> ed in generale nella dottrina ottocentesca: esso così rispecchia l'idea di un diritto inteso quale mero insieme di norme negative a carattere protettivo-repressivo. L'incompatibilità della tutela penale rispetto a interessi a titolarità diffusa non emerge, invece, laddove il diritto penale venga orientato alla tutela dei beni giuridici, poiché essi di per sé non richiedono l'esistenza di un individuo particolare che si atteggi a titolare del bene stesso, essendo sufficiente la mera materialità dell'interesse difeso ed il rispetto dei principi fondamentali in materia penale.

La ritrosia ad ammettere l'inserimento nel catalogo dei beni giuridici suscettibili di tutela penale di quelli legati a nuovi assetti sociali, tipici di uno Stato democratico di

---

529 PAUL JOHANN ANSELM RITTER VON FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, originale del 1801, consultato nell'edizione del 1973 Aalen, 45ss. Nello stesso senso, GAETANO FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, originale del 1789, e FRANCESCO MARIO PAGANO, *Principi del codice penale*, originale del 1786.

stampo solidarista, emerge in questo modo nella sua dimensione prettamente ideologica. Una concezione del diritto penale orientata alla tutela dei diritti soggettivi è, infatti, lo specchio fedele di una società squisitamente liberal-borghese, che costruisce il sistema giuridico a misura degli interessi in essa ritenuti rilevanti, che si riducono ai beni individuali oggetto dei diritti soggettivi: *in primis* libertà (dallo Stato) e proprietà.

Quando, invece, l'asse valoriale si sposta verso principi di uguaglianza e dignità della persona, sia come singolo sia all'interno delle formazioni sociali in cui si sviluppa la sua personalità<sup>530</sup>, non solo non è più sufficiente ma non appare neppure sempre necessaria la tutela penale dei diritti soggettivi<sup>531</sup>. Gli interessi, per ritenersi meritevoli di tutela penale, dovranno trovare altrove la propria legittimazione e non potranno mutuarla da una funzione ancillare rispetto al diritto privato. I beni giuridici, in tal senso, rappresentano una garanzia fenomenale del principio di uguaglianza. Essi infatti, mantenendo quale pietra angolare il valore della persona, concretano le diverse manifestazioni di offesa sia per tipo che per gravità, in modo indipendente rispetto alla titolarità di una qualsiasi posizione giuridica che non corrisponda al mero riconoscimento della qualità di essere umano. E siccome il valore dell'essere umano non è quantificabile<sup>532</sup>, diviene del tutto irrilevante che le relative offese siano arrecate alla persona quale singolo oppure quale collettività.

Ciò che invece continua a risultare indispensabile in una teoria garantista è il rispetto dei principi fondamentali in materia penale. Tali principi non appartengono esclusivamente ad una società liberal-borghese, ma rappresentano il più alto contributo della dottrina penalistica alla grande meta-narrazione<sup>533</sup> dei diritti umani che permea le società occidentali contemporanee. Se la democrazia non è dittatura

530 Parafrasando l'art. 2 della Costituzione italiana.

531 Basti pensare alla diversa rilevanza che può acquisire il bene giuridico patrimonio, rispetto ad diritto soggettivo della proprietà, come inteso dalla filosofia liberale, da Locke a Hegel. Per un acuto e puntuale sguardo alla storia del pensiero liberale classico lockiano rispetto al significato di proprietà, vd. GUIDO FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, vol. II *L'età moderna*, Bari 2001, 171 ss.; per Hegel, si suggerisce la lettura dell'interessante lavoro di AMBROGIO GAROFANO, *Nota su proprietà privata e proprietà comune in Hegel*, in AA.VV., *Pubblico, Privato, Comune*, numero monografico della rivista Fogli di Filosofia, 2014, Fascicolo V, 85 ss., che con estrema limpidezza mostra la proprietà hegeliana come oggettivizzazione della volontà, infinita, universale e libera della persona.

532 Come è emerso nel dibattito sulla giustificazione della tortura, Cfr. ALFRED MCCOY, *A question of torture: CIA interrogation, from the Cold War to the War on Terror*, New York 2006, 210 ss.

533 JEAN FRANÇOIS LYOTARD, *La condizione postmoderna: rapporto sul sapere*, Milano 1981, in particolare cap. 8, *La funzione narrativa e la legittimazione del sapere*.

della maggioranza ma tutela delle minoranze, allora il garantismo penale assicura l'affermazione più genuina di ogni sistema democratico, poiché il reo non è che l'ultima e più conflittuale delle minoranze.

Con il passaggio dal concetto liberale di individuo a quello social-democratico di persona si realizza l'apertura da una dimensione atomistica dell'essere umano ad una intersoggettiva e relazionale dello stesso<sup>534</sup>. Il concetto di persona supera quello di individuo, includendolo, e pertanto impone di valorizzare l'uomo in tutti gli aspetti rilevanti della sua vita, sia nella dimensione prettamente individuale sia in quella sociale. Si apre, in questo modo, la possibilità di tutelare interessi ulteriori rispetto a quelli individualistici.

Parte della dottrina<sup>535</sup> cui va il merito di una pregevolissima disamina delle storture di un sistema penale promozionale dimentico dei principi fondamentali in materia penale, non si troverebbe forse d'accordo sull'assunto dell'ammissibilità della tutela penale anche per quanto concerne interessi diffusi o collettivi. Secondo tale posizione teorica non sarebbe possibile approntare una tutela penale a tali interessi senza da un lato consumare gli spazi di libertà fondamentali dell'individuo e dall'altro smembrare manifestamente i principi fondamentali in materia penale.

Benché si condividano fortemente le perplessità mostrate dall'Autore rispetto alle scelte di tipizzazione e disciplina concretamente adottate in Italia, da tale premessa non ci sembra possibile dedurre *tout court* l'inammissibilità teorica di interventi penalistici a tutela di interessi diffusi o collettivi. L'argomento, infatti, sembra posare su di una fallacia naturalistica: in base alla legge di Hume, non si possono derivare logicamente conclusioni prescrittive o morali da premesse descrittive o fattuali (né viceversa). Nel nostro caso, non è logicamente possibile concludere per l'inammissibilità di uno strumento teorico sulla base della descrizione di concrete manifestazioni dello stesso: in tal caso, si sovrapporrebbero il piano della legittimità, appartenente al giudizio sul dover essere, con quello dell'efficacia, concernente la fenomenologia contingente. Il fatto che una concreta manifestazione del diritto penale promozionale abbia effettivamente consumato gli spazi di libertà e violato i

534 FRANCESCO DAL POZZO, *Soggettività "naturale" e cognitivismo etico-giuridico. Appunti per una riflessione sulla giustizia come problema della persona*, Torino 1991, 9ss.

535 FILIPPO SGUBBI, *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, Bologna 1990.

principi fondamentali del diritto penale non implica che tutte le manifestazioni dello stesso portino al medesimo risultato. Piuttosto, potrebbe essere indice di una cultura giuridica in Italia forse ancora fortemente autoritaria e illiberale<sup>536</sup>: ma questo è un giudizio di carattere ideologico e non teoretico e i due piani non vanno confusi.

Non è questo però l'unico argomento che l'Autore adduce per sostenere la sua tesi. Egli a più riprese conviene sull'esistenza di un ordine naturale che verrebbe progressivamente sostituito da un ordine normativo programmato, tutto artificiale. L'ordine naturale si sostanzierebbe, in questa tesi, nel riconoscimento della libertà e nella repressione della lesione dei beni a questa legati: questi due criteri, libertà e lesione, definirebbero, *sub specie aeternitatis*, le rispettive aree di liceità e illiceità. L'ordine artificiale introdurrebbe, invece, una categoria che egli definisce «libertà condizionata», capace di limitare l'area della libertà naturale pur in assenza di una lesione dei beni<sup>537</sup>.

Il primo dato da evidenziare è che questa costruzione teorica corrisponde perfettamente a quanto sostenuto dal concettualismo ottocentesco di Jhering e poi da Kelsen: essa restituisce una immagine del diritto quale sistema coercitivo di carattere esclusivamente protettivo-repressivo, su cui già abbiamo avuto modo di pronunciarci.

In secondo luogo, verrebbe da domandarsi quali sono, secondo l'Autore, i beni la cui lesione giustifica la repressione penale. La risposta, seppur non esplicita, si legge nelle maglie della ricerca: poiché l'ordine naturale sarebbe quello del libero mercato, i beni cui egli sta facendo riferimento sono in realtà legati al concetto di proprietà e suoi derivati. E ciò che in realtà tutela il diritto penale, a ben vedere, sono i diritti soggettivi. Libertà e proprietà: sarebbero questi i pilastri del diritto naturale. Com'è evidente, non si va troppo lontano dall'impostazione assiologica dell'ideologia liberale classica.

Tuttavia, va rilevato nuovamente che l'uso dell'argomento ideologico, il quale confonde il piano della prescrizione con quello della descrizione, rende fallaci le conclusioni. Il mercato e le supposte leggi naturali che lo regolano non sono entità ontologicamente date. Esse non appartengono al mondo naturale, bensì al contesto

---

536 In questo senso l'Autore ed altri.

537 F. SGUBBI, *il reato come rischio*, cit., 12-13.

culturale: tali concetti sono il frutto della mitologia moderna<sup>538</sup>, non più né meno delle grandi religioni del passato. L'unica realtà fisica cui rimandano è quella del significato comunicativo assunto e condiviso nelle relazioni sociali: si può concordare sul valore positivo o negativo da essi ricoperto, ma, in quanto valori, certamente non si potrà presumerne l'esistenza nel mondo naturale e su questa fondare una costruzione dogmatica della teoria del reato.

Ciò detto, è, però, da condividere, sul piano puramente descrittivo, l'analisi che l'Autore propone rispetto all'effettiva tutela apprestata agli interessi collettivi. Nella legislazione positiva, sembra in effetti sanzionarsi una mera trasgressione ad un divieto autoritativamente imposto e ciò con conseguenze tecniche sul piano dei principi del diritto penale realmente devastanti<sup>539</sup>. La riconduzione degli interessi collettivi a beni d'autorità, contro cui si scaglia la critica dell'Autore, può essere sintomatica, come si accennava, della tentazione autoritaria che pervade il sistema giuridico italiano, e tuttavia non dimostra sul piano dogmatico che i primi implicino necessariamente quest'ultima, e cioè che la tutela di quei beni conducano necessariamente a quell'ideologia autoritaria o viceversa. Come detto, quelli collettivi sono interessi che possono essere tutelati alla stregua di tutti gli altri beni e sottoposti ai medesimi criteri di legittimità: sono questi criteri a garantire la tenuta di un sistema che si voglia ideologicamente e costituzionalmente garantista.

In ciò troviamo la risposta all'interrogativo circa i limiti strutturali alla funzione promozionale nel diritto penale: tali limiti corrispondono al rispetto dei principi fondamentali di un diritto penale garantista. Pertanto le fattispecie poste a tutela di interessi collettivi, in primo luogo, dovranno costruirsi nel rispetto del principio di legalità non soltanto formale, ma anche sostanziale: dunque tassatività e determinatezza dei precetti. Esse dovranno corrispondere all'offesa di un bene giuridico afferrabile e comprensibile: non è sufficiente la mera dichiarazione di principio della funzione o *ratio* di tutela, ma sarà necessario individuare il danno sociale che consegue da una condotta adeguatamente descritta. Esse in ultimo

538 «Il re è morto, viva il re» in Francia valse solo fino a Luigi XVI: quando il re morì per mano del popolo, ciò che rotolò giù dal palco non fu solo la sua testa, ma il mito della monarchia. Un'ideologia era tramontata e ne era appena sorta un'altra. Ma quando la sede di Charlie Hebdo fu oggetto di attentato nel Gennaio 2015, la rivista non scomparve con essa, ma anzi si moltiplicò in tutti i *Je suis Charlie Hebdo*: il mito della libertà di espressione è ancora vivo nella nostra mitologia.

539 F. SGUBBI, *il reato come rischio*, cit., 51 ss.

dovranno rispettare il principio di responsabilità personale, da un lato individuando fatti che siano effettivamente dominabili da parte dell'autore e dall'altro rifuggendo da forme di strumentalizzazione del reo per fini di consenso sociale. In caso contrario, si vedrebbe violato il fondamentale principio di civiltà espresso dall'imperativo categorico kantiano, secondo cui ogni uomo deve essere trattato sempre come fine e mai solo come mezzo.

Tutto ciò ricordando che, laddove non si fosse in grado di rispettare i requisiti di una norma penale garantista, allora bisognerà rinunciare alla risposta sanzionatoria di carattere penale e ricorrere ad altri più adeguati strumenti di tutela di carattere amministrativo o civile<sup>540</sup>.

#### ***4. La mistificazione della funzione di trasformazione sociale del diritto penale***

Dall'analisi appena compiuta possiamo concludere, rispetto alla funzione innovativa o di trasformazione sociale del diritto penale, che essa, in primo luogo, riguarda esclusivamente la selezione degli interessi meritevoli di tutela. Non incide, invece, sulla struttura delle norme incriminatrici, la quale resta invariata e ancorata alla funzione protettivo-repressiva conseguente all'uso delle sanzioni negative. In secondo luogo, si è dedotto che, proprio in quanto concernente il solo piano della selezione degli interessi o beni giuridici da tutelare e dunque l'oggetto della materia, essa non è in grado di eccepire o derogare ai principi e criteri informativi del sistema penale garantista, che resta l'unico costituzionalmente legittimo.

Ciononostante, non solo ad opera del legislatore, ma anche sul piano teoretico si è spesso contravvenuto alle premesse più innanzi discusse – ciò che ne ha reso necessaria l'accurata disamina –, dando luogo a forme più o meno accentuate di

---

540 A tale proposito, una precisazione. Ciò che formalmente definisce un reato è la specifica risposta sanzionatoria utilizzata: la pena. Affinché, però, le effettive garanzie penali siano rispettate, non è sufficiente che la risposta sanzionatoria prevista sia formalmente qualificata come diversa dalla pena: è necessario che tale risposta sia contenutisticamente e sostanzialmente diversa. Rinunciare alla tutela di carattere penale significa dunque rinunciare ai caratteri della pena, al fine di scongiurare una purtroppo frequente «truffa delle etichette». In tal senso si è in ultimo espressa anche la Corte EDU, a partire dal *leading case* Engel e altri c. Olanda, che, per mezzo dei concetti emergenti dagli artt. 6 e 7 della CEDU, ha adottato un approccio sostanzialistico che prescinde dalla qualificazione formale degli istituti operati dai legislatori nazionali. Ciò ha permesso alla Corte di superare la qualificazione di illeciti sostanzialmente penali come non penali volte ad eluderne le garanzie. Per un approfondimento, vd AA.VV., *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di Vittorio Manes e Gustavo Zagrebelsky, Milano 2011.

mistificazione della funzione innovativa del diritto penale. Ciò in particolare è avvenuto quando, pur di ricorrere allo strumento sanzionatorio della pena, si è rinunciato ai principi fondamentali anzidetti<sup>541</sup>, che rappresentano l'unico criterio di accesso a un diritto penale liberale e garantista.

Sul piano della funzione promozionale del diritto penale propriamente detta, abbiamo già accennato ai risultati distorsivi rispetto ai principi, derivanti dall'uso di norme premiali autonome rispetto al fatto di reato e poste all'interno del processo<sup>542</sup>.

Per quanto concerne la funzione innovativa o di trasformazione sociale del diritto penale, come anticipato, essa si muove nel diverso ambito della selezione degli interessi meritevoli di tutela: tale selezione, tuttavia, non può incidere sui caratteri costitutivi di una norma incriminatrice, informata ai principi del garantismo, senza incorrere in una fallacia metodologica che confonde forma e contenuto.

#### **4.1. L'amministrativizzazione del diritto penale**

Immergendosi nelle diverse forme di manifestazione di tale fallacia, si possono identificare alcune rilevanti distorsioni del sistema penale. Attraverso la mistificazione della giustificazione valoriale alla base della funzione di innovazione, esse hanno condotto gradualmente all'accantonamento o superamento dei limiti strutturali della norma incriminatrice in vista della presunta tutela di valori ritenuti imprescindibili nelle moderne società. In particolare, si possono individuare due diverse tendenze, una di carattere oggettivo, la seconda di carattere soggettivo, che hanno continuato ad infiltrarsi nelle maglie dell'ordinamento sino a diventare una realtà innegabile dello stesso: rispettivamente, si fa riferimento, da un lato, alla c.d.

---

541 Spesso adducendo che l'uso dello strumento penale, nonostante la distorsione dei suoi principi fondamentali, risulterebbe comunque maggiormente garantista per la posizione del reo rispetto all'uso di strumenti diversi, che non prevedono affatto il rispetto di tali principi. Tale posizione, tuttavia, incorre in una inversione metodologica: dall'impossibilità di rispettare i criteri informativi del sistema penale deve logicamente derivare la rinuncia a quel tipo di risposta sanzionatoria che si identifica con la pena, mentre non si può inferire la necessità di derogare ai principi costituzionali dal fatto che quello strumento sia stato (lecitamente, ma non legittimamente) previsto dalla legge. V'è da aggiungere inoltre che la pena, come detto, va identificata in base ai suoi caratteri di afflittività e incisività nella sfera di libertà del reo, che la caratterizzano sostanzialmente, e non meramente in base alla qualificazione formale attribuita dal legislatore. Questa chiave di lettura permette di scongiurare la possibile riconduzione di uno strumento particolarmente afflittivo di risposta sanzionatoria al di fuori dall'area di operatività dei principi fondamentali. Cfr nota precedente.

542 Per più ampi riferimenti, si rimanda nuovamente a T. PADOVANI, *La soave inquisizione*, cit. 529 ss.

amministrativizzazione del diritto penale<sup>543</sup> e, dall'altro, al c.d. diritto penale simbolico<sup>544</sup>.

Per quanto concerne il primo termine, si suole riferirsi all'amministrativizzazione del diritto penale in quelle ipotesi, ormai frequenti, in cui la sanzione penale fa da mera cornice ad una disciplina appartenente ad altro ramo dell'ordinamento, rispetto al quale la previsione sanzionatoria penale si pone in posizione del tutto ancillare. Nonostante la sanzione sia prevista, infatti, all'interno della medesima normativa, essa non ha come referente una fattispecie autonoma di reato, bensì la mera violazione della disciplina extra-penale. Proprio il contenuto di mera violazione, caratterizzante le sanzioni amministrative, ha suggerito la terminologia suddetta: il contenuto della previsione resta di carattere prettamente amministrativo, risolvendosi in norme di organizzazione<sup>545</sup>, ma la sanzione prevista in caso di violazione è di

543 In questi termini, ALESSANDRO BARATTA, *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, in *Il diritto penale minimo. La questione criminale tra riduzionismo e abolizionismo*, a cura di Alessandro Baratta, vol. III de *Dei delitti e delle pene. Rivista di studi sociali, storici e giuridici sulla questione criminale*, Napoli 443 ss.

544 Attualmente il maggior punto di riferimento per gli studi sul diritto penale simbolico è senza dubbio Winfried Hassemer, che fornisce una sintesi completa ed elegante delle sue conclusioni nel suo WINFRIED HASSEMER, *Das Symbolisches am symbolischen Strafrecht*, in AA.VV., *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, a cura di H Achenbach e altri, Berlin-New York, 1001 ss.; si veda anche ID., *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos*, in *Pena y Estado. La función simbólica del derecho penal*, Barcelona 1991, 23 ss.; ID., *Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz* (anno di prima pubblicazione 1989), ora in ID., *Strafen im Rechtsstaat*, Baden-Baden 2000, 170 ss; ID., *Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e diritto naturale. Aspetti giuridici*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, 104 ss; per la letteratura italiana, vd. CARLO ENRICO PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale*, Napoli 2011; nonché, per l'amplissima bibliografia e spirito di sintesi, SERGIO BONINI, *Quali spazi per una funzione simbolica del diritto penale?*, in *L'indice Penale*, 2003, 491 ss.

545 La contraddizione potrebbe non apparire manifesta. Riprendiamo e confrontiamo allora due dicotomie proposte rispettivamente da Hayek e Hart, sperando guidino nel cammino. Secondo Hayek la grande dicotomia nella teoria del diritto sarebbe quella tra «norme di condotta», che impongono un comando individuale necessario alla convivenza, e «norme di organizzazione», che invece obbligano alla convergenza delle azioni intersoggettive in vista di un fine comune. La prima categoria di norme sarebbe caratterizzante le società aperte, come quella liberale, in cui esistono ampi spazi di libertà non condizionata. La seconda sarebbe invece tipica delle società chiuse. Dal canto suo, Hart distingue le norme in «primarie» e «secondarie», essendo le prime quelle che impongono obblighi e le seconde quelle che conferiscono poteri. Le norme del primo tipo si assocerebbero a società primitive basate esclusivamente sull'imposizione di comandi da parte di un'autorità, mentre le seconde corrisponderebbero a società evolute e complesse, che necessitano di un apparato di poteri e organizzazione più esteso. È interessante notare che, mentre il primo concetto si sovrappone con quello di «norme di comando» di Hayek, il secondo appare piuttosto distinto, rappresentando nel primo autore una limitazione della sfera di libertà e nel secondo, all'opposto, l'attribuzione di un potere. Tale differenza rivela la matrice ideologica di entrambi gli autori: il primo, fervente liberale, vede nell'intervento dello Stato un'inarrestabile fonte di oppressione e regressione pre-moderna; il secondo social-democratico, intende, invece, l'azione comune come forma di creazione di nuovi poteri, possibile solo in società evolute. Ciò che interessa ai fini della trattazione è che le norme penali sono tipicamente norme di comando o primarie. Nell'ipotesi definita «amministrativizzazione del diritto penale»,

carattere penale. L'ordinamento dunque adotta una regolamentazione presidiata dalla sanzione penale, rinunciando però alla repressione delle condotte che immediatamente sono orientate all'offesa del bene<sup>546</sup>.

Nell'attuale panorama scientifico, quando si cerca di inquadrare le criticità del diritto penale moderno, si fa sovente ricorso al concetto di «società del rischio». L'allocuzione in oggetto rimanderebbe ad un fenomeno tipico delle società post-industriali odierne, ove i maggiori pericoli per le comunità sono legati ad attività di per sé lecite e che tuttavia utilizzano un alto grado di tecnologizzazione, non facilmente dominabile da parte dell'utilizzatore e in buona parte dalle conseguenze imprevedibili per la sicurezza e la salute. Ciò sarebbe all'origine della tendenza a spostare l'attenzione dalla repressione di un fatto già di per sé dannoso, che in questi casi può avere effetti devastanti, a forme di prevenzione del rischio, attraverso un complesso di regolamentazioni dell'attività le cui violazioni, pur lontane in termini causali dal danno, sono sorrette da un massiccio ricorso alla sanzione penale. In definitiva, il controllo penale servirebbe a scongiurare non un danno, bensì direttamente il rischio della sua realizzazione. Le criticità di un modello siffatto sono evidenti: il diritto penale da strumento di reazione ad un danno sociale, diviene misura di mera prevenzione, snaturando così la propria funzione protettivo-repressiva. La norma penale si traduce in tal modo in un illecito di mera trasgressione, posta a tutela direttamente della *ratio* della normativa, *id est* a tutela di funzioni, e non più di beni giuridici concreti e immediatamente percepibili. Ciò comporta la progressiva anticipazione della tutela penale e la sua conseguente estensione oltremisura in assenza di un ancoraggio ad un'offesa determinabile, tanto da condurre la dottrina a parlare di diritto penale come *prima ratio* e non più come *extrema e ultima ratio*.

---

ciononostante, esse si vorrebbero e verrebbero concretamente a piegarsi sullo schema delle norme di organizzazione o secondarie, confondendo i termini della dicotomia, da qualsiasi punto di vista la adottiamo. Al di là delle differenze ideologiche, infatti, in tutti i casi ciò rappresenterebbe un errore di metodo, che confonde la funzione dell'una con la risposta (sanzionatoria) e la struttura dell'altra categoria di norme. Per i riferimenti alle opere degli autori, vd. FRIEDRICH AUGUST VON HAYEK, *The Principles of a liberal social order*, in *Il politico*, XXXI 1966, 601 ss; ID., *La società libera*, Firenze 1969, 151 ss.; HERBERT LIONEL ADOLPHUS HART, *Il concetto del diritto*, Torino 1965, 35 ss. Per la letteratura sulle opere di questi autori, di nuovo, N. BOBBIO, *Dalla struttura*, cit., 101 ss.; AA.VV., *Una introduzione alla filosofia del diritto*, a cura di Massimo La Torre e Alberto Scerbo, Soveria Mannelli (Catanzaro) 2003, 93 ss.

546 S. MOCCIA, *Dalla tutela dei beni alla tutela delle funzioni*, cit., 345.

A sostegno di una tale distorsione del diritto penale, si è affermato<sup>547</sup> che i beni giuridici a titolarità diffusa o collettiva, che sono propri dell'azione amministrativa e della regolamentazione di attività pericolose, non potrebbero essere adeguatamente tutelati se non attraverso la criminalizzazione di condotte fortemente anticipate rispetto all'effettiva offesa al bene giuridico. Quest'ultimo concetto diventerebbe dunque un ostacolo per la costruzione di un diritto penale adeguato alle esigenze di uno Stato che prendesse seriamente in considerazione le istanze solidaristiche di matrice costituzionale. L'introduzione di nuovi orizzonti di interesse sarebbe non solo necessaria, ma già di per sé sufficiente alla legittimazione di nuove fattispecie di reato, dando così luogo ad una incorporazione potestativa e non solo limitativa per alcuni «beni giuridici» o meglio semplici rischi particolarmente vaghi<sup>548</sup>. In questo senso dunque, in presenza di una generale pericolosità dell'azione o in relazione a norme con funzione organizzatoria, si potrebbe ricorrere legittimamente a reati di pericolo astratto, poiché l'offensività del reato, in questi casi, non si misurerebbe in termini di conseguenze concrete, ma di incompatibilità con le tendenze programmatiche e di prevenzione del sistema<sup>549</sup>.

Lo schema alla base di tale distorsione e le sue criticità sono le medesime che si riscontrano nelle c.d. norme penali in bianco<sup>550</sup> di cui riproducono la *ratio*.

547 Per tutti, CESARE PEDRAZZI, *Problemi di tecnica legislativa*, in AA.VV. *Comportamenti economici e legislazione penale*, a cura di Cesare Pedrazzi e Giovanni Silvestro Coco, Milano 1979, 39 ss; KLAUS TIEDEMANN, *Strafrecht und Marktwirtschaft*, in *Festschrift für W. Stree und J. Wessels*, Heidelberg 1993, 527 ss.

548 Per i concetti di incorporazione potestativa e limitativa Cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e Ragione*, cit., 358.

549 Così ancora CESARE PEDRAZZI, *Interessi economici e tutela penale*, in AA.VV. *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cura di Alfonso Maria Stile, Napoli 1985, 304.

550 Nell'amplissima letteratura in materia, tenendo da parte la manualistica, si consiglia GIOVANNI LEONE, *Le norme penali in bianco*, in *Scritti teorico-pratici sulla nuova legislazione penale italiana*, vol. I, Bologna 1932; BIAGIO PETROCELLI, *Norma penale e regolamento*, in *Studi De Marsico*, vol. II, Milano 1959, 399; ANTONIO PECORARO ALBANI, *Riserva di legge, regolamento, norma penale in bianco*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1959, 762ss; GIUSEPPE CARBONI, *L'inosservanza dei provvedimenti dell'autorità. Lineamenti dogmatici e storico costituzionali dell'art. 650 del codice penale*, Milano 1970; ID., *Norme penali in bianco e riserva di legge: a proposito della legittimità costituzionale dell'art. 650 c.p.* in *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 1971, 454; GIOVANNI CERQUETTI, *Teoria degli atti giuridici previsti nella norma incriminatrice*, Napoli 1973, 47; GAETANO VICICONTE, *Riserva di legge in materia penale e fattispecie in rapporto di integrazione con atti amministrativi*, in AA. VV., *Sulla potestà punitiva dello Stato e delle Regioni*, Milano 1994, 55; ANTONIO PAGLIARO, *Legge penale nel tempo*, voce in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXIII, 1973, 1048; MARIO ROMANO, *Repressione della condotta antisindacale*, Milano 1974, 160; in ultimo e per ampi riferimenti bibliografici, vd GIAN LUIGI GATTA, *Abolito criminis e successione di norme "integratrici": teoria e prassi*, Milano 2008, 68; per tutti nella letteratura tedesca vd. GERHARD DANNECKER §§ 1 und 2 in *Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch*, vol. 12, a cura di Heinrich Wilhelm Laufhütte, Ruth

L'alterazione che si palesa senza sforzo in queste ipotesi richiama alla mente la *Normentheorie* di Binding<sup>551</sup>: così come descritta, quella penale non potrebbe che identificarsi con una norma di carattere secondario dal contenuto meramente sanzionatorio, aderente e strumentale ad una disciplina di carattere primario altrimenti definita. Con ciò si finirebbe nuovamente per negare la difficile autonomia guadagnata dal settore penale, che è invece segno di cesura tra uno Stato autoritario ed uno Stato liberale<sup>552</sup>.

L'amministrativizzazione del diritto penale, com'è chiaro, è divenuta particolarmente capillare negli stati moderni, ove l'intervento pubblico si è posto l'obiettivo di incidere profondamente nei rapporti economici e sociali. Una simile circostanza però non deve indurre in false conclusioni: né il perseguimento degli obiettivi di uno Stato sociale di diritto comporta la necessaria distorsione dello strumento penale nella forma anzidetta, né a quest'ultimo è preclusa in radice la possibilità di tutelare beni diversi da quelli liberali classici, pur nel rispetto dei principi del garantismo. Ciò che senza dubbio non rientra nelle possibilità del diritto penale è il convertirsi in uno strumento di regolamentazione e controllo di interi fenomeni sociali: la pena resta, senza eccezioni, la limitata risposta ad un fatto individuale previsto come reato. In quanto tale, essa non può snaturarsi, divenendo strumento amministrativo volto a realizzare un progetto sociale, per quanto meritorio questo sia. Altri, più idonei e sicuramente più efficaci, strumenti dovranno in tal caso essere presi in considerazione, sempre che quel progetto si intenda effettivamente realizzare e non solo annunciare attraverso gli altisonanti proclami di diritto penale.

---

Rissing van Saan e Klaus Tiedemann, 2007, 57ss., in part. 127-129.

551 KARL BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts*, versione originale del 1922 Leipzig, consultato nella edizione del 1991, Aalen. Egli non a caso fu il primo ad utilizzare la fortunata allocuzione di «norma penale in bianco»: le *Blankettstrafgesetze*.

552 L'affermazione forse merita un approfondimento per non sembrare apodittica: fintantoché la sanzione penale resta una mera manifestazione dell'esercizio del potere, essa non richiede alcun tipo di studio autonomo, in quanto la sua legittimazione coinciderà con quella dell'arbitrio del principio di autorità. Il diritto penale, invece, quale branca autonoma del diritto, porta con sé la domanda fondamentale del perché punire: il dibattito in materia penale è, in fin dei conti, dibattito sui limiti all'esercizio del potere punitivo. Il mero uso della forza non ha bisogno di legittimazione: quest'ultima esigenza sorge solo se quella forza si vuole razionalmente fondata (sempre che sia possibile) e dunque, allo stesso tempo, limitata. È questa l'origine, tutta liberale, del diritto penale, che si erge contro l'insinuazione del potere dentro le fibre vitali delle relazioni umane.

## 4.2. Il diritto penale simbolico

L'ultima considerazione guida verso l'altra distorsione del diritto penale promozionale, cui si è poc'anzi accennato: il diritto penale simbolico o, altrimenti detto, la funzione simbolica del diritto penale. Anche in relazione a tale concetto si pone l'urgenza di una certa chiarezza concettuale. Dalla sua prima apparizione nella terminologia giuridico-penale fino ad oggi<sup>553</sup>, si sono moltiplicati e accavallati i contributi che in modo più o meno critico hanno affrontato il tema. Per districarsi in questo vischioso ginepraio, possiamo distinguere e schematizzare tre significati dell'allocuzione, selezionando tra quelli che appaiono maggiormente pertinenti alla trattazione. Essi rispondono a tre criteri: descrittivo (essere), normativo (dover essere) e strategico (opportunità politica).

In primo luogo, astraendoci dal solo settore penale, v'è da rilevare che la funzione simbolica è caratteristica immanente a tutti i sistemi giuridici e, a dire il vero, non solo ad essi. Ogni sistema che si fondi sulla comunicazione tra un numero indefinito di soggetti si trova costretto ad usare simboli che siano in grado di rimandare ad un

553 PETER NOLL, *Ideologie und Gesetzgebung*, in *Ideologie und Recht*, a cura di Werner Maihofer, Frankfurt am Main, 1969, 69 ss.; ID., *Gesetzgebungslehre*, Reinbek 1973, 157ss.; ID., *Symbolische Gesetzgebung*, in *Zeitschrift Für Schweizerisches Recht*, 1981, 347 ss.; KNUT AMELUNG, *Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1980, 19 ss.; RAINER HEGENBARTH, *Symbolische und instrumentelle Funktionen moderner Gesetze*, in *ZRP*, 1981, 201 ss.; MIREILLE DELMAS-MARTY, *Dal codice penale ai diritti dell'uomo* (articolo originale del 1986), traduzione in italiano di Alessandro Bernardi, Milano 1992, 35 ss.; HARALD KINDERMANN, *Symbolische Gesetzgebung*, in *Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik*, 222 ss.; WINFRIED HASSEMER, *Symbolisches Strafrecht und Rechtgüterschutz* (anno di prima pubblicazione 1989), in ID. *Strafen im Rechtsstaat*, Baden-Baden 2000, 170 ss.; ID., *Das Symbolische am symbolischen Strafrecht*, cit., 1001 ss.; ID., *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos*, cit., 23 ss.; ID., *Fattispecie e tipo. Indagine sull'ermeneutica penalistica*, Napoli 2007, 71 ss.; MARTIN VOSS, *Symbolische Gesetzgebung. Fragen zur Rationalität von Strafgesetzgebungsakten*, Ebelsbach 1989; ALESSANDRO BARATTA, *Funzioni strumentali e funzioni simboliche del diritto penale. Lineamenti di una teoria del bene giuridico*, in *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, vol. II, Saggi teorico-giuridici, Milano 1990, 19 ss.; C. E. PALIERO, *Il principio di effettività*, cit., 537 ss.; JOSÉ MARIA SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona 1992, 304 ss.; JENS CHRISTIAN MÜLLER, *Die Legitimation des Rechtes durch die Erfindung des symbolischen Rechtes*, in *Kriminologische Journal*, 1993, 82ss.; WERNER LEHNE, *Symbolische Politik mit dem Strafrecht. Versuch einer Reinterpretation des Diskurses um symbolisches Strafrecht*, in *Kriminologische Journal*, 1994, 210 ss.; HEINZ STEINERT, *Über symbolisches und instrumentelles Strafrecht*, in *Konstruktion der Wirklichkeit durch Kriminalität und Strafe*, a cura di D. Frehsee, G. Löschper e G. Smaus, Baden-Baden 1997, 101 ss.; SERGIO MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli 2000, 53 ss.; JOSÉ LUIS DíEZ RIPOLLÉS, *Symbolisches Strafrecht und die Wirkungen der Strafe*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2001, 516 ss.; KLAUS GÜNTHER, *Die Symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe. Eine neue Straftheorie jenseits von Vergeltung und Prävention?*, in *Festschrift für Klaus Lüderssen Zum 70. Geburtstag am 2. Mai 2002*, a cura di C. Prittwitz e altri, Baden-Baden 2002, 205 ss.

significato condiviso. Tali simboli, riconoscibili da una determinata società in un determinato momento storico, appartengono alle credenze condivise che formano l'ordine culturale della comunità in oggetto. Non importa di che natura essi siano, se un rituale tribale, una icona della divinità o un evocativo totem celtico: ciò che rileva è il significato che quel simbolo rimanda alla comunità, che esso sia riconoscibile e faciliti la cooperazione tra persone che, pur non conoscendosi, hanno in comune la medesima narrazione, la medesima mitologia. La capacità di cooperare tra soggetti sconosciuti sulla base di idee astratte condivise ha rappresentato il salto culturale dell'*homo sapiens* rispetto a tutte le altre specie umane: è ciò che gli ha permesso di emanciparsi dai propri limiti biologici e dare inizio alla Storia<sup>554</sup>. Quelle idee astratte, che non esistono in natura eppure occupano la maggior parte dell'impegno intellettuale di ogni essere umano, sono appunto simboli della cultura condivisa.

I simboli del diritto moderno sono i segni linguistici: non è casuale che le correnti riconducibili allo strutturalismo e al post-strutturalismo secondo cui, molto banalmente, è il linguaggio a creare la realtà<sup>555</sup>, abbiano avuto la loro massima espansione negli studi di linguistica e semiotica.

Si può affermare, pertanto, che è connaturata ad ogni prescrizione, giuridica o meno che sia, una certa natura simbolica. E tali simboli permeano talmente in profondità la cultura del tempo, lo *Zeitgeist*, da confondersi talvolta con la verità assoluta: diventano promanazione della divinità o legge incisa nelle cose di natura. E tuttavia va tenuto a mente che la natura, e ciò che è naturale, non ha bisogno di prescrizioni: la natura appartiene all'essere, al vero o falso, il diritto al dover essere, al giusto o ingiusto<sup>556</sup>.

Oggi la mitologia giuridica condivisa è quella dei diritti umani: universali, naturali, inviolabili. Eppure essi non sono altro che parte della grande meta-narrazione<sup>557</sup> del nostro tempo, non sono iscritti in leggi di natura, non si estendono indefinitamente nel tempo e nello spazio e sicuramente sono soggetti a continue violazioni. E

554 Y. N. HARARI, *Da animali a Dèi*, cit., *La Rivoluzione cognitiva*, posizione 65ss.

555 BERGER-LUCKMANN, *La realtà come costruzione sociale*, Bologna 1997, *Introduzione*.

556 A ben vedere, i nostri concetti di naturale e innaturale non sono ricavati dalle scienze biologiche, bensì dalla teologia cristiana. Il significato teologico di «naturale» corrisponde a «conforme agli intenti di Dio che ha creato la natura». Come se il Dio cristiano, onnipotente e onnisciente, avesse bisogno di finiti e mediocri esseri umani per affermare lo scopo che Egli in tutta la sua potenza aveva inciso nelle cose di natura.

557 J. F. LYOTARD, *La condizione postmoderna*, cit., cap. 8.

ciononostante crediamo fermamente ai miti che essi ci restituiscono: la libertà e l'uguaglianza tra tutti gli esseri umani oggi non sono negoziabili, allo stesso modo in cui, non più che qualche decennio fa nelle società occidentali, principi opposti si consideravano del tutto *naturali*<sup>558</sup>.

Dunque nel diritto penale è irriducibile una certa componente simbolica. Questo è un dato puramente descrittivo, non valutativo. Per muoversi sul piano valutativo è invece necessario domandarsi se una funzione simbolica sia necessaria, ossia se appartenga al dover essere di un diritto penale garantista.

A tale proposito, è facile constatare che avrebbe decisamente poco seguito una normativa penale che si emancipasse dall'area di rappresentatività simbolica della società. Tuttavia, se ciò vale nella dimensione di effettività del diritto, allo stesso tempo, sul piano della conformità ai principi generali e costituzionali del diritto penale, quest'ultimo non solo può, ma anzi deve essere simbolico. Tale esigenza è ben conosciuta nella dogmatica penalistica e la si ritrova nelle prime pagine di tutti i manuali di diritto penale: essa corrisponde al principio di legalità, declinato quale tassatività e determinatezza. Ma anche precisione, chiarezza, materialità: essa corrisponde alla necessità di un precetto che rimandi ad un valore o disvalore immediatamente percepibile e che quindi sia in grado di orientare le condotte dei destinatari della norma.

Credettero di poter ignorare l'orientamento simbolico delle norme giuridiche quelle correnti del concettualismo, interessate alla mera coerenza interna del sistema giuridico. Queste ultime, ispirate alle scienze naturali e matematiche, trasportarono sul piano giuridico la necessità di ridurre ad unità sistematica la molteplicità di enti giuridici, costruendo una «piramide di concetti secondo le regole della Logica formale»<sup>559</sup>. Si procedeva per induzione dalle proposizioni contenute nelle norme giuridiche particolari a concetti di progressiva astrazione, fino ad arrivare ad un

---

558 La discriminazione razziale, negazione in radice del principio di uguaglianza, ad esempio, non solo era ampiamente diffusa, ma si pretendeva addirittura biologicamente fondata: in tal senso, gli studi del secolo scorso sulle differenze razziali sono esemplari. D'altro canto, non è che la libertà godesse di migliore salute: almeno metà della popolazione mondiale, quella femminile, ha vissuto nell'assoluta schiavitù parentale e maritale fino ad anni recentissimi. E neppure è difficile ritrovare oggi questi stereotipi «naturalisti» e le terribili usanze ad essi legate: basta solo allontanarsi di poco dalle grandi metropoli occidentali e immergersi nelle loro periferie.

559 KARL LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, traduzione allo spagnolo di Marcelino Rodríguez Moliner, Barcelona 1994, 39.

concetto supremo, di minimo contenuto e massima estensione, da cui si potessero contemplare tutti i concetti specifici e particolari, opportunamente classificati e coordinati<sup>560</sup>. La Pandettistica, tuttavia, pur se per questa via riusciva a dotare il diritto di scientificità e metteva in luce i rapporti reciproci tra i concetti giuridici, finì per aprire un abisso tra il Diritto e la vita sociale. Essa aveva creato una Giurisprudenza isolata dalla realtà, con la progressiva scomparsa dalla coscienza del giurista della tensione verso le finalità della norma, ripiegata com'era sul puro concetto. Il «feticismo verbale che ripone una fede oltre misura nell'autorità e nel magico potere delle parole della legge», si traduceva in una elaborazione categoriale mediante deduzione e induzione, che con superbo disprezzo ignorava la realtà e gli scopi del contenuto delle norme. Le conseguenze di tale atteggiamento teorico sono oltremodo conosciute: da un lato servirono da copertura legittimante a qualsiasi tipo di contenuto giuridico, anche quello del più tremendo totalitarismo, dall'altro ingenerarono una reazione uguale e contraria, attraverso quelle correnti sostanzialiste del «diritto libero», ispirate all'intuizionismo e relativismo assiologico<sup>561</sup>. Se la scienza giuridica non è in grado di integrare nei propri discorsi i valori e le esigenze che squassano nella vita reale, la politica criminale finisce per rompere gli argini della forma e isolare la dottrina nella torre eburnea, che da sé e per sé si è costruita.

Da ciò l'orientamento alle conseguenze che caratterizza il diritto penale moderno<sup>562</sup>, che nonostante le maggiori difficoltà che appone alla giustificazione del diritto penale, ma anzi proprio grazie a queste, consente di confrontarsi costantemente con la realtà sociale, in un rimando continuo tra effettività e legittimità.

In tal senso, la funzione simbolica, oltre che precipitato del principio di legalità, diventa pure irrinunciabile in una prospettiva teleologicamente orientata. In sua assenza, infatti, nessuna delle funzioni strumentali attribuite alla pena potrebbe essere sostenuta in teoria o perseguita in pratica. In difetto di una simbologia condivisa e comprensibile da parte del tessuto sociale, il diritto penale, a ben vedere, non potrebbe svolgere il suo compito di orientamento delle condotte individuali, con evidenti ricadute in quanto a prevenzione speciale e generale. Eppure, se più lineare

560 Così JOSÉ LUIS GUZMÁN D'ALBORA, *Elementi di filosofia giuridico-penale*, Napoli 2015, 150.

561 Evidenzia la duplice matrice delle teorie sostanzialiste nella Germania nazista ALESSANDRO BARATTA, *Positivism giuridico e scienza del diritto penale. Aspetti teoretici e ideologici dello sviluppo della scienza penalistica tedesca dall'inizio del secolo al 1933*, Milano 1966, 23ss.

562 W. HASSEMER, *Derecho penal simbólico*, cit., 30.

appare la verifica di detto postulato per le teorie relative della pena, orientate alla prevenzione speciale o generale, più stridente essa sembrerebbe rispetto alle teorie assolute. E tuttavia si può ritenere che quanto affermato valga anche per queste ultime. Difatti, se la funzione della pena è unicamente quella di ristabilire l'equilibrio nell'ordine sociale esterno<sup>563</sup> o la vigenza del diritto<sup>564</sup> violati dal fatto di reato, non meno quell'ordine e quel diritto, inesistenti in natura, sono nient'altro che un prodotto culturale costruito attraverso i simboli condivisi nella società: ciò che si riafferma con la pena è il simbolo dell'ordine costituito e il simbolo della vigenza del diritto. Anche la più strenua teoria retributiva non può, infine, negare l'origine tutta simbolica e culturale del criterio di giustizia che intende applicare: una causalità tra fatto, colpa e pena che è del tutto sconosciuta alle leggi della fisica.

Nel fondo, è realmente difficile individuare una teoria della pena prettamente assoluta<sup>565</sup>, che non persegua alcun fine: è stato osservato che tutte le prescrizioni e più ancora quelle giuridiche che prevedono una sanzione negativa si muovono sullo sfondo della necessità di confermare il diritto e la sua osservanza, proteggendo la coscienza morale collettiva e consolidando il messaggio di fedeltà al Diritto<sup>566</sup>.

Quanto detto confermerebbe la necessità di un certo grado di sensibilizzazione, di un certo grado di consolidamento sociale<sup>567</sup> degli interessi che si intendono tutelare, confinando il diritto penale in uno spazio piuttosto limitato quanto alla funzione di trasformazione sociale. Ciò non deve sorprendere: il diritto penale garantista è *extrema e ultima ratio*, il suo ruolo è limitato in tutti i settori e per tutti i beni, non soltanto in ragione della loro necessaria rilevanza sociale (giustizia) e costituzionale (legittimità), ma anche a causa dei limiti tecnici legati alla costruzione legislativa della fattispecie di reato (legalità). Il principio cardinale di una politica criminale alternativa, come ci ricorda il grande Maestro Baratta, non è la criminalizzazione

---

563 FRANCESCO CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale: del delitto, della pena* (1805-1888), Bologna 1993.

564 GEORG WILHELM FRIEDRICH HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto* (testo originale del 1821), ed. it. a cura di V. Cicero, Milano 1996, §§ 99ss, p. 207ss.

565 Anche in Kant si prendono infine in considerazione giustificazioni ulteriori rispetto alla mera esigenza di giustizia, «poiché quando si rinuncia alla giustizia, non ha più valore per gli uomini la vita».

566 In questo senso, G. JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, cit., 14; W. HASSEMER, *Derecho penal simbólico*, cit., 27.

567 F. BRICOLA, *Funzione promozionale*, cit., 1412.

alternativa, bensì la decriminalizzazione, la più drastica riduzione possibile del sistema penale<sup>568</sup>.

Superare questi limiti corrisponde ad accantonare i principi del diritto penale del fatto e abbracciare l'antigarantismo del soggettivismo punitivo.

Giungiamo dunque per questa via all'ultimo significato del simbolismo in diritto penale. È su questo che si sono scatenate le maggiori critiche e le più nette prese di posizione. Si tratta del significato strategico del simbolismo, quello che non è né immanente né necessario ad un diritto penale garantista, ma che tuttavia produce una utilità politicamente spendibile. Elemento caratterizzante sarebbe, secondo la più autorevole dottrina<sup>569</sup>, l'inganno, inteso in senso transitivo e riflessivo: una distanza o meglio contraddizione tra realtà e apparenza, manifesto e latente. Mentre il simbolismo che abbiamo definito necessario per la funzionalità stessa del diritto penale garantista stabilisce una profonda coerenza interna tra gli obiettivi politico-criminali e il precetto della norma, tale che siano entrambi convogliati sullo stesso punto focale della protezione di un determinato bene giuridico meritevole di tutela, il simbolismo strategico suppone una frattura dissimulata tra il piano politico-criminale e quello normativo.

Il concetto critico di diritto penale simbolico insisterebbe proprio su questo elemento ingannevole della norma penale: un elemento oggettivo, e non meramente dispositivo<sup>570</sup>, e relativo, poiché emergente solo dal disequilibrio tra funzioni manifeste e latenti della norma, ove queste ultime finiscono per predominare sulle prime.

Sarebbero funzioni manifeste le condizioni oggettive di realizzazione della norma, ovvero la regolamentazione di un insieme di casi che possano essere sussunti in un unico ambito di applicazione, in base all'elemento comune definito dalla protezione di un bene giuridico e dalla descrizione di una condotta. In tal senso, la funzione strumentale di protezione di un bene giuridico si misurerebbe sulla qualità e quantità delle condizioni oggettive inserite nella disposizione. Le funzioni latenti sono invece molteplici, spaziando dalla soddisfazione di una necessità di intervento, alla

---

568 A. BARATTA, *Principi del diritto penale minimo*, cit., 60-61.

569 W. HASSEMER, *Derecho penal simbólico*, cit., 29.

570 Come sostiene, per tutti, PETER NOLL, *Gesetzgebungslehre*, cit., 157ss.

rassicurazione della popolazione in epoca emergenziale, sino al puro sfoggio di forza dell'ordinamento dinanzi a fenomeni in realtà complessi e di lunga e incerta soluzione.

La prevalenza delle funzioni latenti fonda quell'inganno o quell'apparenza, in cui gli scopi descritti dalla norma sono comparativamente diversi da quelli attesi. In molti casi, neppure sarebbe necessario giungere alla concreta applicazione del precetto, poiché gli scopi latenti si affermerebbero già sulla soglia della formulazione e pubblicazione della disciplina, di cui è a malapena atteso un qualche tipo di applicazione<sup>571</sup>.

In dottrina, per differenziare le ipotesi di corrispondenza da quelle di discrasia tra significato simbolico e significato strumentale della norma penale si è ricorso alla locuzione di diritto penale *meramente* simbolico<sup>572</sup>. Una simile denominazione può risultare pregnante e indicativa, sempre che accompagnata dalla precisazione che il rapporto tra simbolico e strumentale non è mai puramente alternativo, bensì comparativo, di bilanciamento: anche nelle più estreme manifestazioni di diritto *meramente* simbolico, sarà sempre presente una qualche, seppur mortificata, funzione strumentale. Tale circostanza rende estremamente difficile l'esatta delimitazione delle fattispecie *meramente* simboliche: l'esistenza di elementi di ancoraggio ad un diritto penale del fatto, strumentale alla protezione di un bene giuridico vagamente determinato, rende oltremodo complessa l'operazione di escorporazione di tali precetti dal tessuto normativo. Esisteranno sempre argomenti, per quanto deboli, che riusciranno a far leva su questi elementi per sostenere la legittimità della norma: è quanto avviene ad opera della giurisprudenza costituzionale quando preferisce alla dichiarazione di illegittimità costituzionale, la mera interpretazione conforme.

Questo equilibrio va spezzato. Finché si avrà sotto gli occhi il solo giudizio di conformità ai principi del diritto penale del fatto, si riusciranno sempre o quasi a trovare argomenti che, allargando e deformando le maglie dei principi, ignoreranno gli elementi difformi e risalteranno quelli conformi. Ciò che si spera è che l'introduzione di un terzo elemento di comparazione possa interrompere questa

---

571 Come accaduto nel caso del reato di clandestinità in Italia.

572 S. BONINI, *Quali spazi per una funzione simbolica*, cit., 491ss.

deriva. Se nella fattispecie si riconoscono elementi rivelatori di soggettivismo punitivo, antitetici rispetto al garantismo penale, nessun argomento potrà ricondurla nell'alveo di un diritto penale del fatto. Ma quei criteri e questo metodo dialettico di esegesi che si muove tra oggettivismo e soggettivismo al fine del giudizio di conformità della norma al dettato costituzionale devono ancora essere costruiti ed in questa direzione speriamo di muoverci.

Ciò detto, sembrerebbe sicuramente criticabile il ricorso a formulazioni simboliche della norma penale, ma, va detto, neppure talmente grave da sconvolgere gli equilibri di un sistema garantista: in fondo, si dice, una norma che non ha alcun tipo di applicazione e che ha il solo obiettivo di assicurazione sociale certamente è inutile, certamente costituisce la premessa per la progressiva perdita di credibilità istituzionale e del diritto penale nella società, senza dubbio dunque è dannosa e controproducente e rappresenta una deroga ingiustificata ai principi di offensività e legalità. Eppure non sembra minare profondamente ciò che si intende tutelare attraverso i principi del garantismo penale, la libertà e dignità dell'uomo, proprio perché, in fondo, non trova applicazione alcuna (e spesso non può trovarne, perché tecnicamente impossibile da provare, a causa della manifesta violazione del principio di legalità).

Purtroppo, però, non è così. Tutte le norme penali sono *efficaci* in un duplice senso: in primo luogo, poiché confortano e confermano i modelli di vita socialmente approvati, la *Weltanschauung*, mentre condannano ed emarginano quelli invece ritenuti devianti, attraverso il meccanismo conosciuto in sociologia come *labelling theory*<sup>573</sup>. In secondo luogo, in quanto solo probabilmente (perché tecnicamente abortite), ma non necessariamente tali norme sono prive di esecuzione, trovando anzi spesso ampi spazi per la criminalizzazione di mere condotte di vita o modi di essere,

---

<sup>573</sup> L'origine di tale approccio è da far risalire a Émile Durkheim nei suoi studi sul suicidio: ÉMILE DURKHEIM, *Le suicide* (testo originale del 1897), *Il suicidio: studio di sociologia*, Milano 2014. Tuttavia, sono gli studi nordamericani ad aver portato a compimento la teoria. Tra i maggiori contributi, segnaliamo: GEORGE HERBERT MEAD, *Mind, Self, and Society*, Chicago 1934; FRANK TANNENBAUM, *Crime and the Community*, Boston 1938; ALBERT MEMMI, *The Colonizer and the Colonized*, New York 1965; DAVID MATZA, *On Becoming Deviant*, Englewood Cliffs (New Jersey) 1969; ERVING GOFFMAN, *La vita quotidiana come rappresentazione*, Bologna 1969; ID., *Stigma. L'identità negata*, Milano, 1983; ID., *Asylums. Le istituzioni totali: i meccanismi dell'esclusione e della violenza*, Milano 2003.

perché ripudiati dal modello morale dominante<sup>574</sup>. Queste norme sono inefficaci solo rispetto alla protezione di un qualche bene giuridico meritevole di tutela: sono inefficaci nel senso di non strumentali.

In criminologia, tale meccanismo è stato messo in luce dalle correnti dell'interazionismo simbolico, facenti capo a Becker<sup>575</sup>, secondo cui la criminalità non è il risultato della selezione di situazioni fattuali socialmente dannose preesistenti, bensì il risultato di una determinata interazione nella quale il legislatore occupa un ruolo attivo come parte del processo, fondamentalmente simbolico, di ascrizione di etichette e stigma ad un determinato soggetto o gruppo sociale.

Le due prospettive testé evidenziate di efficacia di una norma meramente simbolica non si alternano, piuttosto si integrano vicendevolmente. Per questa via, ciò che viene in discussione attraverso l'uso meramente simbolico delle norme penali non è solo (come fosse poco) la credibilità e sistemicità del diritto penale, bensì proprio il nucleo valoriale che ne ha fondato la legittimità in uno Stato sociale di diritto: vittime della distorsione appena descritta sono la dignità e libertà della persona. Tuttavia, il costo personale sopportato dal soggetto imputato e condannato non può giustificarsi in una prospettiva di diritto penale meramente simbolico<sup>576</sup>. Ciò in quanto alla base della proibizione non c'è l'obiettivo di evitare o minimizzare il comportamento proibito: essa piuttosto cela valori culturali e morali che simbolizzano un determinato stile di vita, considerato l'unico socialmente approvato. Torniamo dunque sul pernicioso cammino della strumentalizzazione della persona al fine del perseguimento di un obiettivo estraneo ad essa e della oppressione della sua autonomia morale: è la negazione dell'imperativo categorico kantiano.

### ***5. Il simbolismo penale come forma di manifestazione del soggettivismo punitivo***

Arriviamo dunque alla chiave di volta che ci permette di delineare i tratti distintivi di questa forma di manifestazione del soggettivismo punitivo. L'analisi svolta da Hassemer e che abbiamo seguito scrupolosamente fino a questo punto riesce a

---

574 Riprendendo un argomento tutto illuministico, bisogna mantenere sempre viva una certa sfiducia istituzionale nei confronti dell'esercizio del potere: la legge e la procedura devono essere tecnicamente tali da non permettere manipolazioni e arbitrii da parte del potere giudiziario.

575 HOWARD S. BECKER, *Outsiders. Saggi di sociologia della devianza*, Torino 2003.

576 W. HASSEMER, *Derecho penal simbólico*, cit., 24.

portare alla luce la distorsione provocata dal diritto penale meramente simbolico rispetto ad una funzione teleologicamente orientata alla protezione di beni giuridici. Tuttavia non riesce a penetrare nei criteri di delimitazione di queste fattispecie: ci dice dell'incoerenza della funzione simbolica rispetto a quella strumentale, ma resta in sospenso come sia possibile identificare i caratteri del simbolismo strategico che riescono a falsare tale relazione.

Per tentare di costruire la struttura del simbolismo anzidetto, è possibile partire dal duplice piano di efficacia poc'anzi evidenziato, che per comodità definiremo etichettamento e criminalizzazione soggettiva. Il processo di stigmatizzazione o etichettamento è stato studiato in sociologia sin dagli sessanta e settanta del secolo scorso, all'interno della teoria della devianza conosciuta come *Labelling Approach* o *Labelling Theory*<sup>577</sup>. Come anticipato, secondo i risultati degli studi macrosociologici a essa riconducibili, il concetto di devianza non sarebbe inerente alla natura dell'atto o comportamento, bensì al giudizio di conformità o difformità del soggetto che lo realizza in base agli *standards* morali e sociali stabiliti dalla classe dominante. Non dunque un concetto naturale bensì una mera qualificazione normativa (morale, sociale, culturale o giuridica), che però si è dimostrata in grado di modificare significativamente la realtà. Questa modificazione avviene in un duplice senso: sul piano sociale, la comunità dominante rafforza lo stereotipo o stigma precipitato nella norma, compattando le relazioni sociali del gruppo maggioritario e isolando ed escludendo i soggetti che con esso non si identificano; sul piano individuale, il soggetto stigmatizzato o etichettato modifica la propria percezione di sé identificandosi con lo stereotipo assegnatogli dalla reazione sociale<sup>578</sup>.

Gli studi di Edwin Lemert<sup>579</sup> hanno evidenziato, tuttavia, che la rilevanza assegnata al medesimo comportamento si modifica a seconda del soggetto che la compie. Nei casi di devianza definita «primaria», la violazione della norma non causa alcuno

---

577 La prima apparizione del concetto si deve in realtà a FRANK TANNENBAUM, *Crime and the Community*, cit., vero precursore della teoria. Tuttavia, la popolarità della stessa si deve alla rivisitazione operata da Edwin M. Lemert e Howard S. Becker.

578 La teoria in oggetto è, infatti, conosciuta anche come Teoria della reazione sociale.

579 EDWIN MCCARTHY LEMERT, *Social pathology: a systematic approach to the theory of sociopathic behavior*, New York 1951, 71 ss. ID., *Human deviance, social problems, and social control*, Englewood Cliff (New Jersey) 1972, disponibile anche in italiano con traduzione di Carlo M. Nator e Cinzia Soggia, col titolo *Devianza, problemi sociali e forme di controllo*, Milano 1981.

degli effetti evidenziati: né il soggetto cambierà la percezione che ha di sé a causa della violazione della norma, né si modificherà la percezione sociale della sua persona. Egli non sarà considerato né si considererà deviante. Nei casi di devianza «secondaria», invece, quelle violazioni sono in grado di modificare la percezione soggettiva e sociale dell'autore.

All'origine della diversa valutazione attribuita al medesimo comportamento si troverebbe la previa condizione sociale dell'autore. Gli studi di microsociologia hanno, infatti, dimostrato che i casi di devianza primaria si producono principalmente nei confronti dei soggetti appartenenti alla classe sociale dominante, mentre, a parità di violazione, quest'ultima avrà più probabilità di innescare il processo di etichettamento, qualificato come devianza secondaria, se a realizzare la condotta saranno soggetti appartenenti a minoranze, classi meno abbienti e, in generale, socio-economicamente più deboli.

Un simile risultato sembra rispondere al meccanismo noto come «profezia che si autoadempie»<sup>580</sup>: siamo dinanzi ad «una supposizione o profezia che per il solo fatto di essere stata pronunciata, fa realizzare l'avvenimento presunto, aspettato o predetto, confermando in tal modo la propria veridicità». Caratteristica di questo meccanismo è il rapporto circolare tra la predizione e l'evento: la supposizione si realizza in quanto è essa stessa a generare l'avvenimento. Un simile processo si scatena in quanto gli attori sociali, dinanzi ad una profezia, modificano le proprie aspettative e le proprie reazioni, comportandosi come se quella predizione fosse reale ed in tal modo ne realizzano gli effetti: «se gli uomini definiscono certe situazioni come reali, esse sono reali nelle loro conseguenze»<sup>581</sup>.

Cosa avviene però quando la norma sociale o morale viene specificamente positivizzata all'interno di un precetto penale? Tale interazione è stata studiata dal noto sociologo tedesco Fritz Sack<sup>582</sup>, che ha indagato gli effetti della teoria dell'etichettamento all'interno del settore penalistico. Secondo tale approccio,

---

580 ROBERT KING MERTON, *La profezia che si autoadempie*, in ID., *Teoria e Struttura Sociale*, vol. II, Cap. 13, Bologna 1971.

581 Questo è il noto «Teorema» di Thomas, dal nome dell'ideatore che per la prima volta formulò il concetto nel suo WILLIAM THOMAS DOROTHY SWAINE THOMAS, *The child in America: Behavior problems and programs*, New York 1928, 571-572.

582 FRITZ SACK, *Kritische Kriminologie*, in *Kleines Kriminologisches Wörterbuch* a cura di G. Kaiser, H. J. Kerner, F. Sack, H. Schellhoss, Heidelberg 1993, 277ss.

l'origine della devianza non andrebbe ricondotta alle caratteristiche personali dell'autore, né a cause ambientali<sup>583</sup>. La criminalizzazione di un comportamento sarebbe invece da ascrivere esclusivamente ad un processo di controllo sociale da parte del gruppo socio-economicamente egemone. In base a questa impostazione, la devianza sarebbe il risultato di un processo di attribuzione sociale di tale *status* da parte degli attori chiamati a definire, selezionare e applicare le istanze di tutela normativa.

Il processo testé evidenziato avrebbe già inizio con la definizione legislativa del comportamento punibile. Tuttavia, esso si completerebbe solo attraverso l'azione degli agenti istituzionali, che concretamente selezionano i fatti punibili. Secondo gli studi condotti, infatti, questa selezione non sarebbe equamente distribuita tra le classi sociali: l'attenzione dedicata dagli agenti istituzionali ai diversi tipi di reato non sarebbe uniforme, ma sbilanciata *a priori* verso quei tipi di comportamento cui sono esposte alcune classi sociali. Dunque non in base alla mera descrizione dei diversi comportamenti punibili o alla loro dannosità sociale, bensì attraverso l'individuazione previa delle classi non assimilabili al modello sociale dominante e pertanto stigmatizzate come pericolose. In base al pre-giudizio (profezia) per il quale le classi escluse dall'esercizio del potere o emarginate sarebbero più inclini alla commissione di determinati reati (selezionati e definiti dalla classe dominante), queste diventano maggiormente soggette al controllo istituzionale: i fatti commessi dalla classe dominante, dunque, cadrebbero più facilmente nella cifra oscura, non essendo oggetto di sufficiente attenzione da parte degli agenti istituzionali, mentre a seguito del controllo massivo sulle classi subalterne si troverebbe la cercata conferma della loro tendenza a delinquere. In tal modo, si comproverebbe la profezia positivizzata, con la conseguenza, da un lato, di stabilizzare il pre-giudizio sociale della classe dominante e, dall'altro, di modificare la percezione soggettiva degli appartenenti alle classi stigmatizzate: esso, in definitiva, è in grado di produrre un processo di reificazione, che si manifesta nel soggettivismo punitivo.

---

583 Questo in realtà rappresenta un punto di criticità della teoria, che in tal senso apparrebbe eccessivamente unilaterale: una prospettiva integrata suggerirebbe invece di tenere in considerazione per lo meno anche le cause ambientali per una esatta determinazione della devianza.

L'analisi della teoria dell'etichettamento contribuisce in modo rilevante alla comprensione della distorsione che il simbolismo comporta rispetto ai principi del garantismo penale. Tuttavia, essa necessita di una precisazione. Gli studi sull'etichettamento sono stati condotti sull'intero sistema penale. Non riteniamo però di poter dedurre da ciò la mera strumentalità di tutto il diritto penale quale forma di controllo sociale delle classi subalterne. Tenendo sempre presente la distanza del piano della legittimità con quello dell'effettività, dobbiamo ritenere che quella dell'etichettamento sia una distorsione che può e deve essere modificata, attraverso la progressiva approssimazione del piano descrittivo al piano normativo. Il valore di questa teoria sta nell'aver evidenziato un fenomeno che si infila nelle maglie di un diritto penale garantista, prosciugando dal basso le aspirazioni valoriali di uno Stato che consideri la persona in tutte le sue manifestazioni come interesse primario e irrinunciabile. Essa, dunque, va intesa come possibilità di perfezionamento e ripensamento del sistema penale, non solo sul piano della legislazione, ma anche su quello, molto più inavvertito e perciò insidioso, dell'azione degli agenti istituzionali. Concedersi alla rassegnazione rispetto all'evidenza di un sistema che rinnega le più intime aspirazioni dell'essere umano, d'altra parte, non farebbe altro che consegnare il diritto ad un vano nichilismo esistenzialista<sup>584</sup>. Oggi, come ieri, la lotta per il diritto<sup>585</sup> non può cedere il passo.

Riprendendo le fila del discorso, abbiamo detto che, nonostante il simbolismo strategico possa ritenersi inefficace se valutato rispetto alla protezione del bene giuridico suppostamente tutelato dalla norma, esso è invece in grado di produrre degli effetti in termini di etichettamento e criminalizzazione soggettiva. Questi due effetti sono caratteristici di un diritto penale per colpa d'autore, che criminalizza un modo di essere del soggetto e non una condotta, perché dannosa per la società. Condividendone i tratti principali, pertanto, possiamo ascrivere tale forma di simbolismo nella categoria del soggettivismo punitivo. In effetti, se il simbolismo strategico si caratterizza in negativo per la distanza tra le funzioni manifeste (tutela di un bene giuridico) e le funzioni latenti (rassicurazione sociale, necessità di intervento, affermazione morale), in positivo esso è capace di dare luogo a quel

---

584 NATALINO IRTI, *Nichilismo giuridico*, Bari 2004, Parte I, *Nichilismo e metodo giuridico*.

585 RUDOLF VON JHERING, *Der Kampf ums Recht* (versione originale del 1872), citato dall'italiano *La lotta per il diritto*, Milano 1989.

fenomeno di criminalizzazione in base alla condizione personale e sociale dell'autore, sufficiente a qualificarlo come manifestazione di soggettivismo punitivo.

Anche in questi casi, ciò che si sta criminalizzando non sarebbe, infatti, un comportamento offensivo di un determinato bene giuridico, tale da presentare quella dannosità sociale che giustifica l'intervento penale. Una simile funzione resterebbe del tutto oscurata da quella ben più pregnante della tutela di un certo modello sociale dominante. In una norma penale meramente simbolica si individuerebbero, dunque, tre elementi in grado di ricondurla all'interno dell'alveo del soggettivismo penale. I caratteri o elementi in discussione sono, innanzitutto, la criminalizzazione in base al ruolo sociale dell'autore; in secondo luogo, l'esclusione ed emarginazione sociale dell'autore quale conseguenza dell'intervento penale; in terzo luogo, e questo rappresenterebbe la differenza specifica dell'ipotesi all'interno della categoria generale del soggettivismo, il giudizio etico di cui la norma sarebbe impregnata, immedesimandosi essa con una statuizione morale, in cui si riconosca la classe dominante.

I primi due caratteri sono stati già ampiamente discussi con riferimento alla criminologia mediatica e al diritto penale del nemico. Pur essendo i tre sempre presenti in tutte le manifestazioni di soggettivismo punitivo, sembra essere il terzo elemento quello maggiormente significativo nel caso del simbolismo penale. Su questo giudizio morale criminalizzante, dunque, concentreremo l'attenzione, sia per individuarne le cause sia per evidenziarne le criticità.

Con riguardo al fenomeno della c.d. amministrativizzazione del diritto penale, abbiamo preso in considerazione gli effetti e le criticità legate al concetto di società del rischio. Per quanto concerne il simbolismo, tale concetto non sembra, invece, sufficientemente persuasivo per il corretto inquadramento della problematica. E, tuttavia, esiste una certa corrispondenza tra il rischio all'origine del primo e ciò che invece si manifesta in questa seconda ipotesi. È, invero, sempre una fonte di pericolo quella che conduce alle soglie del simbolismo, seppur di diversa natura. Nell'ipotesi in discussione, tale pericolo non presenta le caratteristiche di oggettività che si riscontrano in quel rischio implicito nello sviluppo di una società altamente

tecnologica. Il pericolo in oggetto è ben più volatile, più intimo e, proprio per questo, più inquietante: esso è lo stato di anomia<sup>586</sup>.

Il termine «anomia» è stato introdotto dagli studi di Èmile Durkheim per descrivere la condizione morale degli appartenenti ad una società a seguito di un profondo mutamento sociale o nell'ipotesi in cui sia sottoposta ad una continua trasformazione, come riscontrabile nelle società post-industriali<sup>587</sup>. L'assenza di una stabilità valoriale e culturale sarebbe all'origine della progressiva distruzione o riduzione dell'ordine sociale, con ricadute sia nella sfera individuale che nel funzionamento delle dinamiche comunitarie. Lasciando da parte i disordini individuali provocati dallo stato di anomia, che sono stati posti in correlazione con ipotesi di suicidio<sup>588</sup>, il disordine sociale, causato dall'assenza di norme in grado di orientare il comportamento degli individui, provocherebbe una disintegrazione dei rapporti sociali e delle istituzioni che le rappresentano<sup>589</sup>.

Riprendiamo a questo punto quanto detto sul c.d. simbolismo immanente al diritto. La condivisione di una medesima narrazione, e cioè di una cultura, rappresenta la base minima per la collaborazione di individui sconosciuti tra loro, ma che purtuttavia condividono la stessa costruzione ideologica<sup>590</sup>. Tale collaborazione, quel senso di solidarietà che fa da collante sociale, in assenza di norme condivise si sgretola, lasciando ogni essere umano nella solitudine del suo destino individuale. Questo elemento è stato ripreso da Merton quando, affrontando il tema dell'anomia in una prospettiva di Stato sociale di diritto, ha affermato che essa si affaccerebbe allorquando si insinua una frattura tra obiettivi culturali e mezzi sociali. Ma al riguardo, ancora più incisive risultano le osservazioni di Lyotard: egli descrive e definisce la condizione post-moderna come quella del tramonto delle grandi meta-narrazioni, della morte delle ideologie, della perdita della coesione sociale nel limbo

---

586 R. K. MERTON, *Struttura sociale ed anomia*, in ID., *Teoria e Struttura Sociale*, vol. II, cit., Cap. 6.

587 ÈMILE DURKHEIM, *La divisione del lavoro sociale* (versione originale del 1893), Milano 1962.

588 E. DURKHEIM, *Le suicide*, cit. 92ss.

589 TALCOTT PARSONS, *Il sistema sociale* (versione originale del 1951), Milano 1965, 27 ss.

590 Si badi, le opinioni e posizioni politiche possono differire, ma si muovono sempre in uno stesso contesto culturale: anche le più ostili ideologie occidentali condividono un nucleo culturale di base. È ciò che permette, seppur nell'ostilità, di capirsi. Ben più difficile è invece spiegare, ad esempio, il concetto di individuo a chi non è vissuto nell'alveo del cristianesimo dell'anima e del libero arbitrio: lo scopriamo quando, confrontandoci con le culture cinesi e orientali, non siamo in grado, ad esempio, di chiarire su cosa si fondi l'obiezione di coscienza.

del relativismo etico. La condizione postmoderna, in definitiva, coincide con lo stato di anomia.

Nel panorama di perenne insicurezza in cui si muove l'uomo post-moderno, sembra si cerchi una risposta all'anomia culturale e sociale attraverso gli strumenti del diritto penale. Esso si assumerebbe il compito di supplenza morale, rispetto a quelle istituzioni<sup>591</sup> che non sono più in grado di garantire la coesione sociale. Proprio a causa dell'assenza di quelle istituzioni volte alla stabilizzazione delle condizioni di convivenza e collaborazione, sorge l'esigenza emotiva di riaffermazione per legge della percezione del sé collettivo.

Quella descritta sarebbe l'origine della confusione tra diritto e morale che si manifesta nel simbolismo strategico. Esso assorbe su di sé l'esigenza di norme morali che non trovano più sostentamento nelle forme tradizionali di evoluzione del tessuto sociale, costringendo, attraverso il vincolo della legge, a ciò che non possono più i soli legami relazionali. In assenza di una identità culturale<sup>592</sup> solida, la società, in definitiva, necessita del diritto per quell'affermazione morale, che non trova appagamento nei canali tradizionalmente ad esso volti.

E tuttavia la supplenza morale del diritto che si manifesta nelle forme di soggettivismo strategico non ha sbocchi. La cultura, la morale, l'identità di un popolo sono idee astratte, concetti metafisici: esse esistono solo nella misura in cui si creda in esse e si agisca in conformità ad esse, trasformandole in realtà. Il diritto e l'esercizio del potere punitivo, purtroppo, non sono mai stati in grado di imporre una fede attraverso la im-posizione di norme, se non attraverso il sangue e la persecuzione: dinanzi a questo limite bisogna dunque arrestarsi.

---

591 Dalla religione ai sindacati, passando per la famiglia.

592 Quella dei singoli uomini, non certo di un entità collettiva ipostatizzata: identità è un concetto esclusivamente individuale, seppur essa si sviluppi e progredisca attraverso il rispecchiamento, la mimesi con l'altro.



## CONCLUSIONI

### PASSIONI TRISTI E DIRITTI UMANI

«- *What is the answer  
to life, universe and everything?  
[...]*  
-*The Ultimate answer  
to life, universe and everything is  
42*».

*The Hitchhiker's Guide to the  
Galaxy di Douglas Adams*

#### ***1. Soggettivismo punitivo e reificazione dell'uomo come categorie ermeneutiche della politica criminale.***

Il diritto penale, come si è tentato di mostrare nelle pagine che precedono, riflette la concezione dello Stato in un determinato periodo storico, tanto da poter affermare che esso rappresenti la più esplicita cartina di tornasole dell'idea del rapporto tra libertà e autorità accolta in una data società. Dall'analisi svolta sulla metodologia giuridica e giuridico-penale, abbiamo, però, potuto constatare che questa lettura, seppur corretta, rappresenterebbe solo un aspetto parziale di una più complessa relazione, che a ben vedere sembra instaurarsi non solo tra Stato e diritto, tra individuo e società, ma tra la concezione stessa dell'uomo e la concezione del diritto, in particolare penale, tal che, modificandosi l'una, l'altra ne segue le sorti.

L'idea di correlare la concezione del diritto penale non solo al livello più o meno accentuato di autoritarismo o liberalismo presente nelle strutture giuridiche di una società, bensì al modo stesso in cui si concepisce l'uomo in essa, suggerisce una visione d'insieme più complessa, ma anche più consapevole sui condizionamenti cui è sottoposta la materia penale. Le affermazioni del diritto, quale strumento di protezione e stabilizzazione di interessi sociali, arrivano solo quando una determinata norma di cultura abbia già trovato sufficiente riconoscimento nella collettività.

Questa correlazione tra strutture sociali e strutture giuridiche, tuttavia, può assumere esiti drammatici: se le relazioni sociali si presentano secondo uno schema verticalizzante e repressivo e se il diritto si limita a rappresentare il discorso razionalizzante di legittimazione dei meri rapporti di forza nella società, questo discorso, questa meta-narrazione avrà il potere di costruire la realtà di autorappresentazione dell'essere umano, la definizione della sua identità, non solo come singolo, ma anche nella riproduzione dei rapporti sociali asimmetrici.

È dunque nella violenza dei rapporti sociali che si trova l'origine di una deriva autoritaria dello Stato. In quei contesti culturali e normativi caratterizzati da autoritarismo, quest'ultimo si riesce ad affermare soltanto perché il contesto sociale, per le sue concrete dinamiche evolutive o per scelte politiche incapaci di rispondere a nuove esigenze fondamentali per l'esistenza stessa dell'uomo, sia stato già fortemente sfibrato da condizioni di instabilità e precarietà esistenziale.

La concezione autoritaria dello Stato, pertanto, può essere intesa come il frutto più estremo di un mutamento che si è già prodotto nell'autocoscienza di una società e che così accoglie o addirittura invoca l'intervento di salvifici uomini di potere.

Abbiamo però dimostrato, proprio partendo dalle contraddizioni di quelle teorie che disperdono l'uomo nella società, in una struttura funzionale che ignora i sistemi di coscienza, che per quanto si provi ad eliminare l'umanità dall'uomo, essa rispunta in luoghi inattesi, dimostrandosi in grado di autodeterminarsi, contro ogni aspettativa, nella struttura sociale, contro la struttura sociale.

Proprio questa analisi suggerisce una immagine di uomo, che non corrisponde né all'individuo quale entità trascendentale autonoma e libera nella sua razionale capacità di autodeterminazione, né tanto meno ad un puro ingranaggio eterodeterminato delle strutture sociali. L'uomo, in fondo, resta quell'essere ibrido, metamorfico, che vive nella costante contraddizione di tenere la testa tra le nuvole e i piedi nel fango. Una contraddizione apparentemente irrisolvibile e con la quale l'uomo deve convivere, non potendo elevarsi a Dio, né accontentarsi della semplicità dell'incoscienza animale. Questa contraddizione originaria nella natura dell'uomo lo condanna così all'incompletezza, a forme di dolore angosciose.

Il senso di incompletezza, di indeterminazione, che impone un quotidiano sforzo ricorsivo di autodefinizione è ciò che spinge verso l'altro, verso un rispecchiamento, una mimesi, dalla quale ricevere un po' di stabilità e a partire dalla quale lasciar fiorire la propria coscienza. Così, se l'uomo è lasciato nel suo isolamento, questa incompletezza originaria sviluppa la capacità di distruggerlo: soltanto con l'altro e attraverso l'altro si ha la possibilità di contenere quel corpo intermedio, che non è né tutto per terra, né tutto per aria<sup>593</sup>.

La sacralità del mutuo riconoscimento nelle nostre fratture emotive e intellettive<sup>594</sup> è la sola cura che è stata offerta all'uomo nella sua condizione immanente di indeterminatezza. È per questo che quando i rapporti sociali si mostrano crudeli, quell'angoscia, curata nell'altro, riprende a sanguinare. Quando l'uomo è condannato nell'isolamento della propria condizione esistenziale, nell'insostenibilità della sua indeterminatezza e precarietà, apprende a rinunciare a quella soggettività troppo complessa e a rincorrere visionarie ipostatizzazioni che si sostituiscono al riconoscimento mutuo. In assenza di sicurezza, egli rinuncia alla libertà. Così sotto la costrizione dell'indifferenza generale, ogni sventurato cerca, con la menzogna o l'incoscienza, di rendersi sordo nei confronti di se stesso.

Le passioni tristi, allora, non sono un risultato dell'autoritarismo, né un dato estemporaneo dell'esistenza umana, che casualmente degenerano nell'oppressione: esse appartengono all'uomo, sono parte di esso, in quanto sgorgano dalla sofferenza intrinseca alla contraddittorietà della natura umana. Quando esse non trovano una dimensione di socialità attraverso cui fluire e ricevere cura, perché disgregati sono quei rapporti dai quali ricevere riconoscimento, hanno il potere di trascinare queste entità fluttuanti verso forme di eterodeterminazione di se stesse.

L'esigenza di solidarietà, di socialità, di riconoscimento mutuo di umanità ha così un aspetto molto meno grazioso di quello che comunemente sottende a concetti come Stato assistenziale o del benessere: la solidarietà sociale è l'unica cura che l'uomo ha trovato per la sofferenza che è immanente alla sua indeterminatezza. E pertanto non è rinunciabile o negoziabile.

---

593 Afferma Radbruch che il diritto ha il compito di tutelare la possibilità della moralità: questa moralità non è altro che espressione di quella coscienza, della soggettività, che necessita di radici solide, quelle garantite dal diritto, per crescere forte.

594 SIMONE WEIL, *La persona e il sacro*, cit., posizione 248ss.

È, dunque, questa coscienza, curata nella socialità, secondo un gioco di delicati equilibri, a rappresentare la più solida forma di resistenza rispetto a degenerazioni autoritarie e assolutiste, da cui il potere è naturalmente attratto. La possibilità stessa dell'affermazione dell'autoritarismo si pone perciò quale precipitato di una determinata concezione dell'uomo, che spezza quell'equilibrio delicato e che tuttavia viene accolta sia dai singoli consociati sia dalla società nel suo complesso, in ragione della loro incapacità di rimediare al proprio isolamento. Sarà questa concezione, in ultima analisi, a rappresentare il fondamento legittimante dell'autoritarismo: esso è certamente una storia di oppressione, ma non esiste potere esterno che possa privare il singolo della libertà di coscienza. È pertanto il particolare modo in cui questa coscienza si osserva, la concezione che il singolo accoglie del rapporto con se stesso, con il mondo e con la società, che crea quelle condizioni in cui il potere non incontra più limiti.

L'autoritarismo, allora, non andrebbe inteso unilateralmente, come storia di oppressione e terrore da parte del potere sul popolo, bensì anche biunivocamente come storia dell'oppressione che il popolo ha costruito per se stesso: la storia di chi sceglie di costruire una gabbia intorno a sé, perché in fuga da un male più terribile. L'esercizio del potere, sia esso nella forme democratiche e liberali o al contrario autoritarie, trova la sua legittimazione soltanto se si fonda su una meta-narrazione già inconsciamente interiorizzata nella struttura sociale, rispetto alla quale esso offre forma e corpo. È dunque la concezione stessa dell'uomo a rappresentare il fondamento delle strutture giuridiche di un sistema sociale.

Quanto premesso, rende non solo possibile, ma anche necessario disvelare le relazioni intercorrenti tra il tipo di concezione dell'uomo e le strutture giuridiche che essa riproduce: soltanto l'autocoscienza individuale e sociale rispetto all'immagine che l'uomo sta costruendo per se stesso può, infatti, assicurare la cura per strutture giuridiche che volgono verso l'autoritarismo. Ma per fare ciò, tale autocoscienza ha bisogno di nuove parole nelle quali riconoscersi e in questo il giurista, abituato a dar nome e sostanza alle idee, ha un compito attivo.

Con questo obiettivo, senza pretesa di completezza, si è mosso il presente lavoro. Esso ha inteso leggere quel discorso che il diritto penale ha riprodotto nel corso della

storia in base alla concezione dell'uomo adottata in un dato momento di esso. Ha cercato, poi, di trovare quelle parole che autodescrivessero la reificazione dell'abbandono alle passioni tristi, rivelandone la connessione con le evoluzioni della realtà sociale.

Pertanto, le prime pagine di questo lavoro sono state dedicate allo studio storico della concezione del diritto e della scienza giuridica a partire dal giunaturalismo, fino ai giorni nostri<sup>595</sup>. Questa indagine ha confermato l'esistenza di un rapporto inscindibile tra concetto di diritto e concezione dell'uomo, tanto che la metodologia stessa è sembrata mutare i propri paradigmi a seconda del rapporto che l'essere umano ha costruito con se stesso, con la conoscenza e con la società. Quando le strutture politiche si sono mostrate impermeabili alle nuove esigenze sociali, tanto da non corrispondere più al modo in cui l'uomo intendeva se stesso nella socialità, si è imposta nella filosofia del diritto una visione giusnaturalista della legittimazione del potere, che fungeva da suo limite esterno e che imponeva la sua subordinazione ad una natura, quella umana in una razionale e sociale, intesa quale misura e fine di ciascuna delle relazioni sociali. Tale reclamo a sua volta si fondava su una modificazione della concezione dell'uomo, non più parte di un corpo sociale costruito per ceti e corporazioni, un'idea di uomo costruita sul suo *status*, bensì quella dell'Uomo universale, idealisticamente libero e uguale. Questa idea di Uomo si sostituiva come fondamento di tutte le relazioni sociali, da quelle economiche a quelle politiche a quelle giuridiche. Sul piano del diritto penale, ciò si tradusse nell'affermazione delle correnti dell'Umanesimo, del contrattualismo come fonte di legittimazione e dunque di limitazione dell'esercizio della potestà punitiva e dell'utilitarismo, ferma la misura del rispetto dell'uomo, nella concezione della funzione della pena<sup>596</sup>.

Quando quella concezione filosofica si tradusse in pretesa politica, tanto da imporre la modificazione delle strutture di potere, quella classe borghese, che si era imposta per il cambiamento, avvertiva ora l'esigenza di stabilizzare la sua posizione, traducendo quei principi in disposizioni di diritto cogente che non dovessero

---

595 *Supra*, *Introduzione storico-metodologica*.

596 *Supra*, *Introduzione storico-metodologica*, parr. 2-3-4.

rimandare ad altro che a se stesse per la propria legittimazione: inizia la stagione del positivismo e dello studio metodologico del diritto<sup>597</sup>.

In essa abbiamo evidenziato due concezioni confliggenti, quella del positivismo normativista e quelle del positivismo sociologico, entrambe fondate su un volontarismo dimentico ormai delle lezioni giusnaturaliste. Esse hanno trovato la loro unione dialettica, quel punto di connessione tra diritto e società, tra diritto penale e politica criminale, quando si è giunti a superare un'idea di Uomo come entità astratta puramente formale e lo si è immerso nella complessità della sua realtà vitale: la più alta espressione di questa concezione dell'uomo e la sua traduzione in una specifica struttura giuridica è ciò che ha accolto lo Stato sociale di diritto, in Italia espresso attraverso una Carta Costituzionale nata dalla migliore combinazione di idealismo e realismo, di liberalismo e socialismo, dell'uomo come individuo e come persona. Posto tale fondamento, il diritto penale si è imposto come garantismo, unione di principi e regole che nella loro misura riconoscono la responsabilità dell'individuo, in quanto singolo, ma senza astrarlo dalle relazioni vitali che costituiscono la sua persona, affinché di queste, da cui è condizionato, non sia chiamato a rispondere come se fossero una sua colpa, genetica o morale<sup>598</sup>.

La storia dei rapporti tra filosofia, scienza e diritto, che si è offerta, si è mostrata tale, pertanto, da suggerire una specifica chiave di lettura fondata sulla concezione dell'uomo. Tutte le manifestazioni della scienza giuridica, con il loro sostrato filosofico, hanno, infatti, mostrato più o meno esplicitamente di poter essere ricondotte in un rapporto di alternatività tra un sistema oggettivistico, fondato sul riconoscimento della soggettività umana, e un paradigma soggettivistico, filosoficamente fondato sulla reificazione dell'uomo<sup>599</sup>.

Procedendo per astrazioni, ma senza dimenticare la convenzionalità delle stesse<sup>600</sup>, la concezione dell'uomo, secondo l'analisi che si è condotta, sembra, dunque, oscillare tra due poli: il primo concepisce l'uomo come valore in sé, gli riconosce soggettività e autonomia morale e costruisce la società e la conoscenza come strutture

---

597 *Supra*, *Introduzione storico-metodologica*, parr. 6-7-8.

598 *Supra*, *Introduzione storico-metodologica*, parr. 9-10.

599 *Supra*, *Introduzione storico-metodologica*, par. 5.

600 Qualsiasi categorizzazione sconta infatti il difetto della generalizzazione: ciò non sottrae capacità descrittiva alla stessa, ma suggerisce di non confondere la descrizione della realtà con la realtà stessa e così mantenere aperta la porta al cambiamento.

funzionalmente volte alla sua piena realizzazione: la massima espressione filosofica del riconoscimento della libertà morale dell'individuo è quella che si deve a Immanuel Kant. Il diritto in questo caso assumerebbe la funzione di coadiuvare la cura di quelle passioni tristi, attraverso la riduzione della violenza nei rapporti sociali.

Simile obiettivo di riduzione della violenza dei rapporti impone un limite esterno di notevole portata al diritto penale. Da simile fondazione filosofica della concezione dell'uomo, infatti, deriva una sua costruzione oggettivistica, che interpreterebbe l'intervento penale soltanto come strumento volto alla piena realizzazione dell'individuo, ma nel limite invalicabile della libertà di coscienza. La legittimità dell'esercizio del potere punitivo sarà, allora, riconosciuta soltanto laddove esso intervenga a tutela di quel soggetto che rappresenta il valore centrale del sistema, ma allo stesso tempo, soltanto quando tale tutela si appresti rispetto ad un danno esteriormente apprezzabile nelle relazioni di intersoggettività, affinché risulti parimenti rispettata la sfera inviolabile della moralità interiore.

Il secondo paradigma, quello soggettivista, assume, invece, un'idea di uomo come parte di un tutto, nel quale egli si disperde. Tale paradigma descrive i momenti storici di grande cambiamento e di grande isolamento per l'uomo, in cui le sue passioni tristi, la sua contraddittorietà interna giungono al punto di suggerirgli di rinunciare a se stesso, in una fuga disperata verso un miraggio di sicurezza. La sua coscienza, problematica e contraddittoria, in tali condizioni di isolamento e abbandono perde progressivamente di valore ai suoi occhi. Egli diventerà ben più disponibile ad accogliere i canti di quelle sirene che il potere è sempre pronto a diffondere e a prostrarsi dinanzi ad una verità ipostatizzata, cui tuttavia non riconosce di obbedire. Questa esteriorità eterodeterminante ha la tranquillizzante caratteristica di dotarsi di una volontà propria, che esenta la coscienza dal ritorno alla sua complessità. Attraverso quella volontà, infatti, si manifesta la verità del mondo, indisponibile da parte dell'individuo. A tale base filosofica circa la concezione dell'uomo corrisponde nella materia penalistica il soggettivismo punitivo. Anch'esso risponde ad una esigenza umana, dunque: quella di salvare l'uomo dal suo insostenibile isolamento. Tuttavia, per raggiungere questo impossibile risultato, quello di annullare la

problematicità della coscienza, esso richiede il silenzio della molteplicità: l'uomo deve dissolversi nel tutto.

L'ipotesi che ha stimolato questa indagine riposa su un sospetto, ossia che le manifestazioni di politica criminale odierna possano tradire l'adozione di questo paradigma e la concezione di uomo su cui esso si fonda. Per questo motivo, se ne sono indagate l'origine, le strutture e le conseguenze<sup>601</sup>, non soltanto sul piano meramente filosofico, ma anche attraverso il confronto con le ormai pacifiche manifestazioni storiche che più tipicamente hanno rappresentato una concretizzazione del soggettivismo punitivo. In particolare, si è fatto riferimento all'animismo, al diritto penale teocratico e al diritto penale nazionalsocialista. Si sono scelte queste tre manifestazioni in quanto la distanza temporale e culturale che esse presentano è in grado di evidenziare una continuità storica nell'emersione di tale concezione quale alternativa ad un sistema penale di carattere oggettivista. L'uomo, sempre uguale nella sua natura complessa di individuo e socialità, è il punto di unione universale su cui costruire la nostra narrazione.

Questo studio, in particolare, è ciò che ha reso possibile palesare che il fondamento filosofico circa la concezione dell'uomo nel soggettivismo punitivo riposa in una reificazione dell'individuo, il cui rilievo risulta decentrato nell'ambito dei valori culturali del sistema giuridico. Tale processo di reificazione, è bene ricordarlo, non riguarda soltanto una categoria di soggetti o individui, ossia quelli concretamente oggetto di criminalizzazione, bensì l'intera società: dunque sia i soggetti socialmente integrati, sia i marginali, i devianti. Il risultato consiste nella negazione della libertà morale del soggetto, dell'idea di un suo valore in sé, o perché la sua azione si considera eterodeterminata dalla struttura psico-fisica stessa dell'individuo<sup>602</sup>, o perché, accogliendosi la contraddittoria idea di una morale collettiva, si nega correlativamente la libertà sull'autodeterminazione della coscienza<sup>603</sup>. In entrambi i casi, l'esito è la criminalizzazione per un modo di essere del condannato, in ragione della rivelazione di una verità assoluta cui l'uomo va strumentalizzato. Se il singolo, per il suo modo di essere o peggio per una scelta malvagia, contraddice, con la sua

---

601 *Supra, Il soggettivismo punitivo.*

602 Come nell'animismo e nel positivismo lombrosiano, *Supra, Il soggettivismo punitivo*, par. 3.

603 Come nella concezione teocratica del diritto e nella concezione normativa dell'autore nel nazionalsocialismo, *Supra, Il soggettivismo punitivo*, parr. 4-5.

esistenza, la volontà ipostatizzata di un organismo immaginario su cui si costruisce l'autorappresentazione simbolica della società, egli si dimostrerà disfunzionale e incapace di vivere in quel mondo che l'uomo ha costruito, sarà considerato un soggetto pericoloso, poiché rimette in gioco la complessità della coscienza posta sotto il silenzio della rimozione permanente e pertanto dovrà essere rimosso: la funzione della pena, in un sistema penale così legittimato, avrà un carattere squisitamente neutralizzante.

Nella seconda parte del lavoro, gli elementi che storicamente e filosoficamente si sono rinvenuti per il paradigma del soggettivismo punitivo sono stati utilizzati per affrontare tre espressioni della moderna politica criminale: il *Feindstrafrecht*, il diritto penale mediatico e la funzione promozionale e simbolica del diritto penale.

Il primo settore analizzato, quello del diritto penale del nemico, è forse l'espressione più onesta e completa dell'affermazione di un diverso, seppur non nuovo, paradigma punitivo<sup>604</sup>. Esso assume in sé tutti gli elementi che si sono riconosciuti storicamente nelle manifestazioni di soggettivismo punitivo, ma il dato maggiormente significativo, in esso, è rappresentato da una funzione di esclusione e neutralizzazione dell'intervento penale e in particolare della pena, cui si orienta la costruzione di un modello alternativo discriminante rispetto agli appartenenti legittimi della società.

La seconda prospettiva dottrinale che si è presentata circa le tendenze della politica criminale odierna consiste nella c.d. criminologia mediatica<sup>605</sup>. Con tale espressione si fa riferimento ad una dottrina critica del ruolo svolto dalla rappresentazione mediatica nella costruzione dell'autocoscienza sociale rispetto al crimine. Tra tutti gli elementi che si riconoscono nel paradigma soggettivistico, quello che maggiormente sembra esprimersi in questa tendenza, ferma restando la presenza di ciascuno di essi, è la costruzione di una immagine di delinquente quale male in sé, che salta fuori dalle maglie della normalità dell'uomo, sembrando rivelare una natura di mostro, come bestia priva di anima, o di demone, come agente del male. Tale immagine, proiettata sullo schermo e sui quotidiani, si trasforma progressivamente in legge, modificando strutturalmente le fattispecie, che sembrano oggi non esprimere più un

---

604 *Supra*, *Funzionalismo e nemico nel diritto penale*.

605 *Supra*, *Criminologia mediatica e legislazione penale*.

disvalore circa un fatto, bensì circa una categoria di soggetti incomprensibili nella loro natura, che fanno concretamente da pietra angolare per la costruzione della fattispecie: essa non descrive un fatto, ma un autore<sup>606</sup>.

Nell'ultimo capitolo si è offerto uno studio sulla funzione promozionale del diritto penale e sulla sua degenerazione soggettivista consistente nel diritto penale simbolico<sup>607</sup>. Quest'ultimo mostra nuovamente i caratteri che si sono evidenziati come essenziali per riconoscere la presenza di un paradigma soggettivistico, ma tra di essi risalta la confusione quasi pacifica tra diritto e morale, due sistemi, questi, che condividendo la medesima natura normativa hanno sempre avuto la tendenza a confondersi<sup>608</sup>. Se non fosse che la morale permea l'uomo sin nel profondo della sua intimità e impone obblighi solo a chi la riconosce, mentre il diritto si interessa solo di ciò che avviene tra gli uomini e non nell'uomo e proprio per questo ad un obbligo fa corrispondere una pretesa che si garantisce coercitivamente. Tale confusione, così, rivela la dissoluzione dell'uomo nel tutto, che è tipica delle concezioni reificate dell'uomo, ove non è ammessa la molteplicità.

A conclusione di questa analisi, il risultato scientifico che si perseguiva e che ci si augura di aver raggiunto consiste nell'aver ricondotto all'unità di una categoria ermeneutica, quella del soggettivismo punitivo, ciò che fino ad oggi si è letto nella frammentarietà di critiche puntuali. Tale paradigma è capace di leggere il fondamento unitario alla base delle tendenze di politica criminale, rivelando da un lato la concezione dell'uomo in cui si rispecchia la società contemporanea, e dall'altro il sistema di strutture giuridiche che da essa si proiettano verso l'autoritarismo.

Il paradigma ermeneutico unitario del soggettivismo punitivo permette, infatti, come si è tentato di mostrare, di ricondurre al suo interno tutte quelle manifestazioni che fino ad oggi sono state analizzate come mere deviazioni, puntuali, rispetto ad un sistema che si è continuato ad autodescrivere come fondato sul valore centrale dell'uomo, inteso in una come individuo e socialità. Tuttavia, quelle che ad una analisi puntuale su di una precisa disciplina penale potrebbero sembrare delle mere

---

606 *Supra*, *Criminologia mediatica e legislazione penale*, parr. 5-6.

607 *Supra*, *La funzione promozionale del diritto penale*.

608 *Supra*, *Criminologia mediatica e legislazione penale*, parr. 4-5.

sbavature, inevitabili, rispetto ad un modello astratto, ma comunque riconfermando quest'ultimo nella sua capacità legittimante del sistema giuridico-penale, se lette in modo unitario, come tendenze di fondo della politica criminale post-moderna mostrano un risvolto molto più inquietante.

Proprio la presenza degli elementi del soggettivismo punitivo, che si fonda su un paradigma alternativo e incompatibile con l'oggettivismo punitivo, poiché si edifica sulla base di un concetto di uomo esattamente speculare, dimostra, infatti, che queste che si continuano a descrivere come deviazioni dal diritto penale garantista tradiscono in realtà l'adozione di un paradigma ad esso alternativo. Esse non sono semplicemente manifestazioni concrete e dunque imperfette di un modello oggettivistico, che per definizione sono sempre correggibili e perfettibili, non potendo mai raggiungere l'orizzonte noumenico della perfezione concettuale del modello astratto. Alla base di queste manifestazioni, invece, sembra collocarsi una meta-narrazione incompatibile e alternativa rispetto al garantismo, perché fondata su una concezione reificata dell'uomo che sembra essersi diffusa nelle società contemporanee.

Essendo questi elementi correlazionati, la concezione dell'uomo e la struttura giuridico-penale, non sarebbe infatti possibile interpretare tali tendenze, che presentano tutti i caratteri del soggettivismo, riportandole nella normalità delle oscillazioni di un sistema garantista. L'esistenza di tutti gli elementi che caratterizzano il soggettivismo punitivo, ossia: una concezione reificata dell'uomo; un sistema di diritto penale strutturalmente discriminatorio per determinate categorie di soggetti in ragione del loro modo di essere (ciò che nega sia la rilevanza di un fatto sia la rilevanza di una volontà, a seconda dei casi); confusione tra morale e diritto; e funzione neutralizzante della pena in ragione di un criterio di pura difesa sociale, non può, così, farsi rientrare nei parametri normali di fluttuazione del sistema: si tratta di un tumultuoso cambio di rotta circa la fondazione stessa della potestà punitiva. Non una deviazione, ma un nuovo, pericoloso, cammino.

Attraverso la categoria del soggettivismo punitivo si trova, dunque, quella visione d'insieme sul cammino che sta percorrendo la società contemporanea, le strutture politiche che la rappresentano e il diritto penale che accoglie: essa si fonda su una

concezione reificata dell'uomo, che oggi, in particolare, sembra schiavo dell'utilitarismo economico. È questa l'idolatria, l'ipostatizzazione dotata di propria volontà incontestabile, nella quale si riconosce, via via con maggiore intensità, la nostra società, tanto da aversi persa l'idea stessa che l'economia sia strumento e non fine dell'azione umana. L'uomo post-moderno sembra, così, misurare se stesso in base al parametro dell'utilità e del profitto, non ha desideri o aspirazioni, poiché non sono spendibili e non garantiscono alcuna difesa verso un futuro inteso come minaccia. La sua identità, frammentata in un catalogo di utilità in bella mostra al miglior offerente, mostra la sua fragilità, diffondendo nel singolo e nell'intera autoosservazione sociale un sentimento di insicurezza, che invoca l'autorità per la definizione di quei confini che l'uomo non trova più nel riconoscimento mutuo. Egli proprio nell'epoca dell'individualismo imperante ha, dunque, rinunciato alla soggettività, dinanzi all'incertezza delle condizioni sociali ed economiche determinate da un perverso neoliberalismo. L'uomo della post-modernità è un uomo dalle passioni tristi.

## ***2. Un concetto di soggettività per il diritto penale.***

Se questa è la condizione storica attuale, si impone la necessità per il giurista di trovare nuove parole sulle quali ricostruire il mutuo riconoscimento e superare l'angoscia delle passioni tristi, con la sua deriva verso la reificazione. Queste parole, nella meta-narrazione del nostro tempo sono quelle dei diritti umani.

Tale meta-narrazione, che attribuisce centralità alla nozione di diritti umani quale base di un mutuo riconoscimento, sconta, però, una paradossale contraddizione. Ciò che oggi riconduciamo nella categoria «umano», infatti, a quanto pare, sembra essere frutto di una delle maggiori tragedie ecologiche causate dai *Sapiens*: lo sterminio sistematico di tutte le altre specie umane, che un tempo popolavano la terra<sup>609</sup>. Se

---

609 Nei libri di storia ci è stato insegnato che l'*homo Sapiens* avrebbe rappresentato l'ultimo anello di una catena evolutiva, che partiva dai grandi primati, passando, tra gli altri, per *Neanderthal* ed *Erectus*. Tuttavia, questa tesi da tempo consolidata è stata smentita da numerosi ritrovamenti, i quali dimostrano la contemporanea permanenza sullo stesso territorio di diverse specie del genere umano durante migliaia di anni. A quanto pare, quando l'*homo Sapiens* apparve per la prima volta sulla terra, queste diverse specie del genere umano vivevano in perfetta armonia tra di loro e con l'ambiente circostante. In brevissimo tempo (in termini evolutivi), giusto dopo l'ingresso nel teatro della Storia dell'*homo Sapiens*, queste specie, insieme a quasi tutti i più mastodontici mammiferi sulla terra, scomparvero completamente, lasciando deboli tracce davanti a sé, che conserviamo in piccolissime percentuali del nostro genoma. Quali possano essere le cause di tale estinzione non è chiaro. Tuttavia lo schema si ripeté allorquando, in epoca diversa, i primi *Sapiens* arrivarono in

questa teoria fosse fondata, oggi ci ritroveremo ad usare una allocuzione, «genere umano», che ha in sé la memoria e il segno della brutale forza distruttiva con la quale *l'homo Sapiens* è entrato nella Storia: egli avrebbe costretto un intero genere a identificarsi con una sola delle sue specie, attraverso il sistematico sterminio di tutte le altre, per poi dimenticarne l'esistenza. La dizione di diritti umani acquisterebbe, dunque, un senso immanente di monito rispetto agli orrori di cui sin dagli albori si è dimostrata capace la nostra specie.

La meta-narrazione legata ai diritti umani potrebbe essere, in effetti, del tutto rivoluzionaria: essa rappresenterebbe una soluzione di continuità senza precedenti con una costante della storia dell'uomo, che ha ciclicamente e sistematicamente tentato di eliminare il simile, eppur diverso, perché fonte della pericolosità intrinseca alla molteplicità. Se, però, alle suddette buone intenzioni si aggiunge la micidiale efficacia raggiunta nella cooperazione sociale in vista di *Weltanschauung* condivise, è facilmente individuabile il rovescio della medaglia. Proprio quel progetto, che vorrebbe tutti gli uomini uguali in dignità e diritti, potrebbe rivelarsi l'arma più letale per la distruzione del diverso, laddove il diverso si identificasse con l'intollerante, il fondamentalista, chi si considera violare e offendere quei diritti umani, che evidentemente non trovano applicazione nei suoi riguardi. Ecco dunque la cautela, che più che in qualsiasi altro settore deve imporsi nella repressione penale: se questa è lo strumento più invasivo di cui può legittimamente avvalersi uno Stato di diritto, se essa, con le sue armi, già nella storia recente e nuovamente nel nostro presente si è piegata alle logiche dell'oppressione e della prevaricazione, ogni accesso ad essa, per ritenersi legittimo, proprio secondo il parametro dei diritti umani, dovrà centellinarsi e passare per il vaglio severo dei principi del garantismo. Nessuna eccezione, nessuna emergenza, nessun supposto valore dovrà aprirvi una breccia.

L'affermazione dell'universalità dei diritti umani può dunque rappresentare una meta-narrazione in grado di trainare la nostra epoca fuori dalle passioni tristi solo se

---

Australia e in America. Anche qui, nonostante l'assenza di cause ambientali o geologiche, che possano giustificare una simile catastrofe, tutte le specie umane diverse dai *Sapiens* e molte tra quelle dei grandi mammiferi scomparvero. Non è detto che vi sia una causalità diretta, e tuttavia è indicativo che l'estinzione sia avvenuta proprio quando questa nuova specie umana, alla quale apparteniamo, ha dato inizio al proprio progetto di dominio sulla terra. C'è chi inferisce da ciò che il primo atto significativo della nostra specie nel lungo libro della Storia del pianeta, non sia stato l'invenzione della ruota, il controllo del fuoco, o la poesia, bensì il genocidio.

si avrà cura di non ritagliare il concetto di «umanità» includendo una parte soltanto degli uomini concreti. Per essere uomini non bisogna meritarsi di essere uomini: è questo il senso della sacralità del riconoscimento mutuo. Già abbiamo avuto modo di osservare la capacità della nostra specie di autodefinirsi genere, eliminando tutte le altre. Questa capacità si può riprodurre laddove la definizione di uomo cui si attribuiscono diritti universali corrisponda soltanto ad un tipo particolare di uomini, escludendo tutti gli altri, poiché l'esclusione dal riconoscimento dell'umanità, come ha inteso palesare lo studio qui condotto, implica sempre l'ammissione dell'annientamento dell'altro<sup>610</sup>.

La prospettiva della definizione della concezione di uomo è idonea in effetti a mostrare una contraddizione intrinseca anche ad una certa idea di oggettivismo, ossia quella tipicamente espressa dalle società liberal-borghesi e oggi neoliberali, che per questo non sono mai riparate dal degenerare nel paradigma opposto della reificazione. Nella generalizzazione offerta nella prima parte di questo lavoro, si è infatti sostenuto che al riconoscimento dell'uomo quale soggettività morale autonoma, fondata sull'idea di individuo come entità trascendentale non esperienziale risalente a Immanuel Kant, corrisponde una oggettivizzazione del fondamento della potestà punitiva: la soggettività umana rappresenterà, infatti, fondamento e limite dell'intervento punitivo<sup>611</sup>. Il limite della soggettività, in particolare, esclude la legittimità di interventi volti a perseguire una manifestazione meramente morale di essa, che non abbia riscontri apprezzabili quale danno sociale. Il fondamento della soggettività, dal canto suo, impone che l'uomo, in qualità di soggetto capace di scelte autonome di vita, sia chiamato a rispondere soltanto laddove quel fatto di reato che ha concretamente provocato un danno sociale gli sia effettivamente rimproverabile quale espressione di questa sua libertà di scelta.

Tuttavia, questo tipo di fondazione, che in teoria è orientata al massimo rispetto della libertà e dell'uguaglianza, quando è costretta a passare dall'idea di uomo al concetto di uomo, da porre alla base della concreta disciplina penale, deve necessariamente trasformare una categoria noumenica, l'Uomo, in un concetto fenomenologico, gli uomini. In questo passaggio un'idea aprioristica, inidonea a regolare i rapporti

---

610 *Supra*. *Funzionalismo e nemico nel diritto penale*, parr. 4-5.

611 *Supra*, *Introduzione storico-metodologica*, par. 5.

concreti tra gli uomini, viene tradotta in un concetto che rappresenta, invece, una generalizzazione delle caratteristiche descrittive degli stessi. Tuttavia, a ben vedere, tale generalizzazione non è tale da accogliere tutti gli essere umani, bensì soltanto una parte ben delimitata degli stessi, così rompendo quel meccanismo di riconoscimento mutuo che deve essere alla base del diritto penale. Questo rapporto tra idea astratta e concetto più che concreto di uomo, tuttavia, nelle teorie di giustizia penale liberale non è esplicitato e rappresenta, in effetti, il problema centrale che si produsse nel passaggio dal giusnaturalismo laico al normativismo ottocentesco.

L'idea di soggetto autonomo e libero sulla base della capacità razionale di operare scelte autodeterminate, che si è adoperata nell'oggettivismo liberale, rivela, così, i propri immanenti limiti, contraddizioni e antinomie. Essa, infatti, ignorando deliberatamente la concretezza dei rapporti sociali e, dunque, le esigenze di giustizia sostanziale, schiaccia il concetto di uomo su una idea di giustizia individuale, che, dietro la premessa di astrattezza e universalità, adotta un parametro che corrisponde esattamente ad un tipo particolare di essere umano, incapace di accogliere quella complessità ineliminabile di coscienza e socialità in cui vivono gli uomini. Così essa arriva all'insostenibile pretesa di giustificare la potestà punitiva universale, adottando quale parametro una visione morale della giustizia criminale, costruita sul mondo simbolico di autoriconoscimento appartenente soltanto ad una parte di quella umanità. L'uomo che rappresenta il modello per la legislazione liberale è, così, l'uomo borghese<sup>612</sup>: adulto, maschio, bianco, sano di mente, economicamente e socialmente integrato. Su questo specifico tipo di uomo, ben più concreto rispetto all'idea di individualità autonoma kantiana, vengono misurati tutti gli altri esseri umani.

Quando l'Ottocento, a seguito della progressiva industrializzazione, si scontrò con una realtà umana ben più complessa di quella adottata nella legislazione penale, questa contraddizione di fondo si palesò con tutta la sua urgenza: essa era adatta a regolare i rapporti umani soltanto in un contesto socialmente omogeneo che non contemplasse la necessità di un effettivo riconoscimento di soggettività ad uomini che non presentassero quelle caratteristiche.

---

<sup>612</sup> Questa presa di coscienza è all'origine dei molteplici studi di *Critical Legal Studies* del mondo anglosassone, che deve fare i conti con un sistema penale che senza alcuna remora si definisce come sistema morale.

Ciò che accadde e che rischia di accadere ogniqualvolta alla complessità crescente dei rapporti non corrisponde una crescente complessità nell'estensione e nel riconoscimento di nuovi diritti rispondenti alle esigenze del nuovo contesto, è che quel modello, incapace di curare le contraddizioni della complessità della natura umana, non fu più credibile. Al suo posto, secondo un processo che abbiamo imparato a riconoscere, subentrò un concetto di uomo reificato, eterodeterminato dalla propria natura intrinsecamente disfunzionale o malvagia.

Sembra così riproporsi l'eterno conflitto tra libertà del volere e determinismo, che è stato concretamente risolto dalla dottrina contemporanea attraverso il ricorso alla positività del modello adottato dalla Costituzione. Tuttavia, questa soluzione, come evidenziato, da un lato sconta la necessità di confrontarsi con la costante concretizzazione di quei principi nella meta-narrazione sociale, e dall'altro l'attuale dislocazione dei centri di potere dal livello nazionale a quello sovra o internazionale<sup>613</sup>. Da qui sorge la necessità di rimeditare un modello che possa imporsi in una dimensione globale del diritto, che accolga questa complessità, costruendo un sistema di convivenza pacifica valido universalmente, senza negare storicità e autodeterminazione.

Così, se una idea astratta di uomo non può essere usata per regolare i rapporti tra gli uomini, poiché nessun uomo concreto corrisponde a quell'idea, per garantire l'effettivo rispetto di quel principio di riconoscimento mutuo, si renderà necessario un meccanismo ricorsivo<sup>614</sup> tra idea di soggettività e concretezza dei rapporti sociali che rimetta continuamente in discussione il concetto di uomo, includendo le sue nuove esigenze e aspettative, e rappresentando, così, la sua rete di sicurezza nel volo placido della sua coscienza. La generalizzazione del concetto di uomo effettivamente da porre alla base della disciplina positiva, se deve adottare un meccanismo ricorsivo di riconoscimento, ma senza pretendere di risolversi una volta per tutte in una sintesi assoluta, avrà dunque bisogno di un nuovo metodo: una dialettica negativa<sup>615</sup>.

---

613 Si rimanda a *Supra. Introduzione storico-metodologica*, par. 10.

614 PIERRE BOURDIEU, *Questa non è un'autobiografia. Elementi di autoanalisi*, Milano 2005. Su Pierre Bourdieu, vd. AA. VV., *Bourdieu dopo Bourdieu*, a cura di Gabriella Paolucci, Novara 2010.

615 T. ADORNO, *Dialettica negativa*, cit., posizione 2572.

In questo senso, sembrano muoversi numerose correnti filosofiche, che invocano più o meno esplicitamente un ritorno al realismo<sup>616</sup>. Tra queste, per l'originalità e la coerenza metodologica spicca quella che si deve a Roy Bhaskar, il quale introduce una corrente definita realismo critico dialettico<sup>617</sup>, che ha mosso i primi passi per l'applicazione nel contesto del diritto penale attraverso autori quali Alan Norrie<sup>618</sup>.

Da tale impostazione giusfilosofica emerge una concezione relazionale di soggettività, che non tenta di risolvere la contraddittorietà tra l'idea astratta di uomo, quale soggetto libero e autodeterminato, e uomini concreti, con i loro condizionamenti sociali, ma piuttosto sta in questa contraddizione, l'accetta, e la usa per la costruzione progressiva di un concetto che, nel migliore spirito scientifico, è sempre perfettibile e falsificabile, aprendosi al dialogo con la realtà delle relazioni concrete. Questa realtà, che correnti filosofiche quali strutturalismo e decostruttivismo hanno permesso di analizzare nella loro forza condizionante per l'essere umano, ma non anche eterodeterminante<sup>619</sup>, può essere posta dialetticamente in comunicazione con le categorie del diritto penale, affinché si palesi, laddove sia il caso, se non abbiano adottato, alla loro base, una concezione di soggettività che nella sua astrattezza non tradisca una esclusione discriminatoria per una parte dell'umanità.

Si tratta, in fin dei conti, di adottare l'uomo, nella sua concretezza di coscienza e socialità, quale misura effettiva della legittimità del diritto. Nell'alternativa tra decisionismo volontaristico e cognitivismo etico, tra nichilismo giuridico e moralismo egemonico, c'è un progetto che ha già la misura di se stesso e che rinnova un'utopia a lungo perduta: quello di un diritto quale cura dell'altro, quale strumento che allevii la sofferenza delle imprevedibili vicissitudini di una vita. Il passaggio dalla solitudine dell'individualismo all'integrazione, ad una dimensione sociale e relazionale, pare essere la strada obbligatoria per curare le passioni tristi che da sempre accompagnano la complessità umana e tra di esse la paura. Quel gesto

---

616 In Italia, questo ritorno è espresso da MAURIZIO FERRARIS, *Realismo positivo*, Torino 2013.

617 ROY BHASKAR, *Dialectic: the Pulse of freedom*, London 1993.

618 ALAN NORRIE, *Punishment, responsibility and justice*, Oxford 2000; ID., *Law, ideology and Punishment*, Dordrecht 1991; ID., *Crime, Reason and History*, London 1993; ID., *Law and the beautiful soul*, London 2005.

619 Ricordiamo come Luhmann che ha preteso di escludere i sistemi di coscienza dalla costruzione delle relazioni sociali comunicative, finisce, in fin dei conti, con scontrarsi con una soggettività che riemerge dalle strutture funzionali, *Supra, Funzionalismo e nemico nel diritto penale*, par. 2.

estremo di difesa che è il diritto penale troverebbe così nuovamente il suo limite nella sua concreta effettività nel contenere la violenza dei rapporti, non solo quelli individuali, ma anche quelli tra società e individuo. Un diritto mansueto, che accolga il reato, innanzitutto, come proprio fallimento.

Quella presentata in queste ultime pagine è una problematizzazione che non ha altro scopo, se non quello di mostrare la vastità delle questioni lasciate irrisolte e che pertanto stimola un approfondimento sulle aperture prospettabili: non è che uno squarcio lasciato appositamente aperto, per permetterne una evoluzione.

Tuttavia, esso sembra suggerire un cammino per tradurre in metodo i risultati ottenuti dalla presente analisi: un metodo dialettico tra oggettivismo e soggettivismo, filosoficamente fondati, potrebbe infatti consentire di leggere più coscientemente le tendenze di fondo delle discipline che oggi si moltiplicano in diritto penale e dunque palesare con maggiore precisione la presenza di elementi di reificazione. Attraverso un rimando ricorsivo tra i principi dell'uno e quelli dell'altro, infatti, il soggettivismo punitivo si potrebbe delineare come limite esterno del sistema penale garantista, aiutandolo a salvarsi dal rischio di allontanarsi da se stesso. Se un paradigma in grado di riconoscere il carattere soggettivista della criminalizzazione oggetto di analisi diventa strumento dell'interpretazione insieme e specularmente rispetto a quello garantista, la dottrina acquisterà un potente strumento in più di autolimitazione e di contenimento delle ambizioni del potere, svolgendo così scientificamente e politicamente il suo ruolo di critica del diritto vigente.

Tutto ciò è ancora ai primi passi ed è una prospettiva che si apre per il futuro. Tuttavia il paradigma del soggettivismo punitivo qui delineatosi ha, si spera, mostrato di essere in grado di portare ad unità le tendenze di politica criminale odierna e così reinterpretarle sotto un unico fondamento filosofico. La possibilità di estenderne la portata anche alla lettura di singole disposizioni, insieme dialetticamente ai principi del garantismo, lascia dunque ben sperare sulla possibilità di replicare tale risultato e così fornire uno strumento in più per confermare, modificare o eliminare le singole disposizioni, in vista di quel progetto di mutuo riconoscimento alla base del rispetto universale dei diritti umani.

Se questo progetto profondamente umanistico oggi, epoca di rabbia e tristezza, sembra un'utopia, basti, però, ricordare e ricordarsi che quel potere creativo, con cui l'Uomo scrive la sua Storia a dispetto della Biologia, di cui è dotato ogni singolo essere umano e che è in grado di modificare la realtà stessa dell'uomo, in fondo, nasce solo con un'idea.



## BIBLIOGRAFIA

- AA. VV. *La tutela penale della sicurezza sul lavoro*, a cura di Marco Angelini e Marco Lucio Cambiani, Napoli 2007.
- AA. VV., *Bourdieu dopo Bourdieu*, a cura di Gabriella Paolucci, Novara 2010.
- AA. VV., *Dizionario biografico dei giuristi Italiani*, a cura di Italo Birocchi, Ennio Cortese, Antonello Mattone, Marco Nicola Miletta, Bologna 2013.
- AA. VV., *Teorie della reificazione. Storia e attualità di un fenomeno sociale*, a cura di Alessandro Bellan, Milano 2013.
- AA.VV. *I diritti fondamentali della persona alla prova dell'emergenza*, a cura di Sergio Moccia, Napoli 2009.
- AA.VV., *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, a cura di Roberto E. Kosteris e Renzo Orlandi, Torino 2006.
- AA.VV., *Delitto politico e diritto penale del nemico*, a cura di Alessandro Gamberini e Renzo Orlandi, Bologna 2007.
- AA.VV., *Democrazia e autoritarismo nel diritto penale*, a cura di Alfonso Maria Stile. Napoli 2011.
- AA.VV., *Derecho penal de la democracia vs seguridad pública*, Granada 2005.
- AA.VV., *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, voll. I e II, a cura di Manuel Cancio Meliá e Carlos Gómez-Jara Díez, Madrid 2006.
- AA.VV., *Diritto penale del nemico: un dibattito internazionale*, a cura di Massimo Donini e Michele Papa, Milano 2007.
- AA.VV., *Francesco Carrara nel primo centenario della morte. Atti del Convegno internazionale Lucca-Pisa 2/5 giugno 1988*, Milano 1991.
- AA.VV., *Interpretazioni del funzionalismo giuridico*, a cura di Luisa Avitabile, Napoli, 2010.
- AA.VV., *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di Vittorio Manes e Gustavo Zagrebelsky, Milano 2011.

## BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *La sovranità mediatica: una riflessione tra etica, diritto ed economia*, a cura di Eugenio Raúl Zaffaroni, Mario Caterini, Padova 2014.
- AA.VV., *Legalità penale e crisi del diritto, oggi*, a cura di Bernardi Alessandro, Baldassare Pastore, Andrea Pugiotto, Milano 2008.
- AA.VV., *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, Milano 2006.
- AA.VV., *Scritti per Federico Stella*, Milano 2007.
- AA.VV., *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, a cura di M. Romano e F. Stella, Bologna 1980.
- AA.VV., *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad*, a cura di Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoo Sánchez, Navarra 2008.
- AA.VV., *Una introduzione alla filosofia del diritto*, a cura di Massimo La Torre e Alberto Scerbo, Catanzaro 2003.
- AA.VV., *Verso un diritto penale del nemico?*, in *Questione Giustizia*, numero monografico, Milano, n. 4 del 2006.
- THEODOR W. ADORNO, *Dialettica negativa*, Introduzione e cura di Stefano Petricciani e traduzione italiana di Pietro Lauro (titolo originale *Negative Dialektik*, Frankfurt am Main, 1966), Torino 2004.
- PETER ALBRECHT, *Strafverteidiger*, Baden Baden 1994.
- LAURA ALESIANI, *I reati di opinione. Una rilettura in chiave costituzionale*, Milano 2006.
- AGATA C. AMATO MANGIAMELI, *La fondazione delle norme tra decisionismo e cognitivismo nel dibattito tedesco contemporaneo*, Milano 1991.
- KNUT AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft. Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der «Sozial-schädlichkeit» des Verbrechens*, Frankfurt am Main 1972.
- KNUT AMELUNG, *Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1980, 19 ss;
- FRANCESCO ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano 1983.
- HANNAH ARENDT, *Le origini del totalitarismo*, a cura di Alberto Martinelli (titolo originale *The Origins of totalitarianism*, London 1951), Torino 2009.
- ARISTOTELE, *Politica*, a cura di Arturo Beccari, Torino, 1958.

## BIBLIOGRAFIA

- ANDREW ASHWORTH, *Belief, Intent and Criminal Liability in J. Eeklaar and Bell*, in *Essays in Jurisprudence*, 1987.
- ANDREW ASHWORTH, *Principles of Criminal law*, third edition, Oxford-New York 1999.
- ALESSANDRO BARATTA, *Funzioni strumentali e funzioni simboliche del diritto penale. Lineamenti di una teoria del bene giuridico*, in AA.VV., *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, vol. II, *Saggi teorico-giuridici*, Milano 1990, 19 ss.
- ALESSANDRO BARATTA, *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale*, Milano 1966.
- ALESSANDRO BARATTA, *Presentazione*, in KARL ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, a cura di Alessandro Baratta (traduzione dall'originale *Einführung in das juristische Denken*, 1956), Milano 1970.
- ALESSANDRO BARATTA, *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, in *Il diritto penale minimo. La questione criminale tra riduzionismo e abolizionismo*, a cura di Alessandro Baratta, vol. III de *Dei delitti e delle pene. Rivista di studi sociali, storici e giuridici sulla questione criminale*, Napoli 443 ss.
- ZYGMUNT BAUMAN, *La società dell'incertezza*, traduzione di Roberto Marchisio e Savina Neirotti, Bologna 1999
- CESARE BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, (prima edizione Livorno, 1764) consultato nell'edizione con commento di Voltaire e Introduzione di Roberto Rampioni, Roma 1992.
- HOWARD S. BECKER, *Outsiders. Saggi di sociologia della devianza*, Torino 2003.
- ERNST BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen 1906.
- MIGUEL BENASAYAG – GERARD SCHMIT, *L'epoca delle passioni tristi*, traduzione di Eleonora Missana (titolo originale *Les passions tristes. Souffrance psychique et crise sociale*, Paris 2003), Milano 2013.
- PETER L. BERGER – THOMAS LUCKMANN, *La realtà come costruzione sociale*, traduzione di Marta Sofri Innocenti e Alessandro Sofri Peretti (titolo originale *The Social Contruction of Reality*, New York, 1966), Bologna 1969.
- MARTA BERTOLINO, *Privato e pubblico nella rappresentazione mediatica del reato*, in AA. VV., *La televisione del crimine*, a cura di Gabrio Forti e Marta Bertolino, Milano 2005.
- GIUSEPPE BETTIOL, *Oggettivismo e soggettivismo nell'ambito della nozione del reato*, in *ID.*, *Scritti Giuridici*, Padova 1966.
- ROY BHASKAR, *Dialectic: the Pulse of freedom*, London 1993.

BIBLIOGRAFIA

- GABRIELE BIEL, *Epitome pariter et collectorium circa quattuor Sententiarum libros*.
- KARL BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, Band I, Leipzig 1885.
- KARL BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts*. In 4 volumi, Leipzig 1922, riedito Aalen 1991.
- JOHANN MICHAEL FRANZ BIRNBAUM, *Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung*, in *Achiv des Criminalrechts*, 1834.
- NORBERTO BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Roma-Bari 2007.
- SERGIO BONINI, *Quali spazi per una funzione simbolica del diritto penale?*, in *L'indice Penale*, 2003, 491 ss.
- JULIEN BONNECASE, *L'école de l'exégèse en droit civil*, Parigi 1924.
- PIERRE BOURDIEU, *Questa non è un'autobiografia. Elementi di autoanalisi*, Milano 2005.
- FRANCO BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIX, 1973.
- FRANCO BRICOLA, *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, in ID., *Scritti di Diritto penale*, vol. I, Tomo II, a cura di A. Melchionda e S. Canestrari, Bologna 2000, 1408ss.
- D. SCOTT BROYLES, *Criminal law in the USA*, Kluwer Law International, AH alphen ann den Rijn, The Nederlands, 2011.
- BLANCA MENDOZA BUERGO, *El derecho penal en la sociedad del riesgo*, con prologo di Gonzalo Rodrigues Mourullo, Madrid 2001.
- ALBERTO CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, Padova 1988.
- ALESSANDRO ALBERTO CALVI, *Tipo criminologico e tipo normativo d'autore*, Padova 1967.
- MANUEL CANCIO MELIÁ, *Terrorism and criminal law: the dream of prevention, the nightmare of the rule of law*, in *New Criminal law Review*, 14.2011, 108ss.
- GIUSEPPE CARBONI, *L'inosservanza dei provvedimenti dell'autorità. Lineamenti dogmatici e storico costituzionali dell'art. 650 del codice penale*, Milano 1970.
- GIUSEPPE CARBONI, *Norme penali in bianco e riserva di legge: a proposito della legittimità costituzionale dell'art. 650 c.p.* in *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 1971, 454;

## BIBLIOGRAFIA

- FRANCESCO CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale: del delitto, della pena* (1805-1888), Bologna 1993.
- GENARO R. CARRIÒ, *Sul concetto di obbligo giuridico*, in *Rivista di filosofia*, *VVII*, 1966.
- MARIO A. CATTANEO, *Terrorismo e Arbitrio. Il problema giuridico nel totalitarismo*, Padova 1998.
- ANTONIO CAVALIERE, *Riflessioni intorno ad oggettivismo e soggettivismo nella teoria del reato*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci* a cura di Emilio Dolcini e Carlo Enrico Paliero, Vol. II, Milano 2006.
- GIOVANNI CERQUETTI, *Teoria degli atti giuridici previsti nella norma incriminatrice*, Napoli 1973.
- HOUSTON STEWART CHAMBERLAIN, *I Fondamenti del XIX secolo*, Volume I, traduzione di Luca Leonello Rimbotti, (titolo originale *Die Grundlagen des neunzehnten Jahrhunderts*, München 1899), Roma 2015.
- NOAM CHOMSKY – EDWARD S. HERMAN, *La fabbrica del consenso. Ovvero la politica dei mass media*, traduzione di Stefano Rini (titolo originale *Manufacturing Consent. The political economy of the mass media*, New York, 1988), Milano 1998.
- NOAM CHOMSKY, *Illusioni necessarie*, traduzione di Roberto Ambrosoli (titolo originale *Necessary Illusions. Thought Control in Democratic Societies*, Toronto, 1989) Milano 1991.
- BERNARD C. COHEN, *The Press and Foreign Policy*, Princeton 1963.
- GREGORIO DA RIMINI, *In I Sententiarum*.
- GEORG DAHM e FRIEDRICH SCHAFFSTEIN, *Liberales oder autoritäres Strafrecht?*, Hamburg 1933.
- GEORG DAHM, *Das ermessen der Richters im nationalsozialistischen Strafrecht in Deutsches Strafrecht*, 1934.
- GERHARD DANNECKER §§ 1 und 2 in *Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch*, vol. 12, a cura di Heinrich Wilhelm Laufhütte, Ruth Rissing van Saan e Klaus Tiedemann, 2007.
- ERNESTO DE CRISTOFARO, *Legalità e pericolosità. La penalistica nazifascista e la dialettica tra retribuzione e difesa dello Stato*, in *Quaderni fiorentini*, XXXVI 2007.
- RAFFAELE DE GIORGI, *La razionalità come repressione e la teoria del diritto di Niklas Luhmann*, in ID. *Scienza del diritto e legittimazione sociale*, Lecce 1997.

## BIBLIOGRAFIA

- MIREILLE DELMAS-MARTY, *Dal codice penale ai diritti dell'uomo (articolo originale del 1986)*, traduzione in italiano di Alessandro Bernardi, Milano 1992.
- PATRICK DEVLIN, *The enforcement of Morals*, Oxford 1965.
- JOSÉ LUIS DíEZ RIPOLLÉS, *Symbolisches Strafrecht und die Wirkungen der Strafe*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2001, 516 ss.
- ALESSANDRA DINO, *I media e i nemici della democrazia*, in *Questione Giustizia* 2006.
- MASSIMO DONINI, *Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*, in AA.VV., *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, a cura di R.E. KOSTORIS E R. ORLANDI, Milano 2006.
- MASSIMO DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, estratto dagli atti del Convegno organizzato dall'Ass. Silvia Sandano, svoltosi a Roma il 25 maggio 2012, in onore di Mireille Delmas-Marty, sul tema «I principi fondamentali del diritto penale fra tradizioni nazionali e prospettive sovranazionali» e reperibile on-line all'indirizzo [http://www.antonioacasella.eu/archiva/Donini\\_2013.pdf](http://www.antonioacasella.eu/archiva/Donini_2013.pdf).
- MASSIMO DONINI, *Scienza penale e potere politico*, in *Rivista Italiana Diritto e Procedura Penale*, 2015.
- FËDOR DOSTOEVSKIJ, *Il grande inquisitore*, in *I fratelli Karamazov*.
- ANTHONY DUFF, *Choice, Character and criminal liability*, in *Law and Philosophy* 1993.
- ÉMILE DURKHEIM, *La divisione del lavoro sociale* (titolo originale *De la division du travail social*, Paris 1893), Milano 1962.
- ÉMILE DURKHEIM, *Il suicidio: studio di sociologia*, (titolo originale *Le suicide* Paris 1897), Milano 2014.
- EUGEN EHRLICH, *Die juristische Logik*, Tübingen 1918.
- EUGEN EHRLICH, *Freie Rechtsfindung und Freie Rechtswissenschaft*, Leipzig 1903.
- EUGEN EHRLICH, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, München-Leipzig 1913.
- KARL ENGISCH, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, Heidelberg 1953.
- ROBERT M. ENTMAN, *Framing: Toward Clarification of a Fractured Paradigm*, in *Journal of Communication*, vol. 43, 1993.
- GØSTA ESPING-ANDERSEN, *The three worlds of welfare capitalism*, Cambridge 1990.

#### BIBLIOGRAFIA

- FRANZ EXNER, *Biología criminal en sus rasgos fundamentales*, traduzione in spagnolo di Juan del Rosal (titolo originale *Kriminalbiologie in ihren Grundzügen*, Hamburg 1939) 1946.
- GUIDO FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, vol. II, *L'età moderna*, Roma-Bari 2001.
- JOEL FEINDBERG, *The moral limits of the criminal law*, I vol., *Harm to others*, IV vol. *Harmless wrongdoing*, Oxford 1987-1990.
- LUIGI FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari 1989.
- ANNA OLIVERIO FERRARIS, *L'assedio della paura*, Roma 1983.
- MAURIZIO FERRARIS, *Realismo positivo*, Torino 2013.
- PAUL JOHANN ANSELM RITTER VON FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, originale del 1801, consultato nell'edizione del 1973 Aalen.
- GIOVANNI FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia* 2003.
- GAETANO FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, originale del 1789.
- CARLO FIORE, *I reati di opinione*, Padova 1972.
- DOMENICO FISICHELLA, *Totalitarismo, Un regime del nostro tempo*, Roma 1987.
- GEORGE FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, Brown 1978.
- GEORGE P. FLETCHER, *The grammar of criminal law. American, comparative, and international, Volume one: Foundations*, Oxford New York 2007.
- MICHEL FOUCAULT, *Sorvegliare e Punire*, Torino 1976.
- ANTOINE FRATINI, *Per una cultura dell'anima*, in *La religione del dio Economia*, Crotone 2009.
- ROLAND FREISLER, *Einige Gedanken über Willensstrafrecht und Mehrheit von Straftaten*, in *Deutsches Strafrecht*, 1935.
- SIGMUND FREUD, *Al di là del principio del piacere*, traduzione di Anna Maria Marietti e Renata Colorni (titolo originale *Jenseits des Lustprinzips* Leipzig 1920), Torino 1975.
- SIGMUND FREUD, *Introduzione alla psicoanalisi*, traduzione di Irene Castiglia, edizione a cura di Roberto Finelli e Paolo Vinci (titolo originale *Vorlesungen zur Einführung in die Psychoanalyse*, raccolta delle lezioni tenute a Vienna, 1916-1917) Roma 2010.

## BIBLIOGRAFIA

- MONIKA FROMMEL, *La lucha contra la delincuencia en el nacionalsocialismo*, traduzione di Francisco Muñoz Conde (titolo originale *Verbrechensbekämpfung im Nazionalsozialismus, in Recht und Rechtslehre im Dritten Reich*, Kiel 1990) in *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XVI 1993.
- JOSEPH GABEL, *La falsa coscienza*, traduzione di Anna Backhaus Righini (titolo originale *La fausse conscience*, Paris 1962), Bari 1967.
- EDUARDO GALEANO, *Las venas abierta de America latina*, Montevideo-Buenos Aires 1971.
- WILHELM GALLAS, *Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutsverletzung* in AA.VV., *FS-Gleispach*, 1936.
- AMBROGIO GAROFANO, *Nota su proprietà privata e proprietà comune in Hegel*, in AA.VV., *Pubblico, Privato, Comune*, numero monografico della rivista Fogli di Filosofia, 2014, Fascicolo V, 85 ss.
- GIAN LUIGI GATTA, *Abolitio criminis e successione di norme "integratrici": teoria e prassi*, Milano 2008.
- ALBERICO GENTILI, *De Iure belli libri tres*, Londra 1598, consultato nell'edizione del 1877, Oxford, Libri I.
- GEORGE GERBNER, LARRY GROSS, MICHAEL MORGAN, NANCY SIGNORIELLI, *Living with television: The dynamics of the cultivation process*, in AA. VV., *Perspectives on media effects*, a cura di J. Bryant & D. Zillman, New Jersey 1986.
- BENJAMIN GINSBERG, *The Captive Public. How mass opinion Promotes States Power*, New York 1986.
- ERVING GOFFMAN, *Asylums. Le istituzioni totali: i meccanismi dell'esclusione e della violenza*, Milano 2003.
- ERVING GOFFMAN, *La vita quotidiana come rappresentazione*, Bologna 1969.
- ERVING GOFFMAN, *Stigma. L'identità negata*, Milano 1983.
- HANS GÖPPINGER, *Kriminologie*, München 1980.
- FILIPPO GRAMATICA, *Principi di difesa sociale*, Padova 1961.
- UGO GROZIO, *De iure belli ac pacis. Prolegomena*, 6, prima edizione Parigi 1625, consultato nell'edizione italiana *Prolegomeni al diritto della guerra e della pace*, con traduzione introduzione e note a cura di Guido Fassò e Carla Faralli, Napoli 1979.
- KLAUS GÜNTHER, *Die Symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe. Eine neue Straftheorie jenseits von Vergeltung und Prävention?*, in AA.VV., *Festschrift für*

## BIBLIOGRAFIA

- Klaus Lüderssen Zum 70. Geburtstag am 2. Mai 2002*, a cura di C. Prittwitz e altri, Baden-Baden 2002, 205 ss.
- JOSÉ LUIS GUZMÁN D'ALBORA, *Elementi di filosofia giuridico-penale*, a cura di Gabriele Fornasari e Alessandra Macillo, Napoli 2015.
- JÜNGEN HABERMAS, *Nella spirale tecnocratica. Un'arringa per la solidarietà europea*, traduzione di L. Ceppa, (titolo originale *Im Sog der Technokratie. Kleine Politische Schriften XII*, Frankfurt am Main, 2012), Roma-Bari 2014.
- JÜNGEN HABERMAS, *Teoria dell'agire comunicativo*, (titolo originale *Theorie des kommunikativen Handelns*, Frankfurt am Mein, 1981) vol I, Bologna 1988.
- JÜRGEN HABERMAS, *Dopo l'Utopia. Il pensiero critico e il mondo di oggi*, Venezia 1992.
- FRIEDRICH AUGUST VON HAYEK, *La società libera*, Firenze 1969.
- FRIEDRICH AUGUST VON HAYEK, *The Principles of a liberal social order*, in *Il politico*, XXXI 1966.
- HERBERT LIONEL ADOLPHUS HART, *Il concetto del diritto*, Torino 1965, 35 ss.
- WINFRIED HASSEMER, *Alternativ-Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Neuwied 1990.
- WINFRIED HASSEMER, *Das Symbolisches am symbolischen Strafrecht*, in AA.VV., *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, a cura di H Achenbach e altri, Berlin-New York, 1001 ss.
- WINFRIED HASSEMER, *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos*, in *Pena y Estado. La función simbólica del derecho penal*, Barcelona 1991, 23 ss.
- WINFRIED HASSEMER, *Fattispecie e tipo. Indagine sull'ermeneutica penalistica*, Napoli 2007.
- WINFRIED HASSEMER, *Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e diritto naturale. Aspetti giuridici*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, 104 ss.
- WINFRIED HASSEMER, *Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz* (anno di prima pubblicazione 1989), in ID. *Strafen im Rechtsstaat, Baden-Baden 2000*, 170 ss;
- WINFRIED HASSEMER, *Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz* (anno di prima pubblicazione 1989), ora in ID., *Strafen im Rechtsstaat, Baden-Baden 2000*, 170 ss;
- PHILIPP HECK, *Begriffsbildung und Interrenjurisprudenz*, in *Grundriss des Schulrechts*, Tübingen 1929.
- PHILIPP HECK, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, in *Archiv für die zivilistische Praxis*, 112.1914.

#### BIBLIOGRAFIA

- GEORG WILHELM FRIEDRICH HEGEL, *Prefazione a Lineamenti di filosofia del diritto*, traduzione di Francesco Messineo, (titolo originale *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Berlino 1821), Bari 1974.
- RAINER HEGENBARTH, *Symbolische und instrumentelle Funktionen moderner Gesetze*, in ZRP, 1981, 201 ss.
- ADOLF HITLER, *Mein Kampf*, München 1934.
- THOMAS HOBBS, *Elementa Philosophica de Cive*, Amsterdam (Amsterodami) 1742.
- HOLMES, sentenza *Abrams versus United States*, 1919.
- AXEL HONNETH, *Reificazione. Uno studio in chiave di teoria del riconoscimento*, traduzione di Carlo Sandrelli (titolo originale *Verdinglichung*, Frankfurt am Main 2005), Roma 2007.
- DOUGLAS HUSAK, *The philosophy of criminal law. Selected Essays*, Oxford-New York 2010.
- GAETANO INSOLERA, *L'evoluzione della politica criminale tra garantismo ed emergenze. Dagli anni '60 all'emergenza mafiosa*, in *Rivista Italiana Diritto e Procedura Penale* 2014.
- NATALINO IRTI, *Nichilismo giuridico*, Parte I, *Nichilismo e metodo giuridico*, Bari 2004.
- HERMANN ISAY, *Rechtsnorm und Entscheidung*, Berlin 1929.
- GÜNTHER JAKOBS – MANUEL CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, (titolo originale *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht in Foundations and Limits od Criminal Law and Criminal Procedure*, Taipei 2003, 41ss.), Navarra 2006.
- GÜNTHER JAKOBS, *Kriminalisierung im Vordfeld einer Rechtsgutsverletzung*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 97.1985.
- GÜNTHER JAKOBS, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, traduzione di Manuel Cancio Meliá e Bernardo Fejióo Sánchez (titolo originale *Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und "alteuropäischen" Prinzipienendenken. Oder: Verabschiedung des "alteuropäischen" Strafrecht?* In *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 107.1995, 843ss.), Madrid 1996.
- GÜNTHER JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, traduzione di Joaquin Cuello Contreras e José Luís Serrano Gonzales de Murillo (titolo originale *Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre - Lehrbuch*, 1991), Madrid 1995.
- GÜNTHER JAKOBS, *Bases para una teoría funcional del derecho penal*, Lima 2000.

#### BIBLIOGRAFIA

- RUDOLF VON JHERING, *La lotta per il diritto* (titolo originale *Der Kampf ums Recht* Wien 1872), Milano 1989.
- RUDOLF VON JHERING, *Lo Spirito del diritto romano nei diversi gradi del suo sviluppo*, traduzione di Luigi Bellavite (titolo originale *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Band 1, Liepzig 1852), Parte I, Milano 1855.
- RUDOLF VON JHERING, *Lo scopo nel diritto*, I, a cura di Mario Losano, (titolo originale *Der Zweck im Recht*, Leipzig 1877), Torino 1972.
- IMMANUEL KANT, *Critica della ragion pratica* (titolo originale *Kritik der praktischen Vernunft*, Leipzig 1788), Bari 1970.
- HERMANN U. KANTOROWICZ, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1906.
- HERMANN U. KANTOROWICZ, *Scienza giuridica e sociologia*, in *Metodologia della scienza giuridica*, a cura di Agostino Carrino, Napoli 1989.
- ERICH KAUFMANN, *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie*, Tübingen 1921.
- HANS KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, a cura di Mario Losano (titolo originale *Reine Rechtslehre*, Leipzig und Wien 1934), Torino 1990.
- HANS KELSEN, *Was ist die Reine Rechtslehre?*, in *Festschrift für Zaccaria Giacometti*, 1953.
- HARALD KINDERMANN, *Symbolische Gesetzgebung*, in *Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik*, 222 ss.
- ROBERT KING MERTON, *La profezia che si autoadempie*, in ID., *Teoria e Struttura Sociale*, vol. II, Bologna 1971.
- JOSEPH T. KLAPPER, *The effects of mass communication. An Analysis of Research on the Effectiveness and Limitations of Mass Media in Influencing the Opinions, Values and Behavior of Their Audiences*, New York 1960.
- GERD KLEIHEYER, *Benedikt Carpzov*, in *Deutsche und europäische Juristen aus fünf Jahrhunderten*, a cura di G. Kleiheyer e J. Schröder, Heidelberg 1976.
- EDUARD KOHLRAUSCH, *Das kommende deutsche Strafrecht*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 54.1935.
- HORST KOLLMANN, *Der symptomatische Verbrechensbegriff*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 28.1908.
- ERNST KRIECK, *Völkisch-politische Anthropologie*, Leipzig 1936.
- WAYNE R. LAFAVE, *Principles of criminal law*, St. Paul (MN) 2003.

#### BIBLIOGRAFIA

- RONALD DAVID LAIG, ne *L'insicurezza ontologica*, in ID., *L'io diviso*, traduzione di David Mezzacapa (titolo originale *The Divided Self: An Existential Study in Sanity and Madness*. London 1955), Torino 1969.
- KARL LARENZ, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, traduzione dal tedesco di Sergio Ventura (titolo originale *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin-Göttingen, 1960), Milano 1966.
- KARL LARENZ, *I criteri extralegali di integrazione del diritto positivo nella dottrina tedesca contemporanea*, Milano 1989.
- EMIL LASK, *Filosofia giuridica*, in *Metodologia della scienza giuridica*, a cura di Agostino Carrino (titolo originale *Rechtsphilosophie*, 1905, pubblicato in *Gesammelte Schriften*, Tübingen 1923), Napoli 1989.
- CARL CONSTANTIN LAUTERWEIN, *The Limit of Criminal Law. A comparative Analysis of Approaches to Legal Theorizing*, Farnham-Burlington, 2010.
- WERNER LEHNE, *Symbolische Politik mit dem Strafrecht. Versuch einer Reinterpretation des Diskurses um symbolisches Strafrecht*, in *Kriminologische Journal*, 1994, 210 ss.
- GIOVANNI LEONE, *Le norme penali in bianco*, in AA.VV., *Scritti teorico-pratici sulla nuova legislazione penale italiana*, vol. I, Bologna 1932.
- CLAUDE LÉVI-STRAUSS, *Il pensiero selvaggio*, traduzione di Paolo Caruso (titolo originale *Le Pensée sauvage*, Paris 1962) Milano 2010.
- LUCIEN LÉVY-BRUHL, *La mentalità primitiva*, traduzione di Carlo Cignetti (titolo originale *La mentalité primitive*, Paris 1922) Torino 1966.
- GIORGIO LICCI, *Figure del diritto penale. Il sistema italiano*, Torino 2013.
- WALTER LIPPMANN, *Public Opinion*, New York 1922.
- FRANZ VON LISZT, *Die Zukunft des Strafrechts* in ID., *Strarechtliche Vorträge*, Berlin 1905.
- FRANZ VON LISZT, *Die Aufgaben und die Methodeder Strafrechtswissenschaft*, in ID., *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Berlin 1905.
- FRANZ VON LISZT, *La teoria dello scopo nel diritto penale* (titolo originale *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, Marburg 1882), Milano 1962.
- FRANZ VON LISZT, *Über den Einfluss der Soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts*, in ID., *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, vol. II, Berlin 1905.
- NIKLAS LUHMANN – RAFFAELE DE GIORGI, *Teoria della società*, Milano 2003.

#### BIBLIOGRAFIA

- NIKLAS LUHMANN, *La realtà dei mass media*, traduzione di Elena Esposito (titolo originale *Die Realität der Massenmedien*, Opladen 1996), Milano 2000.
- NIKLAS LUHMANN, *Illuminismo sociologico*, (titolo originale *Soziologische Aufklärung*, Opladen 1995), Milano 1983.
- NIKLAS LUHMANN, *Sociologia del diritto*, traduzione di Alberto Febbrajo (titolo originale *Rechtssoziologie*, Hamburg 1972), Roma-Bari 1977.
- GYÖRGY LUKÁCS, *La distruzione della ragione*, vol. 1, Milano 2011 (titolo originale *Die Zerstörung der Vernunft*, Berlin 1954).
- GYÖRGY LUKÁCS, *Storia e coscienza di classe* (titolo originale *Geschichte und Klassenbewusstsein*, Berlin 1923), Milano 1978.
- JEAN FRANÇOIS LYOTARD, *La condizione postmoderna: rapporto sul sapere*, Milano 1981.
- BERNARD MANIN, *Principi del governo rappresentativo*, traduzione di V. Ottonelli (titolo originale *The Principles of Representative Government*, Cambridge 1997) Bologna 2010.
- ADELMO MANNA, *La giustizia penale tra Otto e Novecento: la disputa tra soggettivismo e oggettivismo*, in *Indice penale*, 2006.
- FERRANDO MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova 2013.
- FERRANDO MANTOVANI, *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell'amico, il nemico del diritto penale e l'amico del diritto penale*, in *Rivista Italiana Diritto e Procedura Penale* 2007, 470ss.
- GIORGIO MARINUCCI, *Soggettivismo e oggettivismo nel diritto penale. Uno schizzo dogmatico e politico-criminale*, *Rivista Italiana Diritto e Procedura Penale*, 2011.
- VÍCTOR GÓMEZ MARTÍN, *El derecho penal de autor*, Valencia 2007.
- JAVIER JIMÉNEZ MARTÍNEZ, *Introducción a la Teoria general del delito*, Mexico 2003.
- KARL MARX, *Das Kapital*, Berlin 1947, I.
- KLAUS MARXEN, *Strafrecht im Medienzeitalter*, in *JuristenZeitung* 55. Jahrg., Nr. 6 2000.
- DAVID MATZA, *On Becoming Deviant*, Englewood Cliffs (New Jersey) 1969;
- REINHART MAURACH, *Derecho penal. Parte general*, Barcelona 1954.
- HELLMUTH MAYER, *Der Verbrechensbegriff*, in *Deutsches Strafrecht*, 1938.

#### BIBLIOGRAFIA

- MAX ERNST MAYER, *Rechtsnormen und Kulturnormen*, Breslau 1903, ristampa Frankfurt am Main 1977.
- NICOLA MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nel diritto penale*, Milano 1983.
- NICOLA MAZZACUVA, *Il «soggettivismo» nel diritto penale: tendenze attuali ed osservazioni critiche*, in *Il Foro Italiano*, Vol. 106, 1983.
- EDWIN MCCARTHY LEMERT, *Human deviance, social problems, and social control*, Englewood Cliff (New Jersey) 1972, , disponibile anche in italiano con traduzione di Carlo M. Nator e Cinzia Soggia, col titolo *Devianza, problemi sociali e forme di controllo*, Milano 1981.
- EDWIN MCCARTHY LEMERT, *Social pathology: a systematic approach to the theory of sociopathic behavior*, New York 1951.
- MAXWELL E. MCCOMBS – DONALS L. SHAW, *The agenda setting function of mass media*, in *Public Opinion Quarterly*, n. 36, 1972.
- ALFRED MCCOY, *A question of torture: CIA interrogation, from the Cold War to the War on Terror*, New York 2006, 210 ss.
- GEORGE HERBERT MEAD, *Mind, Self, and Society*, Chicago 1934.
- ALBERT MEMMI, *The Colonizer and the Colonized*, New York 1965;
- ANTONIA MENGHINI, *Actio libera in causa*, Padova 2015.
- ROBERT KING MERTON, *Teoria e Struttura Sociale*, vol. II, Cap. 13, Bologna 1971.
- EDMUND MEZGER – HERMANN BLEI, *Strafrecht. Ein Studienbuch. Allgemeiner Teil*, 15a ed., München-Liepzig 1973.
- EDMUND MEZGER, *Die Straftat als Ganzes*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 57.1938.
- SERGIO MOCCIA, *Carpzov e Grozio. Dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*, Napoli 1988.
- SERGIO MOCCIA, *Dalla tutela dei beni alla tutela delle funzioni tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in *Rivista Italiana Diritto e Procedura Penale*, 1995.
- SERGIO MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli 1992.
- SERGIO MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli 2000.
- EDUARDO MONTALEGRE LYNETT – JORGE FERNANDO – PERDOMO TORRES, *Funcionalismo y normativismo penal. Una introducción a la obra de Günther Jakobs*, Bogotá 2006.

#### BIBLIOGRAFIA

- EDUARDO MONTEALEGRE, *Derecho penal y sociedad. Estudio sobre las obras de Günther Jakobs y Claus Roxin, y sobre las estructuras modernas de la imputación*, I-II, Bogotá 2007.
- CHARLES-LOUIS DE SECONDAT DE MONTESQUIEU, *Esprit des Lois*, VI (1748), Paris 1949.
- FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *De nuevo sobre el "derecho penal del enemigo"*, Buenos Aires 2005.
- ENZO MUSCO, *Funzioni e limiti del sistema penale*, in *Studium iuris* 1997, 115ss.
- ENZO MUSCO, *Consenso e legislazione penale*, in *Rivista Italiana Diritto e Procedura Penale*, 1993.
- JENS CHRISTIAN MÜLLER, *Die Legitimation des Rechtes durch die Erfindung des symbolischen Rechtes*, in *Kriminologische Journal*, 1993, 82ss.
- VLADIMIR NABOKOV, *A proposito di un libro intitolato Lolita*, in *Lolita*, Milano 1996.
- JOHANNES NAGLER, *Die Strafe. Eine juristisch-empirische Untersuchung*, Leipzig 1918.
- WOLFGANG NAUCKE, *Der materielle Verbrechenbegriff im 19. Jahrhundert*, in AA.VV., *Naturrecht und Rechtsphilosophie in der Neuzeit*, a cura di Klippel, Goldbach 1997.
- GUIDO NEPPI MODONA, *Tecnicismo e scelte politiche nella riforma del codice penale*, in *Democrazia e Diritto* 1977, p 661 ss.
- FRANZ LEOPOLD NEUMANN, *Lo stato democratico e lo stato autoritario*, (titolo originale *The Democratic and the Authoritarian State: Essays in Political and Legal Theory* 1957), Bologna 1973.
- ELISABETH NOELLE-NEUMANN, *La spirale del silenzio. Per una teoria dell'opinione pubblica*, traduzione di Sabra Befano e a cura di Stefano Cristante (titolo originale *Die Schweigespirale*, München 2001), Roma 2002.
- PETER NOLL, *Gesetzgebungslehre*, Reinbek 1973.
- PETER NOLL, *Ideologie und Gesetzgebung*, in AA.VV., *Ideologie und Recht*, a cura di Werner Maihofer, Frankfurt am Main, 1969, 69 ss.
- PETER NOLL, *Symbolische Gesetzgebung*, in *Zeitschrift Für Schweizerisches Recht*, 1981, 347 ss.
- ALAN NORRIE, *Crime, Reason and History. A critical introduction to criminal law*, Beccless and London 2001.

BIBLIOGRAFIA

- ALAN NORRIE, *Punishment responsibility and justice A relational Critique*, Oxford 2000.
- ALAN NORRIE, *Law and the beautiful soul*, London 2005.
- ALAN NORRIE, *Law, ideology and Punishment*, Dordrecht 1991.
- CLAUS OFFE, *Klassenherrschaft und politisches System. Zur Selektivität politischer Institutionen*, in AA.VV., *Strukturprobleme des kapitalistischen Staates. Aufsätze zur politischen Soziologie*, a cura di ID., Francoforte 1972.
- TULLIO PADOVANI, *La soave inquisizione, Osservazioni e rilievi a proposito di ricorso a ipotesi di "ravvedimento"*, in *Rivista Italiana Diritto e Procedura Penale*, 1981.
- FRANCESCO MARIO PAGANO, *Principi del codice penale*, originale del 1786.
- ANTONIO PAGLIARO, *"Diritto penale del nemico": una costruzione illogica e pericolosa*, in *Cassazione penale*, 2010, 246ss.
- ANTONIO PAGLIARO, *Legge penale nel tempo*, voce in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXIII, 1973, 1048;
- CARLO ENRICO PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, in *Rivista Italiana Diritto e Procedura Penale*, 1992.
- CARLO ENRICO PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale: profili politico-criminali*, in *Rivista Italiana Diritto e Procedura Penale*, 1990.
- CARLO ENRICO PALIERO, *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed 'effetti penali' dei media)*, in *Rivista Italiana Diritto e Procedura Penale*, 2006.
- CARLO ENRICO PALIERO, *Oggettivismo e Soggettivismo nel diritto penale italiano*, a cura di Perini e Consulich, Milano 2006.
- CATERINA PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa 2009.
- ANTONIO PECORARO ALBANI, *Riserva di legge, regolamento, norma penale in bianco*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1959, 762ss.
- MALCOLM PELTU, *The role of Communication Media*, in *Regulation Industrial Risks: Science, Hazards and Public Protection*, a cura di Harry Ottway e Malcolm Peltu, Londra 1985.
- NINA PERŠAK, *Criminalising Harmful Conduct. The Harm Principle, its Limits and Continental Counterparts*, New York 2007.
- TALCOTT PARSONS, *Il sistema sociale* (versione originale del 1951), Milano 1965.

## BIBLIOGRAFIA

- CESARE PEDRAZZI, *Interessi economici e tutela penale*, in AA.VV., *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cura di Alfonso Maria Stile, Napoli 1985, 304.
- CESARE PEDRAZZI, *Problemi di tecnica legislativa*, in AA.VV. *Comportamenti economici e legislazione penale*, a cura di Cesare Pedrazzi e Giovanni Silvestro Coco, Milano 1979, 39 ss.
- BIAGIO PETROCELLI, *Norma penale e regolamento*, in AA.VV., *Studi De Marsico*, vol. II, Milano 1959, 399ss.
- BIAGIO PETROCELLI, *La pericolosità criminale e la sua posizione giuridica*, Padova 1940.
- PLATONE, *Opere*, vol. I, Bari 1967
- KARL RAIMUND POPPER, *Congetture e confutazioni. Lo sviluppo della conoscenza scientifica*, (titolo originale *Conjectures and Refutations*, London 1963), Bologna 1972.
- KARL RAIMUND POPPER, *Logica della scoperta scientifica*, (titolo originale *Logik der Forschung*, Wien 1935), Torino 1970.
- GUILLERMO PORTILLA CONTRERAS, *El derecho penal y procesal del “enemigo”. Las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros internos-externos*, en AA.VV., *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, a cura di Jacobo López Barja de Quiroga y José Miguel Zugaldía Espinar, v. I, Madrid-Barcelona 2004, 693ss.
- LAURA POZUELO PÉREZ, *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*, Valencia 2003.
- JOHN PRATT, *Penal Populism*, Poutledge, New York, 2007.
- CORNELIUS PRITTWITZ, *Populismo e opportunismo nella politica criminale. Il ruolo della legislazione e quello della magistratura costituzionale nel caso della “custodia di sicurezza”*, in AA.VV., *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*, a cura di Giovanni Cocco, Padova 2005.
- GEORG FREDRICH PUCHTA, *Corso delle Istituzioni*, Vol. 1, con traduzione e introduzione di A. Turchiaruolo (titolo originale *Cursus der Institutionen*, Band 1. *Einleitung in die Rechtswissenschaft und Geschichte des Rechts bey dem römischen Volk*, Leipzig 1841), Napoli 1854.
- CORRADO PUNZI, *La ribellione come atto creativo. Il potere del diritto e delle strutture nella teoria dei sistemi di Niklas Luhmann*, in *Nómadas, Revista crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, 2011.
- GUSTAV RADBRUCH, *Introduzione alla scienza del diritto* (titolo originale *Einführung in die Rechtswissenschaft* Leipzig 1910), Torino 1961.

#### BIBLIOGRAFIA

- GUSTAV RADBRUCH, *Propedeutica alla filosofia del Diritto* a cura di Dino Pasini (titolo originale *Rechtsphilosophie*, Leipzig 1956), Torino 1959.
- ELIGIO RESTA, *La certezza e la speranza. Saggio su diritto e violenza*, Bari 2006.
- ELIGIO RESTA, *La dismisura dei sistemi penali*, in *Dei delitti e delle pene*, n. 3.1985.
- ELIGIO RESTA, *Paradossi del consenso*, in AA.VV., *Verso un nuovo codice penale*, Milano 1993.
- FEDERICA RESTA, *Lessico e codici del "diritto penale del nemico"*, in *Giurisprudenza di merito*, 2006, 2785ss.
- HEINRICH RICKERT, *Die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung*, Tübingen, 1902.
- HEINRICH RICKERT, *Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft. Ein Vortrag*, Tübingen, 1899.
- PAUL H. ROBINSON, *Criminal law*, New York 1997.
- ARTURO ROCCO, *Il problema e il metodo nella scienza del diritto penale*, Prolusione al corso di diritto e procedura penale, letta nella R. Università di Sassari il 15 gennaio 1910, in *Rivista di diritto e procedura penale*, 1910.
- MARIO ROMANO, *Legislazione penale e consenso sociale*, in *Jus* 1985.
- MARIO ROMANO, *Repressione della condotta antisindacale*, Milano 1974.
- PIERRE ROSANVALLON, *La società dell'uguaglianza*, Prefazione di Corrado Ocone e traduzione dal francese di Alessandro Bresolin, Roma 2013 (titolo originale *La société des égaux*, Paris 2011).
- ALFRED ROSENBERG, *Blut und Ehre*, München 1934.
- JEAN JACQUES ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, a cura di Roberto Gatti, Milano, 2010 (titolo originale *Du contrat social ou principes du droit politique*, Amsterdam 1762).
- CLAUS ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, I 1997.
- CLAUS ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, traduzione a cura di Sergio Moccia (titolo originale *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, Berlin 1973), Napoli 2001.
- FRITZ SACK, *Kritische Kriminologie*, in *Kleines Kriminologisches Wörterbuch* a cura di G. Kaiser, H. J. Kerner, F. Sack, H. Schellhoss, Heidelberg 1993.
- DENIS SALAS, *Populismo penale*, in *Questione Giustizia* 2006.
- SAN TOMMASO, *Summa Theologiae*.

#### BIBLIOGRAFIA

- GIOVANNI SARTORI, *Homo videns. Televisione e post-pensiero*, Roma-Bari 1997 (prima edizione).
- FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY, *La vocazione del nostro tempo per la legislazione e la giurisprudenza*, in ANTON FRIEDRICH JUSTUS THIBAUT E FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY, *La polemica sulla codificazione*, a cura di Giuliano Marini (Titolo originale *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1914), Napoli 1982.
- MARIO SBRICCOLI, *Storia del diritto penale e della giustizia: scritti editi e inediti (1972-2007)*, Milano 2009.
- FRIEDRICH SCHAFFSTEIN, *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, in AA. VV., *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, a cura di G. Dahm, E. R. Huber, K. Lorenz, K. Michaelis, F. Schaffstein, W. Siebert, Berlin, 1935.
- FRIEDRICH SCHAFFSTEIN, *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen*, Berlin 1930.
- FRIEDRICH SCHAFFSTEIN, *Formalismus im Strafrecht*, in *Deutsches Recht* 1934.
- CARL SCHMITT, *I tre tipi di pensiero giuridico*, in *Le categorie del 'politico'*, traduzione di Pierangelo Schiera (titolo originale *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Hamburg Hanseatische Verlagsanstalt, 67ss.), Bologna 1972.
- FRANK AUGUST SCHUBERT, *Criminal law. the Basics*, New York, 2015.
- ERICH SCHWINGE– LEOPOLD ZIMMERL, *Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht*, Bonn 1937.
- LUCIO ANNEO SENECA, *De Ira*, consultato nell'edizione *L'ira*, traduzione e note di Costantino Ricci, Milano 2010.
- FILIPPO SGUBBI, *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, Bologna 1990.
- JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 3ª edizione, Montevideo-Buenos Aires 2011.
- JOSÉ MARIA SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona 1992.
- ANDREW P. SIMESTER - JOHN R. SPENCER - ROBERT G. SULLIVAN - J. VIRGO GRAHAM, *Simester and Sullival's criminal law. Theory and Doctrine*, Fifth Edition, Oxford and Portland (OR) 2013.
- LICIA SIRACUSA, *La tutela penale dell'ambiente. Bene giuridico e tecniche di incriminazione*, Milano 2007.

BIBLIOGRAFIA

- UGO SPIRITO, *Storia del diritto penale italiano*, Firenze 1974.
- RUDOLF STAMMLER, *Theorie der Rechtswissenschaft*, Halle 1911.
- HEINZ STEINERT, *Über symbolisches und instrumentelles Strafrecht*, in AA.VV., *Konstruktion der Wirklichkeit durch Kriminalität und Strafe*, a cura di D. Frehsee, G. Löschper e G. Smaus, Baden-Baden 1997, 101 ss.
- DAVIDE STRAZZARI, *Discriminazione razziale e diritto*, Padova 2008.
- WILLIAM THOMAS DOROTHY SWAINE THOMAS, *The child in America: Behavior problems and programs*, New York 1928.
- GIOVANNI TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione*, Bologna 1998.
- FRANK TANNENBAUM, *Crime and the Community*, Boston 1938.
- OTTOKAR TESAR, *Der symptomatische Verbrechensbegriff*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 29.1909, 82ss.
- OTTOKAR TESAR, *Die symptomatische Bedeutung des verbrecherischen Verhalten*, Berlin 1907.
- CHRISTIAN THOMASIIUS, *I fondamenti del diritto di natura e delle genti*, a cura di Gianluca Dioni (titolo originale *Fundamenta juris naturae ac gentium*, prima edizione originale 1705), Milano 2013.
- KLAUS TIEDEMANN, *Strafrecht und Marktwirtschaft*, in AA.VV., *Festschrift für W. Stree und J. Wessels*, Heidelberg 1993, 527 ss.
- EDWARD BURNETT TYLOR, *Alle origini della cultura*, Vol IV. *Animismo* (titolo originale *Primitive Culture*, London 1920) Pisa 2000.
- GAETANO VICICONTE, *Riserva di legge in materia penale e fattispecie in rapporto di integrazione con atti amministrativi*, in AA. VV., *Sulla potestà punitiva dello Stato e alle Regioni*, Milano 1994, 55ss.
- FRANCESCO VIOLA e GIUSEPPE ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari 1999.
- THOMAS VORMBAUM, *Birnbaum und die Folgen*, in J.M.F. BIRNBAUM, *Zwei Aufsätze*, a cura di José Luis Guzmán Dalbora e Thomas Vormbaum, Berlin 2011.
- THOMAS VORMBAUM, *Fragmentarisches Strafrecht in Geschichte und Dogmatik*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Bd. 123.2011.
- THOMAS VORMBAUM, *Storia moderna del diritto penale tedesco. Una introduzione*, traduzione di Giorgia Oss e Sara Porro, Padova 2013.

#### BIBLIOGRAFIA

- MARTIN VOSS, *Symbolische Gesetzgebung. Fragen zur Rationalität von Strafgesetzgebungsakten*, Ebelsbach 1989.
- ADOLF WACH, *Handbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, Band I, Leipzig 1885.
- SIMONE WEIL, *La persona e il sacro*, a cura di Maria Concetta Sala (titolo originale *La personne et le sacré* Paris 1957), Milano 2012.
- SIMONE WEIL, *La prima radice*, traduzione di Franco Fortini (titolo originale *L'enracinement. Prélude à une déclaration des devoirs envers l'être humain*, Paris 1949), Milano 1990.
- SIMONE WEIL, *Riflessioni sulle cause della libertà e dell'oppressione* (titolo originale *Réflexions sur les causes de la liberté et de l'oppression sociale*, in *Oppression et liberté*, Paris 1955), Milano 2013.
- HANS WELZEL, *Diritto naturale e giustizia materiale*, (titolo originale *Naturrecht und Materiale Gerechtigkeit*, Göttingen 1962) Milano 1965.
- BERNARD WILLIAMS, *In the beginning was the deed. Realism and moralism in Political Arguments*, Princeton 2005.
- BERNHARD WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, Traduzione di Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa con note e riferimenti al diritto civile italiano (titolo originale *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Berlino, 1882), Torino 1930.
- BERNHARD WINDSCHEID, *Gesammelte Reden und Abhandlungen*, Leipzig 1904.
- BARTOSZ WOJCIECHOWSKI, *Philosophical Approach to the Interculturality of Criminal Law*, Frankfurt am Main, 2010.
- ERIK WOLF, *Tattypus und Tätertypus*, in *Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht*, 1936.
- ERIK WOLF, *Vom Wesen Des Täters: Freiburger Antrittsvorlesung*, Tübingen 1932.
- THOMAS WÜRTEMBERGER, *Benedikt Carpzov*, in *Juristische Schulung* 1966.
- THOMAS WÜRTEMBERGER, *La situazione spirituale della scienza penalistica in Germania*, traduzione italiana a cura di Mario Losano e Franco Giuffrida Répaci (titolo originale *Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, Karlsruhe 1959), Milano 1965.
- HARARI YUVAL, *Da animali a Dèi. Breve storia dell'Umanità*, Milano 2014.
- EUGENIO RAÚL ZAFFARONI - ALEJANDRO ALAGIA - ALEJANDRO SLOKAR, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, 2ª ed., 2002.
- EUGENIO RAÚL ZAFFARONI - ALEJANDRO ALAGIA - ALEJANDRO SLOKAR, *Tratado de Derecho penal. Parte general*. 5 volumi, Buenos Aires, t. II, 1987.

#### BIBLIOGRAFIA

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *Criminología Mediática*, in *La cuestión criminal, Suplemento especial de Página 12*, n.16, 2011.

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *El enemigo en el derecho penal*, Buenos Aires 2006.

EUGENIO RAUL ZAFFARONI, *En torno a la cuestión penal*, Montevideo-Buenos Aires 2005.

HEINZ ZIPE, *Kriminalpolitik*, Heidelberg 1980.