

Cultura giuridica e diritto vivente

Rivista on line del Dipartimento di Giurisprudenza
Università di Urbino Carlo Bo

Saggi



LA CASUALITÀ DELLA VITA QUOTIDIANA PUÒ DETERMINARE CIÒ CHE DEVE ESSERE PUNITO? UN PROGRAMMA DI RICERCA PER L'*EXTREMA RATIO*

Gabriele Marra

Abstract

[Can the casuality of everyday life determine what should be punished? A research program for *extrema ratio*] The last resort principle (*extrema ratio*) is deeply rooted in the debate on the limits of criminalization. Nevertheless, overcriminalization is a feature of modern criminal law experience. Many are the reasons of this paradox; among these, the lack of an in-depth analysis of the content of the *extrema ratio*. The article try to fill this gaps arguing that the real meaning of the last resort principle is the protection of the spontaneous social orders.

Key Words:

Last resort principle, Overcriminalization, Policy Power, Spontaneous social orders, Mute Law.

Vol. 5 (2018)





La casualità della vita quotidiana può determinare ciò che deve essere punito? Un programma di ricerca per l'*extrema ratio*

Gabriele Marra

1. Voci dal passato (non interamente trascorso?)

Tra il crepuscolo del XIX secolo e l'aurora del successivo, voci diverse convergono nel denunciare i rischi della progrediente relativizzazione della potestà punitiva: sempre più spesso messa all'incondizionato servizio di un "più perfetto ordine della città" e delle sue sempre più estese periferie¹.

Evoluzione stigmatizzata, tra l'altro, per il suo gigantismo punitivo. Tratto che, si osservava ieri e si ribadisce oggi², avvia il sistema penale complessivo verso la "bancarotta"³. Figlia dello smisurato e continuo ampliamento delle necessità della tutela penale⁴.

Una realtà che si afferma con progressione proporzionale all'interventismo statale fomentato dalla totalizzante idea di "sicurezza sociale"⁵. Categoria onnivora, che ingloba la tutela dell'ordine pubblico nel più ampio orizzonte delle finalità di benessere sociale: associa l'esonazione dei beni giuridici da ogni pericolo con "assistenza, beneficenza, mutualità, previdenza e assicurazioni sociali, pensioni, emigrazioni"⁶. Bisogni che il nuovo "diritto dello Stato" è chiamato a soddisfare sino ai "limiti della più cinica prepotenza"⁷. Ad una medesima *ratio* vanno dunque riportati, per limitarsi ad un esempio, i casi di coercizione penale diretta nei confronti di vagabondi, quali minacce alla sicurezza dei beni giuridici della società borghese⁸; gli interventi di "educazione morale, religiosa e professionale dei giovani oziosi", sempre in bilico tra "coercizione e

* Gabriele Marra è Professore associato di Diritto penale presso il Dipartimento di Giurisprudenza di Urbino. Mail: gabriele.marra@uniurb.it

¹ G. CARMIGNANI, *Teoria delle leggi e della sicurezza sociale*, tomo III, Fratelli Nistri, Pisa, 1832, 285.

² L. FERRAIOLI, *Che cos'è il garantismo*, *Criminalia*, 2014, 129 ss.

³ L. LUCCHINI, *Recensione*, *Rivista penale*, LXVII, 1908, 556 s.

⁴ C. E. PALIERO, *Minima non curat praetor*, Cedam, Padova, 1985.

⁵ La comparazione attesta gli esiti radicali di questa convergenza di lungo periodo, marcati dalla affermazione dello "stato penale assistenziale". Per tutti D. GARLAND, *La cultura del controllo*, Il Saggiatore, Milano, 2001, 57 ss.

⁶ G. CAZZETTA, *Legge e stato sociale. Dalla legislazione operaia al dilemma del welfare senza legge*, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 46, 2017, 125 s.

⁷ G. CAZZETTA, *Legge e stato sociale*, cit., 103 ss.; 128.

⁸ F. von LISZT, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1962, 54 ss.

integrazione”⁹; gli istituti di solidarietà nei confronti dei mendicanti e di quanti sono colpiti dalla durezza della vita¹⁰. Una “legislazione sociale” che qui interessa quale bacino in cui il legislatore raccoglie aggiornate necessità di tutela penale¹¹. Per assicurare “questa sua complessa e larghissima funzione” solidaristico-amministrativa-economica lo Stato ha infatti “bisogno che i suoi provvedimenti, gli ordini della propria autorità siano rispettati ed obbediti”¹².

Prende così corpo un “esercito colossale di artificiosi delitti” che rompe ogni equilibrio sistematico, facendolo inclinare sopra uno scosceso “pendio, ove il fardello della vita civile comincia a diventare più pesante che non quello della vita fisica, e dove della libertà non rimarrà che il nome. Ad ogni passo un nuovo regolamento, un divieto, un inceppamento. Portando alle ultime ed esagerate conseguenze il principio del valer meglio prevenire che reprimere, le industrie ed i commerci sono assiduamente ingombrati da meticolose misure cautelari”¹³. D'altra parte, la “penetrazione della dottrina socialista” ha “reso lo Stato italiano” una “società regolamentarizzata, dove i divieti, gli ostacoli e le pedanterie, esuberantemente sanzionati come pene, rendono malagevole e penosa l'esplicazione dell'attività industriale, in omaggio ad un esagerato ed insidioso criterio di prevenzione”. Non si tratta però di un guasto solo settoriale. Anche “il cittadino più rigidamente morale, l'uomo più cauto e meticoloso non può sperare di trascorrere la vita senza incappare in qualche reato”¹⁴.

Sul banco degli imputati, con l'accusa di “bancarotta”, sono condotti, per primi, gli estesi fermenti di socializzazione in atto nel dibattito sulla giustificazione della potestà punitiva, impersonificati al meglio dalla scuola positiva¹⁵. Accusata per la preferenza accordata ad un'idea di prevenzione sconfinata - figlia tanto della sua vocazione olistico-sociale, quanto del conseguente riduzionismo empirico del problema giuspenalistico - e per la sua credenza nella inesorabilità storica di tali approdi¹⁶. Infine, ma non da ultimo, per la strenua battaglia condotta dai suoi protagonisti contro la legalità; da tutti intesa, date quelle premesse, come un freno non più tollerabile nella lotta contro il delitto.

A rispondere viene poi chiamata la politica, con la sua costante attitudine “all'assorbimento della società”¹⁷. Vocazione che la rende sempre pronta a governare secondo le proprie contingenze la volontà di potenza dello Stato-Agente nel frattempo scolpito dalla dottrina gius-pubblicistica¹⁸. Non da ultimo, attraverso il diritto penale, che meglio d'altri settori dell'ordinamento compendia i nuovi finalismi statuali. Entità che “provvede [ormai] incessantemente alla sicurezza generale, al mantenimento

⁹ G. CAZZETTA, *Legge e stato sociale*, cit., 127.

¹⁰ G. CAZZETTA, *Legge e stato sociale*, cit., 127.

¹¹ T. VORMBAUM, *Storia moderna del diritto penale tedesco*, Cedam, Padova, 2013, 159 s.; 164.

¹² F. De LUCA, *La contravvenzione (Tentativo d'una costruzione giuridico-sociologica)*, *Rivista di diritto penale e sociologia criminale*, vol. VIII, 1907, 275.

¹³ L. LUCCHINI, *La giustizia penale nella democrazia*, Zanichelli, Bologna, 1882, 18.

¹⁴ V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. I, Bocca, Torino, 1908, 14 s.

¹⁵ Si veda, però, C.E. PALIERO, *Minima non cura praetor*, cit., 82 ss.

¹⁶ E. FERRI, *Giustizia penale e giustizia sociale*, *La Scuola positiva*, 1911, 33.

¹⁷ G. CAZZETTA, *Legge e Stato sociale*, cit., 128.

¹⁸ M. SBRICCOLI, *Le mani in pasta e gli occhi al cielo*, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, vol. 38, 1999, 829.

dell'ordine pubblico e alla soddisfazione di tutti gli altri bisogni della società"¹⁹. Obiettivo condiviso, in vista del quale convergono istanze di conservazione e afflitti riformistici: il filantropismo paternalistico di questi ultimi, e l'autoritarismo disciplinare delle prime. Il tutto senza apprezzabili fratture nella continuità operativa della filosofia punitiva, assicurata dal collante fissato dal relativismo dell'idea dello scopo²⁰: tornata in quel torno di tempo a scolpire il paradigma giustificativo d'ogni scelta punitiva necessaria, secondo criteri presto colonizzati dall'organizzazione statale, contro gli intendimenti empirico/razionali dei suoi dottrinari²¹.

1.1. Teorie della pena e filosofie di un'età

Vento impetuoso, quello soffiato dall'idea dello scopo, che sferza ogni limite e che spira anche sotto l'egida della razionale teoria della retribuzione che pur si ostinava a contendere il campo al trionfante *Zweckgedanke*²². Una svolta demistificante imposta dall'ormai riconosciuta impossibilità di definire le ragioni del punire attingendo a motivi estranei all'esperienza sociale²³. Fondazione che costringe anche l'idea retributiva a confrontarsi con la contingenza del mondo profano. Sfida che la teoria della retribuzione affronta con strumenti, quali il pur fondamentale principio di proporzione, non di necessità attrezzati per frenare l'involuzione tecnicistica del sistema penale nella selezione di ciò che è bisognoso di pena²⁴: con ciò che ne consegue in merito alla capacità di controllo critico sulle scelte di criminalizzazione primaria²⁵.

Prospettive diverse, per un unico risultato: coincidente con la disponibilità ad estendere il campo di legittimo intervento del diritto penale ogniquale volta ciò sia giudicato necessario. Esito registrabile senza sorprese da parte di chi, ampliando l'orizzonte del discorso, percepisce dietro l'affermarsi del rinnovato protagonismo penalistico per scopi di beneficio sociale, l'inaridimento della fede nella libertà. "Filosofia di un'età" di fiducia "nell'inventiva" e nella "virtù individuale"; nel "metodo della libera iniziativa" opposto al "dispotismo amministrativo", osteggiato per il "timore che l'accentramento, uniformando, impoverisse ed inaridisse la pienezza della vita"²⁶: con il connesso venir meno, in seguito all'affermarsi del nuovo agnosticismo organizzativo, della capacità demolitoria di quella fede rispetto ad ogni "falsa idea di utilità"²⁷. Valore riconosciute almeno a partire dalla rivoluzione illuministica dei fondamenti del potere di punire²⁸.

¹⁹ L. MANNORI / B. SORDI, *Giustizia e amministrazione*, (a cura di) M. Fioravanti, *Lo Stato moderno in Europa*, Laterza, Bari-Roma, 2002, 79 ss. (anche per i necessari richiami bibliografici).

²⁰ "La pena corretta, cioè, giusta è solo quella necessaria". F. von LISZT, *La teoria dello scopo*, cit., 46.

²¹ W. NAUCKE, „*Schulenstreit*“? *Festschrift für Winfried Hassemer*, Müller, Heidelberg, 2008, 560 ss.

²² W. NAUCKE, „*Schulenstreit*“, cit., 221 ss.

²³ L. MONACO, *Prospettive dell'idea dello 'scopo' nella teoria della pena*, Jovene, Napoli, 1984, 97.

²⁴ W. HASSEMER, *Perché punire è necessario*, Il Mulino, Bologna, 2012, 57.

²⁵ W. NAUCKE, „*Schulenstreit*“, cit., 237.

²⁶ B. CROCE, *Storia d'Europa nel secolo decimonono*, Laterza, Bari, 1965, 12; 15; 17; 22. I destini della riforma delle "leggi penali sono indissolubilmente legate alle vicende delle libertà pubbliche". L. LUCCHINI, *Inaugurando il 2° cinquantennio della Rivista, Rivista penale*, vol. CI, 1925, 12.

²⁷ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Feltrinelli, Milano, 1991, § XL. G.A. De FRANCESCO, *Funzioni della pena e limiti della coercizione: caratteri ed eredità del classicismo penale, Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, vol. 26, 2007, 611 ss., spec. 646 ss.

²⁸ V. anche M. SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano, Storia d'Italia. Legge, diritto giustizia*, Annali 14, (a cura di) L. Violante, Einaudi, Torino, 1998, 547. Guardando all'oggi, si sottolinea il fatto che l'ipertrofia penalistica risulta inserita "in un fenomeno generale di espansione patologica di tutto il sistema legislativo", che ha "origini sue proprie di ordine politico, burocratico o più in generale sociologico". Cause che "in gran parte sfuggono al dominio della scienza penale". *Vulnus* che

Tramonto di cui dà prova la convergenza della prassi punitiva, alimentata dai nuovi imperativi del diritto sociale, verso l'uniformazione dirigitica della convivenza collettiva. Intento condiviso dalla scuola positiva²⁹, quanto dalle dottrine patrocinata da quel "liberalismo *sui generis*" affermatosi nella "cultura giuridica prefascista" come "conservatore, stalistico e autoritario"³⁰.

2. Selezione legale

Riportato al più misurato contesto dell'analisi tecnica, il problema sollevato dalla constatata ipertrofia del diritto penale si risolve nell'accusa, rivolta a suoi fautori, di lavorare per la destrutturazione della funzione selettiva attribuita al presidio della legalità penale³¹. Garanzia simbolo, dai tempi dell'illuminismo, dell'"incivilimento riformistico", in ragione della sua sostanziale funzione limitativa della potestà punitiva: riconosciuta necessaria a "garanzia dei diritti individuali", protetti dalla legalità contro la legge, e del "pieno rispetto della separazione dei poteri". Tutela che protegge la legittimità della legge contro la sua destabilizzazione ad opera di un'altrimenti incontrollabile parcellizzazione decisionistica, prodotta dall'azione del potere di governo e dell'ordine giudiziario. Criterio ordinativo che è ben lungi dal risolversi nell'affermazione di un dato assiomatico. Si tratta, infatti, di una guarentigia indispensabile, al pari della tutela dei diritti fondamentali, allo scopo di assicurare effettività alla piena costituzionalizzazione dei legami sociali (art. 16 della *Declaration* del 1789). Approdo che rappresenta il più avanzato fortilizio che la modernità ha congegnato a tutela dell'autonomia dell'individuo che vive in società: così protetto contro "l'onnipotenza della forza statale, la sconfinata potestà della maggioranza" e la violenza securitaria del "Leviatano"³².

Compito quant'altri mai arduo, del cui onere sono gravate, in primo luogo, le spalle della legalità. La cui funzione selettiva, espressa dalla tradizione che la inquadra come istituto critico in ordine all'uso della forza statale³³, è imprescindibile per contenere il massimalismo sociale del diritto penale proprio della "società punitiva"³⁴. Garanzia che conosce però precoci fenomeni erosivi laddove esposta al libero corso delle necessità che la politica criminale è indotta a soddisfare. In un tale contesto la legalità è infatti costretta a vivere la contraddizione di "una tutela che quanto più allarga

la programmata ricerca sull'*extrema ratio* non potrà certo ignorare. V. anche M. DONINI, *Selettività e paradigmi della teoria del reato*, *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1997, 382 ss. che di fronte alla crisi da complessità del sistema penale individua nei "principi di garanzia che vengono dagli illuministi", teorici delle libertà, una delle necessarie condizioni per arrestare tale deriva.

²⁹ M. SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti*, cit., 501.

³⁰ L. FERRAIOLI, *La cultura giuridica*, (a cura di) C. Staiano, *La cultura italiana del Novecento*, Laterza, Roma-Bari, 1996, 36.

³¹ F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale*, Il Mulino, Bologna, 1990, 47 ss. L'eco di questo guasto è percepita anche al di fuori della cerchia dei penalisti. "La complicazione sempre più forte della vita sociale" spinge verso "la necessità di un sistema di norme positive sempre più onnipresenti, senza possibili lacune, per ogni nostro atto quotidiano". Sul "piano penale questo si traduce" in "un aumento esponenziale delle fattispecie dei delitti e quindi del numero dei crimini commessi". Un fenomeno irresistibile, che nel principio di legalità non trova certo un momento critico. Di un simile "ingessamento della vita sociale" e della conseguente "crisi della responsabilità individuale" la legge penale rappresenta, infatti, il "naturale" strumento di attuazione. Così P. PRODI, *Una storia della giustizia*, Il Mulino, Bologna, 2000, 482 s. V. anche W. NAUCKE, *Negatives Strafrecht*, Lit, Berlin, 2015, 5 ss.

³² F. von LISZT, *Über den Einfluß der soziologischen und anthropologischen Forschungen*, Id., *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, vol. II, De Gruyter, Berlin, 1970, 80.

³³ W. NAUCKE, *Negatives Strafrecht*, cit., 14 ss.

³⁴ M. FOUCAULT, *La società punitiva*, Feltrinelli, Milano, 2016.

il proprio raggio d'azione [...] tanto meno riesce a rispondere alla sua originaria funzione di presidio contro invadenze dell'autorità"³⁵. Una potestà punitiva che, così congegnata, tanto concede all'"Argo dagli occhi innumerevoli che custodisce il prezioso tesoro dell'ordine sociale"³⁶.

3. "Giurisdizionalizzazione della vita sociale" e diritto penale moderno

Guasti che agli occhi dell'interprete contemporaneo sembrano ridurre le distanze temporali tra le riferite esperienze e l'attualità penalistica, che continua ad essere segnata, e in ogni caso ben predisposta, a servire l'idea della più estesa "giurisdizionalizzazione della vita sociale", che si realizza con l'infiltrazione di iniziative statuali sostitutorie nella regione, prima autonoma, dell'attività privata³⁷. Presenza legittima, nella più 'rigorosa' delle ipotesi³⁸, alla sola condizione di essere stata preventivamente annunciata in modo formale: vista altresì di buon occhio, perché ieri come oggi è condivisa l'idea che "la civiltà giganteggiante" coincide con "l'obbligo di maggiore prudenza e disciplina"³⁹. Doveri che la coercizione penale sublima rendendoli capillarmente effettivi⁴⁰.

Si arriva così alla cronaca odierna, che registra tale espansione dell'idea punitiva come un tratto permanente della politica criminale. Un vizio che neppure l'impegno personalistico della Costituzione repubblicana è riuscito a correggere⁴¹. L'individuo continua infatti ad essere immerso, come un tempo si osservava, nelle linee di "circonvallazione" tracciate dalla decisione legale che alloca socialmente la coercizione⁴². Forza dirigistica che "trovando l'uomo [intento ad operare] in alcune di queste linee", lo punisce "per essersi troppo accostato al punto in cui egli abusando della sua libertà potrebbe con facilità [recare] offesa" alla prosperità pubblica o alla sicurezza generale⁴³. Motivi che fondano la decisione di valore sottesa alla presa in carico, da parte della politica criminale, di sempre più fitti cataloghi di condotte circostanti la vita dei beni giuridici. Circostanze prese in carico dai pubblici poteri allo scopo di assicurare le condizioni ritenute più favorevoli per l'integrità e la prosperità di questi ultimi⁴⁴.

È dunque l'illimitata fabbricabilità di giudizi di valore pubblicistico, che possono in potenza interessare qualsiasi aspetto della vita quotidiana, a decretare il non valore di quegli stessi ambiti se articolati secondo cadenze che si collocano al di fuori di una prospettiva funzionale all'affermazione di interessi che li trascendono⁴⁵. *Humus* in cui

³⁵ M. PIFFERI, *Difendere i confini, superare le frontiere. Le 'zone grigie' della legalità penale tra otto e novecento, Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 46, tomo I, 2007, 751 ss.

³⁶ S. LONGHI, *Contravvenzioni, Enciclopedia giuridica italiana*, vol. III, p. III, Società editrice libraria, Milano, 2902, 158.

³⁷ S. LONGHI, *Repressione e prevenzione nel diritto penale attuale*, Società editrice libraria, Milano, 1911, 751. V. anche R. EPSTEIN, *Regole semplici per un mondo complesso*, Liberilibri, Macerata, 2012.

³⁸ L. FERRAIOLI, *Diritto e ragione*, Laterza, Roma-Bari, 2004, 795 ss.

³⁹ F. De LUCA, *La contravvenzione*, cit., 271.

⁴⁰ F. SGUBBI, *Il diritto penale incerto ed efficace*, *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2001, 1193 ss.

⁴¹ M. SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, (a cura di) L. Violante, *Storia d'Italia*, cit., 489 ss.

⁴² T. PADOVANI, *La sopravvivenza del codice Rocco nell'età della decodificazione*, *La Questione criminale*, 1981, 91.

⁴³ G. CARMIGNANI, *Teoria delle leggi*, cit., 297.

⁴⁴ M. PIFFERI, *Difendere i confini, superare le barriere*, cit., 764.

⁴⁵ G. AGAMBEN, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Einaudi, Torino, 2005, 151. V. anche G. FIANDACA, *Populismo penale e populismo giudiziario*, *Criminalia*, 2013, 95 ss.; e, volendo, G. MARRA, *La «politica penale giudiziaria» rivisitata nell'era del «disincanto penalistico»*, *Studi in onore di Alfonso Maria Stile*, Esi, Napoli, 2013, 273 ss.

prosperano i “vecchi valori” e proliferano i consueti strumenti, che pur si credevano consunti, dello Stato assolutistico: padrone dell’autonomia di individui e società⁴⁶. Pretesa ancora oggi soddisfatta, per limitarsi ad un esempio, dal mantenimento in vita del doppio livello di legalità assicurato dalla distinzione tra diritto penale e misure di sicurezza/prevenzione. Dicotomia conservata allo scopo di consentire interventi coercitivi a tutto campo, antecedenti e successivi alla commissione di un fatto di reato. Realtà alla quale più di recente si sono aggiunti i casi di immediata penetrazione dell’idea preventiva nel nucleo stesso delle singole fattispecie incriminatrici, in conseguenza di lettura allineate, in prospettiva sistematica, a ben definite linee di generale tendenza della legislazione (diritto penale del pericolo, del rischio, del comportamento, del nemico, ecc.)⁴⁷.

Evenienze che la legalità penale, come consegnata alle cure della contemporanea scienza penalistica dalla sua lunga stagione positivista, difficilmente sembra in grado di contrastare⁴⁸: ad ulteriore dimostrazione del fatto che non è solo la geometria piana della legalità, quale garanzia procedurale contro l’arbitrio, che può valere per progettare l’edificio dell’autonomia sociale degli individui⁴⁹.

4. Inviolabilità dei diritti fondamentali

Contrariamente alle certezze fissate da esercizi retorici in voga, l’ottimizzazione dell’idea punitiva al servizio di un incessante dovere statale di provvedere (“*Daseinvorsorge*”) non è una prassi attuativa della Costituzione⁵⁰. Semmai, è una ferita aperta nel suo impianto valoriale, che prima d’ogni dettaglio si caratterizza per la certezza che “lo Stato deve costituirsi in vista della persona e non viceversa, giacché “esistono dei diritti naturali dell’uomo” che ne fissano “l’anteriorità rispetto allo Stato”: il suo essere valore-fine e “non di mezzo” (Giorgio La Pira)⁵¹.

Verità assiologica che si oppone al relativismo intrinseco alla statalizzazione che ha dominato la stagione del gius-positivismo: che tra i suoi prodotti annovera anche l’affermazione di quella teoria dei “diritti riflessi” che aveva ispirato l’idea e la prassi dell’ordinamento giuridico fascista⁵². Idee convergenti nel modellare lo stampo di un diritto penale che non si fa remore nel considerare l’individuo solo come parte - sacrificabile - di quel collettivo sociale che il potere sovrano ha il dovere di custodire nella sua interezza.

Lungi dal restare confinata alle dichiarazioni di principio dei lavori preparatori, questa matrice trova preciso riscontro nel testo costituzionale. In particolare, nella distinzione tra dichiarata inviolabilità dei diritti e riconoscimento della riserva assoluta di legge quale

⁴⁶ G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Giuffrè, Milano, 1967, 223 ss.; 226 (per la citazione).

⁴⁷ Da ultimo, si veda Cass. sez. III, 13 gennaio 2017, n. 22265.

⁴⁸ W. NAUCKE, *I confini del diritto penale. Un abbozzo in sette tesi*, (a cura di) G. Borrè / G. Palombarini, *Il sistema sanzionatorio penale e le alternative di tutela*, Angeli, Milano, 2008, 103 ss.

⁴⁹ M. ROMANO, *Secolarizzazione, diritto penale e sistema dei reati*, *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1981, 477 ss.; spec. 487.

⁵⁰ F. HERZOG, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge. Studien zur Vorverlegung des Strafrechtsschutzes in den Gefährdungsbereich*, Heidelberg, 1991.

⁵¹ P. GROSSI, *L’invenzione del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2017, 47.

⁵² P. GROSSI, *L’invenzione del diritto*, cit., 25 ss.; 46.

criterio di legittimazione della pur necessaria limitazione degli stessi (ad esempio: art. 13 Cost.)⁵³. Al di là d'ogni ragionevole dubbio, è così chiarito, infatti, che l'originaria ed irriducibile autonomia della persona, affermata attraverso i doveri statuali di riconoscimento (art. 2 Cost.) e di inviolabilità (art. 13, comma 1 Cost), è la norma fondamentale che, in ogni contingenza, sottomette il potere della maggioranza al diritto⁵⁴. È il criterio, detto altrimenti, che spezza l'isolamento della volontà del diritto statale rispetto all'esperienza normativa che scorre nelle trame dei legami sociali. Ambiente dove si forma, si consolida ed evolve una giuridicità validata anche dalla prassi dell'*opinio iuris* che individui e formazioni sociali esprimono mediante la formulazione delle proprie pretese e con l'accoglimento delle richieste loro formulate dall'opinione altrui⁵⁵. Criterio finalistico che apre le porte dell'ordinamento all'interlocuzione normativa delle persone⁵⁶, così orientandolo ad essere partecipato, dal basso, da un diritto "extraformale" che rappresenta una risposta spontanea "alle esigenze di ordine di [una] data società"⁵⁷. Un orizzonte, quello così dischiuso, nel quale i cittadini cessano d'essere meri destinatari di imperativi calati dall'alto e coercitivamente assicurati, per divenire protagonisti sia della loro legittimazione, sia del merito delle regole normative di convivenza⁵⁸.

Mutazione che, nella prospettiva qui di interesse, consente di sindacare la scelta legale circa i presupposti ed i modi di limitazione della libertà personale ogniqualvolta la decisione politica invade lo spazio "anteriore" dell'autonomia personale⁵⁹. Come avviene in tutti i casi nei quali il mezzo - la coercizione - serve scopi di ordinamento dirigitico di ciò che la Costituzione proclama come inviolabile condizione di effettività di tutti "rapporti civili", presenti e futuri. Rapporti che, di conseguenza, non possono essere integralmente ottimizzati in senso gerarchico⁶⁰, quand'anche così orientati dall'indirizzo solidaristico fondamentale che troneggia nell'esperienza costituzionale vivente⁶¹: pena il sacrificio della 'apertura' in senso personalistico propria dell'impianto costituzionale⁶².

In ultima analisi, può dirsi che il senso proprio della guarentigia che i costituenti hanno così voluto coltivare, positivizzando l'invulnerabilità della libertà personale, è dunque quello, assai radicale, di disconoscere in via generale la legittimità d'ogni esercizio potestativo di organizzazione pubblicistica dell'ordine sociale ad opera della volontà legale. *In dubio pro libertate*. Il tutto sul presupposto che la riserva di legge penale

⁵³ M. FIORAVANTI, *Art.2*, Carocci, Roma, 2017, 84

⁵⁴ J. RATZINGER, *Ciò che tiene unito il mondo*, J. RATZINGER / J. HABERMAS, *Etica, religione e Stato liberale*, Morcelliana, Brescia, 2004, 43.

⁵⁵ B. LEONI, *Il diritto come pretesa*, Liberilibri, Macerata, 2008.

⁵⁶ P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, cit., 42.

⁵⁷ R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Utet, Torino, V ed., 1992, 23.

⁵⁸ M. DONINI, *Dogmatica penale e politica criminale a orientamento costituzionalistico*, *Dei delitti e delle pene*, 1998, 38 ss. G. FIANDACA, *La riforma codicistica tra mito accademico e realtà politico-criminale*, (a cura di) L. Stortoni / G. Insolera, *Gli ottant'anni del codice Rocco*, Bonomia University Press, Bologna, 2012, 431 ss. K. LÜDERSEN, *Rechtsfreie Räume?*, Suhrkamp, Frankfurt am M., 2012

⁵⁹ P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, cit., 15 ss. "Formalmente libero di incriminare una condotta (salvo i limiti derivanti dal riconoscimento al singolo dei diritti costituzionali di libertà) il legislatore non è arbitro della sue scelte". M. ROMANO, *Legislazione penale e consenso sociale*, *Jus*, 420 s.

⁶⁰ D. PULITANO, *Diritto penale*, Giappichelli, Torino, VII ed., 2017, 121 ss.

⁶¹ M. FIORAVANTI, *Art. 2*, cit., 17 ss.

⁶² Arth KAUFMANN, *Rechtsphilosophie*, Beck, München, 1997, 226 ss.

non è una condizione sufficiente per garantire la persona contro i sacrifici impostigli dalle pretese statualistiche di disciplina⁶³.

Certezza che costituisce il lascito ancora vitale dell'originaria visione liberatoria consegnata alla storia dalla filosofia sociale dei riformatori settecenteschi; fermi nel concepire il diritto come forza al servizio di "un ordinamento sociale in cui non [sia] necessaria la guida centralizzata di un uomo sugli altri uomini"⁶⁴. Visione poi attualizzata dalla Costituzione repubblicana, che di certo non rifiuta l'idea d'essere garante del compito statutale di tutela del "libero concorso delle energie sociali"⁶⁵.

Finalità che non si esaurisce nella tutela positivista di numerati diritti⁶⁶. Il senso e la portata di quella garanzia sono infatti assai più esigenti. Istanze al meglio compendiate dalla formula 'negativa' scolpita dal sinergico disposto degli artt. 5 e 7 della *Declaration* del 1789. Documento univoco nel fissare il solo legittimo fondamento dell'esercizio della potestà punitiva nell'evidentemente rigorosa necessità di ricorrere alla coercizione nell'immediato interesse dell'autonomia individuale e, indirettamente, della capacità di *self-government* della autonomia sociale in cui si inverte quotidianamente l'ordine delle singole libertà⁶⁷.

Esistono, dunque, spazi liberi dalla Costituzione sociale, perché immuni da istanze programmatiche e da cristallizzati teleologismi collettivi, che in sinergia alimentano l'impegno pro-attivo dei pubblici poteri. Conclusione da tenersi ferma soprattutto di fronte alle pretese propulsive della politica-criminale⁶⁸. I costituenti hanno infatti rifiutato di cedere alla "tentazione di disegnare una società ideale"⁶⁹. Si sono invece 'accontentati' di garantire, anche in questi casi, l'inviolabilità delle libertà negative. Motivo sufficiente per sterilizzare la presa della decisione politica e per salvaguardare la spontaneità dei legami sociali che quei limiti negativi rendono possibile. Asimmetria fondamentale che non può dunque essere ignorata né dalla politica criminale, né, a maggior ragione, dalle "politiche penali giudiziarie"⁷⁰.

5. Precisazioni

Chiarito così il motivo che, non da oggi, porta a ritenere il massimalismo penalistico una ferita aperta nel processo di attuazione costituzionale⁷¹, si resta in debito di alcune

⁶³ Volendo si veda G. MARRA, *Il paradosso della legalità nella modernità penalistica. Note a margine di Wolfgang Naucke, Negatives Strafrecht. 4 Ansätze*, Lit, Berlin, 2015 (in corso di pubblicazione). Vedi anche A. SOBUL, *Storia della rivoluzione francese*, Bur, Milano, 1997, 74 ss.

⁶⁴ J. BUCHANAN, *Il limiti della libertà*, Rusconi, Milano, 1998, 332.

⁶⁵ A. BARBERA, *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, (a cura di) A. Barbera, *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Laterza, Roma-Bari, 2006, 10.

⁶⁶ A. BARBERA, *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, cit., 10.

⁶⁷ A. BARBERA, *Le basi filosofiche*, cit., 10.

⁶⁸ A. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, vol. I, Cedam, Padova, 1988, 373 ss.

⁶⁹ M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva delle Costituzione repubblicana*, *Diritto e società*, 2011, 699.

⁷⁰ G. MARRA, *La «politica penale giudiziaria» rivisitata*, cit., 273 ss.

⁷¹ Il riferimento all'attuazione costituzionale fissa un orizzonte operativo che, non da oggi, meglio deve intendersi come impegno proteso a "frenare le aberrazioni dell'autorità sociale nel divieto, nella repressione, e nel giudizio, onde questa si mantenga nelle vie di giustizia e non degeneri in tirannia". F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, Il Mulino, Bologna, 2005, 31. Affinché, detto altrimenti, la legge penale non violi i "diritti degli uomini in nome della potenza pubblica". CONDORCET, *Idee sul dispotismo*, (a cura di) G. Durante, *Gli sguardi dell'illuminista*, Dedalo, Bari, 2009, 77.

ulteriori precisazioni in merito a temi e problemi che intersecano questo nucleo della riflessione.

In primo luogo, occorre far fronte all'autorevole opinione di chi, pur riconoscendo che nella vigenza della Costituzione del '48 "lo Stato non esaurisce la giuridicità della comunità italiana", annota anche che "lo Stato continua ad avere" e "non può non avere [...] un ruolo determinante [...] in tutto quanto attiene all'ordine pubblico e, in particolare modo, al penale"⁷².

Precisazione quanto mai opportuna: perché la tutela dei beni giuridici priva di legalità statale è solo spettrale violenza⁷³; mentre la garanzia della sicurezza priva dell'impegno statale finisce, ben presto, per essere sovrastata dalla legge del più forte⁷⁴. Opportuno appare però anche ogni sforzo inteso a non marcare eccessivamente questa linea divisoria⁷⁵. Diversamente, è concretissimo il rischio di assistere al consolidarsi di un sistema penale che forte del suo assolutismo, coltivato dagli apparati dell'organizzazione statale quale segno della rispettiva competenza normativa, di buon grado si presta a fungere da testa di ponte della progressiva riappropriazione positivista della legalità costituzionale. Il tutto con conseguente inertizzazione "della forza generativa dei suoi principi, dai quali è possibile ricavare sempre nuove forme di regolazione [non potestativa] della vita associata"⁷⁶.

L'esito di questa insufficiente 'costituzionalizzazione' dei fondamenti dell'esperienza penalistica, da intendersi come ancora inadeguata revisione dei fondamenti positivisti della potestà punitiva, mette infatti gli interpreti di fronte al fatto che "in Italia – e in generale in tutto l'occidente, a cominciare dagli Stati Uniti - [si diffondono e si consolidano] politiche penali autoritarie, tanto indifferenti alle cause strutturali dei fenomeni criminali e inefficaci per la loro prevenzione, quanto promotrici di un diritto penale massimo e disuguale, pesantemente lesivo dei diritti fondamentali: politiche interessate soltanto, tramite misure massimamente repressive, a riflettere e ad assecondare, ed anzi ad alimentare, le paure e gli umori repressivi presenti nella società quali massimi fattori del consenso politico"⁷⁷.

Una morsa che per essere allentata richiede di lavorare nella duplice prospettiva di conservare intatto il nucleo statualistico della potestà punitiva⁷⁸, al contempo aggiornando il progetto garantistico della sua legittimazione, in funzione limitativa delle necessità di tutela. Risultato possibile anche mediante l'apertura a quella giuridicità

⁷² P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, cit., 111.

⁷³ F. von LISZT, *Über den Einfluß*, cit., 80 ss.

⁷⁴ W. NAUCKE, *Der Begriff der politische Wirtschaftsstrafrecht. Eine Annäherung*, Lit, Berlin, 2012, spec. 80 ss. V. anche W. BENJAMIN, *Per la critica della violenza*, Alegre, Roma, 2010, 76 s.

⁷⁵ M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Giuffrè, Milano, 2012, 95 ss.

⁷⁶ G. SILVESTRI, *Stato di diritto e principio di legalità costituzionale*, *Annuario di ermeneutica giuridica*, 2011, vol. XVI, 101. V. anche H. HOFMANN, *Introduzione alla filosofia del diritto e della politica*, Laterza, Roma-Bari, 2003, 210.

⁷⁷ L. FERRAIOLI, *L'illusione della sicurezza*, www.festivaldeldiritto.it/2008/pdf, 1.

⁷⁸ Corte cost. 487/1989. V. anche Corte cost. 46/2014.

inferenziale che emerge dall'ambiente sociale: sicuramente in tutti i casi nei quali questa non si riveli incompatibile con il finalismo personalistico della legalità costituzionale⁷⁹.

Come già osservato, il rischio di un ordinamento giuridico imperativo, cieco di fronte alla ricchezza della coordinazione spontanea delle libertà, è meno teorico se si considera l'inderogabile componente solidaristica che, unitamente alla vocazione verso l'eguaglianza sostanziale, impronta la radice della vigente architettura costituzionale (artt. 2 e 3, comma 2 Cost.)⁸⁰. Matrice che fissa un intero "progetto di riforma della società a fini di giustizia", di fronte al quale "gli individui, singoli o nelle formazioni sociali", finiscono però per essere inglobati all'interno di una visione pan-pubblicistica della società e sottomessi a criteri di necessità di pena che li trascendono⁸¹. Approdo che consente alla politica criminale dello stato sociale esuberanze operative che altrimenti le resterebbero precluse.

I plurimi motivi che giustificano, sul piano logico-giuridico, i molti dissensi che investono l'ipotesi di poter trarre da tali fondamenti costituzionali precise ed ineludibili indicazioni a favore dell'intervento penalistico colgono certamente nel segno⁸². Egualmente centrate sono però le osservazioni di chi, focalizzando la propria attenzione al di là del dato strettamente normativo, evidenzia l'avvenuto consolidamento, nella sfera del discorso pubblico, di un "volto amichevole del Leviatano" quale premessa che sostiene, legittimandoli, programmi di esteso intervento della coercizione legale sulle "libertà individuali (di azione, di pensiero, di opinione)". Garanzie fatte così oggetto di limitazioni dichiarate strumentali, da questo paradossale 'nuovo' amico della collettività, all'attuazione di obblighi di sicurezza sociale⁸³. Quanto basta a sterilizzare l'antica percezione del "pericolo della sua tirannia"⁸⁴ e, di conseguenza, a facilitare il pronto coagularsi di un robusto consenso nei confronti d'ogni attuazione penalistica degli obblighi di tutela. Con il risultato di consolidare, per via del volontarismo democratico, le vecchie ambizioni di necessitata riforma, in senso superindividuale, dell'ordine della convivenza civile, anche ad opera della "supplenza giudiziaria"⁸⁵. "Il tema della tutela penale obbligatoria", a prescindere dalla qualità delle fonti che fissano tali obblighi, "sembra collegarsi, per il tramite del principio di solidarietà, al disegno ed alla realizzazione del Stato sociale di diritto"⁸⁶. Non da ultimo, perché si risolve

⁷⁹ In questi più ristretti termini va interpretato il riferimento alla "libertà finalizzata" che si ritiene caratterizzare l'impianto assiologico della vigente Costituzione sociale. Diversamente, si introdurrebbe nel discorso politico-criminale un punto di vista valoriale la cui portata va ben al di là del mero superamento della "libertà negativa, astratta, solipsistica, peccante di individualismo e identificabile con l'arbitrio di un individuo isolato dal suo contesto sociale". Cfr. P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, cit., 49. Volendo si veda il tentativo di tematizzazione di questo profilo già articolata in G. MARRA, *Prevenzione mediante organizzazione e diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2009.

⁸⁰ E. FORSTHOFF, *Stato di diritto in trasformazione*, Giuffrè, Milano, 1973.

⁸¹ M. FIORAVANTI, *Art. 2*, cit., 9; 12.

⁸² Per tutti D. PULITANO, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1983, 485 ss.

⁸³ T. WEIGEND, *Dove va il diritto penale? Problemi e tendenze evolutive nel XXI secolo*, *Criminalia*, 2014, 85.

⁸⁴ T. WEIGEND, *Dove va il diritto penale?*, cit., 85.

⁸⁵ D. PULITANO, *Obblighi costituzionali*, cit., 489.

⁸⁶ D. PULITANO, *Obblighi costituzionale*, cit., 488 (per la citazione); 519. V. anche M. DOGLIANI, *Art. 3*, Carocci, Roma, 2017, 3 s.

nel superamento di quella “normatività sociale che il *rule of law* ha storicamente imposto come limite all’esercizio della volontà di governo delle istituzioni politiche”⁸⁷.

La sconfinata competenza regolatoria dello stato sociale non è però un esito scontato di quelle premesse⁸⁸: nonostante le certezze in tal senso professate da quanti invece coltivano l’idea di un nesso di proporzionalità diretta tra crescita della complessità sociale, consolidamento del paradigma interventistico dello Stato sociale ed estensione del sistema penale. Non può infatti dirsi estraneo alla decisione costituzionale l’apprezzamento del pluralismo sociale quale criterio ordinante il dispiegarsi dei legami intersoggettivi⁸⁹. Né, di conseguenza, può essere trascurata l’implicazione di questa idea sul piano dell’attuazione delle istanze solidaristiche. Esigenze che ben possono trovare nell’autonomia privata, che dà sostanza al pluralismo, le responsabilità necessarie a renderle effettive⁹⁰.

Le evoluzioni in corso nell’ordinamento generale attestano come l’osservazione colga nel segno. È vero infatti che quella vocazione dimostra di trovarsi sempre più a suo agio, dopo i lunghi anni della legislazione sociale, con regolazioni aperte alla responsabilità privata; prive, dunque, di connotati coercitivi impositivi di mezzi e di decisioni sui fini. Modelli che coltivano, per scopi di integrazione sociale, l’idea della legge come necessità al servizio della convivenza civile, dove risiede la responsabilità prima per la sua qualità⁹¹. Esperimenti anche teoricamente validati che, tuttavia, incontrano la refrattarietà del diritto penale, che pur ad essi accede o che con gli stessi condivide teleologismi e beni giuridici, la cui prassi si dimostra impermeabile all’idea che la tutela dei beni giuridici possa essere un compito condiviso con istanze estranee all’ordine gerarchico del comando legale. Idea che staziona soprattutto a livello applicativo, a fronte di aperture legislative sempre meno frammentarie nei confronti delle virtù preventive di modelli di gestione partecipata dei rischi (Dlgs n. 231/01; Dlgs n. 196/03; Dlgs n. 231/07; Dlgs n. 81/08, ecc.)⁹². A tutt’oggi, il diritto vivente fatica infatti ad accettare l’idea che l’autoregolazione, la coordinazione decentrata e la responsabilità condivisa possano guadagnare spazi di fronte all’*imperium* dello *ius gladii*, a prescindere dalla natura del bene giuridico tutelato. Al netto di opinioni a tutt’oggi minoritarie, nonostante l’abbrivo fornitogli dal giudice nomofilattico⁹³, e di esperimenti intesi a recuperare, sul piano processuale, i momenti di pluralismo negati dall’interpretazione del diritto sostanziale⁹⁴, si deve ancora registrare il protagonismo ermeneutico delle componenti dirigitiche ed assicurative che segnano l’*ethos* del diritto penale della società

⁸⁷ R. BIN, *Rule of law e ideologie*, (a cura di) G. Pino / V. Villa, *Rule of law*, Il Mulino, 2016, 46.

⁸⁸ L. FERRAIOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, Il Mulino, Bologna, 2013.

⁸⁹ V. però Corte cost. 19/1962.

⁹⁰ G. CAZZETTA, *Legge e stato sociale*, cit., 105 ss.

⁹¹ G. CAZZETTA, *Legge e stato sociale*, cit., 105 ss.; spec. 109 s.

⁹² C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Giuffrè, Milano, 2010, spec. 595 ss.

⁹³ Cass. SS.UU. 18 settembre 2014, n. 38343, § 12; Cass. SS.UU. 21 dicembre 2017, n. 8770. V. anche C. PIERGALLINI, *Autonormazione e controllo penale, Diritto penale e processo*, 2015, n. 3, 261 ss.

⁹⁴ M. CAPUTO, *Colpevolezza della persona fisica e colpevolezza dell’ente nelle manovre sulla pena delle parti*, *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2017, 148 ss.

del rischio⁹⁵. Il comando legale viene così posto all'immediato servizio di scopi di utilità sociale (art. 41, comma 3 Cost.)⁹⁶ e reso strumentale ad ideali scopi di ordinamento teleologico dei comportamenti⁹⁷. Tutto ciò, nonostante gli inviti che la Corte costituzionale ha rivolto agli interpreti a rimodulare gli equilibri costituzionali sottesi a siffatti esercizi interpretativi in vista del necessario recupero di spazi per l'autonomia sociale⁹⁸: il cui rispetto è segnalato come condizione essenziale per il legittimo perseguimento di finalità d'organizzazione pubblicistica della collettività. Obiettivo, quest'ultimo, fatto oggetto di sempre più penetranti attenzioni politico-criminali a motivo delle "trasformazioni economico-sociali che hanno fatto emergere" nuovi bisogni di pena", e non per una "visione penpenalistica del controllo sociale da parte della dottrina e del legislatore"⁹⁹. Ragioni che, tuttavia, non riescono ad oscurare la "sovversione del principio di sussidiarietà" connessa alla loro affermazione¹⁰⁰.

Allo scopo di evitare l'impressione di trovarsi in presenza di interpretazioni galleggianti sulla storia, che oggi vive una stagione costituzionale segnata da sguardi critici nei confronti della limitazione della garanzia costituzionale al solo momento negativo delle libertà¹⁰¹, va infine registrata la piena appartenenza alla cultura dei Costituenti anche del "filone angloamericano [del] costituzionalismo"; con tutta la sua vocazione a neutralizzare il più possibile la potestà legislativa dell'ordine gerarchico. Potestà intesa dai "risoluti ribelli" del nuovo mondo come "anticamera dello statalismo", a sua volta sempre pronto a invadere le sfere individuali, dove si trova la "persona" con i suoi diritti più essenziali¹⁰².

Consapevolezza anti-idealistica che si accompagna al realismo della critica mossa nei confronti degli eccessi dell'"ateismo giuridico" proprio dell'antistorico legalismo invece costituzionalizzato dai rivoluzionari francesi al servizio della rigenerazione sociale¹⁰³. Una forza che i costituenti hanno inteso imbrigliare, tra l'altro, attraverso le clausole normative dell'invulnerabilità dei diritti fondamentali e la separazione dei poteri¹⁰⁴ e, non da ultimo, anche valorizzando la tradizione giusnaturalistica/evoluzionistica del

⁹⁵ C. PRITZWITZ, *Strafrecht und Risiko*, Klostermann, Frankfurt am Main, 1993, 242 ss.; F. HERZOG, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge*, cit., 59.

⁹⁶ Cass. sez. V 18 dicembre 2013, n. 4677.

⁹⁷ Cfr. Cass. sez. IV 3 marzo 2016, n. 8883.

⁹⁸ Corte cost. 312/96.

⁹⁹ G. MARINUCCI / E. DOLCINI, *Diritto penale 'minimo' e nuove forme di criminalità*, *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1999, 813 s.

¹⁰⁰ D. MICHELETTI, *La responsabilità esclusiva del lavoratore per il proprio infortunio. Studio sulla tipicità del reato colposo*, *Criminalia*, 2014, 323 ss.

¹⁰¹ Corte cost. n. 519/1995. "Oggi il vecchio stato di diritto è stato soppiantato dallo Stato costituzionale di diritto, il suo programma liberale di separazione tra ordine sociale e ordine politico è sostituito dal programma democratico di trasformazione sociale attraverso le istituzioni costituzionali". R. BIN, *Rule of law e ideologie*, cit., 44.

¹⁰² M. FIORAVANTI, *Art. 2*, cit., 9; 45.

¹⁰³ F. CARRARA, *Necessità di profondi studi giuridici*, *Opuscoli di diritto criminale*, vol. I, Giusti, Lucca, 1870, 98.

¹⁰⁴ M. FIORAVANTI, *Art. 2*, cit., 45.

primo costituzionalismo italiano¹⁰⁵: al cui fondo stanno aperture alle ragioni delle tradizioni comunitarie, dei costumi della società e dell'ordine generale che emerge “sulla base dell'amor proprio” per la “forza espansiva della libertà” nella “gara degli interessi”¹⁰⁶. Antidoti pre-positivi agli eccessi del “politeismo dei valori” inscritto nella riserva di legge che dà forma alle necessità evidenziate dall'idea dello scopo¹⁰⁷. Radice che sta al fondo della lotta per un moderno diritto penale delle libertà¹⁰⁸

Una serie di vincoli che la successiva prassi penalistica, pur vantando la sua costituzionalità, ha quantomeno eroso: all'insegna di una progressiva revisione di quelle premesse culturali, soppiantate da sensibilità che prediligono l'idea della Costituzione come scrigno dell'indirizzo fondamentale della società intera. Pietra angolare di una “teologia civile” che autorappresentandosi come forza di resistenza nei confronti di valori antagonisti, o anche solo critici, vede nel diritto penale lo strumento di capillare rimozione di tutti gli ostacoli che, di volta in volta, si ritengono frapposti alla piena attuazione di quel disegno¹⁰⁹.

Profonde sono le conseguenze di questa lettura sul piano gius-penalistico: da “teoria della libertà” il diritto penale viene infatti declassato al rango di “freno” della stessa¹¹⁰.

6. Prospettive

Di fronte al moltiplicarsi delle aperture di credito a favore dello Stato-persona e del suo assolutismo come rimedi elettivi per la doverosa cura dell'ordine sociale, la “penalistica civile” del secondo ‘800 metteva in guardia contro i gravi rischi di “asfissia sociale” impliciti in una tale idealità. In senso contrario, preferiva coltivare l'idea del progresso della società come fatto misurabile sui momenti di ritrazione dell'idea punitiva dalla sfera dell'autonomia sociale¹¹¹.

Esperienza portatrice di un messaggio ancora chiaro ed attuale, nonostante le difficoltà che incontra sulla sua strada. Specie di fronte al proliferare delle ipotesi in cui la meritevolezza di pena si definisce solo “in rapporto all'esercizio di una funzione amministrativa”¹¹², si deve infatti esser consapevoli del fatto che quell'auspicabile risultato può essere ottenuto solo combattendo due battaglie sul campo dell'autonomia

¹⁰⁵ C. FARALLI, *Le grandi correnti della filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino 2014, 33 s. Sulla nozione di evoluzione applicata alle istituzioni sociali, ed *in primis*, alla legge cfr. B. LEONI, *La libertà e la legge*, Liberilibri, Macerata, 1994, 3 ss.; spec. 26 ss.; 56 s.; 67 s.; 87 ss.

¹⁰⁶ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., §§ IV, VI, XLVI; C. BECCARIA, *Elementi di economia politica*, Edizione nazionale delle opere di Cesare Beccaria, diretta da L. Firpo e G. Francioni, vol. III, *Scritti economici*, Mediobanca, Milano, 2014, 292. “Non già che ogni disciplina debba essere tolta”, ma “le prescrizioni non devono essere impiegate se non dove sono necessarie” (*ivi*, 267).

¹⁰⁷ F. CARRARA, *Necessità di profondi studi giuridici*, cit., 101. W. NAUCKE, *Einführung: Rechtstheorie und Staatsverbrechen*, K. BINDING / A. HOCHÉ, *Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens* (1920), BMV, Berlin, 2006, LIII.

¹⁰⁸ F. VENTURI, *Illuminismo riformatore*, Einaudi, Torino, 1969; A. BARBERA, *Le basi filosofiche*, cit., 21 ss. P. AUDEGEAN, *Cesare Beccaria, filosofo europeo*, Carocci, Roma, 2014, 14 ss. (con riferimenti al pensiero di Franco Venturi e Alexis De Tocqueville).

¹⁰⁹ Cfr. M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale*, Giuffrè, Milano, 2011, 44.

¹¹⁰ F. CARRARA, *Dottrina fondamentale della tutela giuridica*, *Opuscoli di diritto criminale*, vol. I, cit., 254. C.E. PALIERO, *L'autunno del patriarca*, *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1994, 1225 s.; 1228 s.

¹¹¹ F. CARRARA, *Lineamenti di pratica legislativa penale*, Il Mulino, Bologna, 2007, 44. V. anche M. SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, (a cura di) M. Fioravanti, *Lo Stato moderno in Europa*, Laterza, Roma-Bari, 2002, 196 s.

¹¹² T. PADOVANI, *Il binomio irriducibile*, (a cura di) G. Marinucci / E. Dolcini, *Diritto penale in trasformazione*, Giuffrè, Milano, 1985, 457.

del diritto penale¹¹³: i) razionalizzando, dall'interno del sistema, la giustificazione della potestà punitiva, allo scopo di selezionare le sue legittime modalità d'azione; ii) qualificando la criteriologia giustificativa dell'intervento statale sull'autonomia sociale¹¹⁴ dall'esterno del perimetro del diritto positivo¹¹⁵, dove riposano i fondamenti dell'ordinamento (inviolabilità e riconoscimento dei diritti fondamentali)¹¹⁶.

Questione generale che la scienza penalistica non sembra poter dare per scontata all'atto di coltivare, dogmaticamente¹¹⁷, la razionalizzazione della prassi punitiva. Perlomeno se davvero intende lavorare, come nessuno da tempo dubita, affinché la coercizione penale non sia né una "tecnica profilattica"¹¹⁸, né "una violenza di uno o di molti contro un privato cittadino"¹¹⁹. Dai risultati di quell'impegno, inteso a colmare la frattura meta-sociale imposta dal positivismo¹²⁰, dipende infatti quella "felicità del maggior numero" che è in primo luogo garantita da una esperienza della penalità "essenzialmente [...] necessaria [e] la minima delle possibili nelle condizioni date"¹²¹.

7. Fondamenti

Di fronte alla marea montante di un diritto penale sempre più flessibile, sempre più dinamico e pro-attivo, ogni giorno più invadente, sempre più positivistico, nel senso di mezzo formalmente valido per fini volontaristici, occorre prendere atto della crisi dei fondamenti che attanaglia l'esperienza penalistica contemporanea.

Perturbazione che agli occhi dei suoi osservatori assume sempre più i tratti di un esercizio funzionalistico che ponendo al centro delle sue priorità l'oggettività della tutela dei beni giuridici e le istanze ordinarie patrocinate da una qualche idea collettiva (società, ordine costituzionale, legalità ecc.) si appalesa personalisticamente alienato¹²². Realtà che agisce in sinergia con la prepotente centralità che il momento giudiziario ha ormai assunto nelle dinamiche ordinarie, ed in specie nella quotidianità penalistica. Così destinata a vivere sempre più immersa in un mare di riduzionismo tecnicistico¹²³: nella misura in cui vede assicurata l'effettività dei suoi scopi funzionali da parte di un corpo privo di responsabilità, ulteriore a quella auto-assegnata, nei confronti degli effettivi protagonisti di "un ordine giuridico riposto" nelle trame dell'autonomia della

¹¹³ K. LÜDERSSEN, *Primäre oder sekundäre Zuständigkeit des Strafrecht?*, *Festschrift für Albin Eser*, Beck, München, 2005, 163 ss.; M. CATERINI, *Il giudice penale come Janus Bifrons: un auspicabile strabismo" interpretativo*, *Politica del diritto*, 2017, 170 ss.; 187 ss.

¹¹⁴ L. LACCHE', *La penalistica costituzionale e il 'liberalismo giuridico'. Problemi e immagini della legalità nella riflessione di Francesco Carrara*, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, 2007, vol. 36, 663 ss.

¹¹⁵ F. von LISZT, *Über den Einfluß*, cit., 81.

¹¹⁶ P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, cit., 128 (con riferimento a G. VASSALLI, *I principii generali del diritto nell'esperienza penale*, *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1991, 699 ss.). F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Giuffrè, Milano, 1983, 217.

¹¹⁷ M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale*, cit., 40 ss.; 56 ss.

¹¹⁸ G. BETTIOL, *Diritto penale*. Cedam, Padova, X ed., 1982, 110.

¹¹⁹ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., § XLVII.

¹²⁰ Volendo, G. MARRA, *Verso un diritto penale sperimentale?*, Aras, Fano, 2009.

¹²¹ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., §§ I, XLVII.

¹²² F. von HAYEK, *L'abuso della ragione*, Rubettino, Soveria Mannelli, 2008, edizione Kindle, spec. pos. 397; 1436; 2332 ss.

¹²³ "Il diritto è indispensabile per la vita della società, ma l'affidamento assoluto nel diritto è un vizio mortale per [...] la fluttuazione delle relazioni umane", la cui dinamica è essenziale affinché un "corpo sociale possa vivere (e non solamente funzionare)". J. ELLUL, *Recherches sur le droit et l'Évangile*, (a cura di) L. Lombardi Vallauri / G. Dilcher, *Cristianesimo, secolarizzazione e diritto moderno*, Giuffrè, Milano, vol. I, 1981, 125 s.

società civile. Un ordine “non appariscente ma esistente”¹²⁴. Realtà che nella quotidianità del diritto vivente, oltre ad essere giudicata dall'esterno, sul piano del più alto monismo deontologico, è sempre più spesso identificata come oggetto di necessaria trasformazione ad opera dell'azione coercitiva dei pubblici poteri. Una *potestas* normalizzatrice che in quella realtà non trova, dunque, né fondamento, né limite, finendo così per veder sciolto il suo necessario legame con la persona come fine e con i cittadini che in quell'ambiente vivono ed operano¹²⁵. Anticamera d'ogni diritto penale autoritario, quando ne ricorrono le condizioni, o, più ordinariamente, di un sistema penalistico asfitticamente burocratico¹²⁶ che ripudia, fin dall'inizio, l'idea che sia “preferibile l'equilibrio ottenuto attraverso [...] discussioni [e] lotte a quello imposto da una forza esteriore”¹²⁷.

Un orizzonte culturale persistente, come viene facile osservare, impregnato di “idolatria amministrativa” e da una “politica assoluta”¹²⁸. Forze che in stretta sinergia alimentano l'ossimoro di un individualismo statuale del tutto a suo agio anche con il più pernicioso “governamentalismo universale”¹²⁹. Nel cui imperio “non si osserva un inconveniente senza che si porti lo sguardo al Governo, e si spinga quasi con piglio di rimprovero al potere legislativo, e si gridi, qui sarebbe necessaria una legge. Né si ricorda la sentenza di Tacito che segnale di pessima repubblica è la moltitudine delle leggi”. “Le false idee che la inesperienza ha fatto nascere sul sistema costituzionale continuano questa tendenza”. Così “si crede, o si finge di credere, che il Parlamento sia costituito non per garantire le libertà civili contro le invasioni delle autorità, ma pel fine di partorire leggi”¹³⁰. Non esattamente il miglior modo, conclude Carrara, per “assuefare il popolo a governarsi da sé”¹³¹.

Di fronte alla marcia trionfale del diritto penale postmoderno¹³² - con la sua pretesa di ri-fondazione della legalità in senso “meramente programmatico”¹³³, al servizio di una indefinita congerie di scopi - sono possibili solo correzioni ai margini, inversioni di rotta puntiformi e risultati garantistici provvisori, se non si rimedia alla dispersione dei fondamenti personalistici del diritto sociale di punire.

Un compito al quale si candida, con dovizia di ragioni, l'*extrema ratio*, rivendicando, in funzione anti-normalizzatrice¹³⁴, la sua natura di pietra angolare dell'architettura

¹²⁴ P. GROSSI, *Verso il domani. La difficile fase della transizione*, (a cura di) R. Kostoris, *Percorsi giuridici della postmodernità*, Il Mulino, Bologna, 2017, 40.

¹²⁵ L. LACCHE', *La penalistica costituzionale*, cit., 692.

¹²⁶ Cass. 12/2/2015, n. 11353; Cass. 18/1/2016, n. 1623; Cass. 15/1/, n. 1725; Cass. 2/5/2017, n. 20855. In generale v. F. GIAVAZZI / G. BARBIERI, *I signori del tempo perso*, Longanesi, Milano, 2017.

¹²⁷ L. EINAUDI, *La bellezza della lotta*, Id., *Il buon governo*, Laterza, Roma-Bari, 2004, 455 ss.; spec. 459.

¹²⁸ L. LACCHE', *La penalistica costituzionale*, cit., 682.

¹²⁹ F. CARRARA, *Libertà e giustizia*, *Opuscoli di diritto criminale*, vol. III, Lucca, Giusti, 1870, II ed., 642.

¹³⁰ F. CARRARA, *Le tre concubine*, *Opuscoli di diritto criminale*, vol. IV, Giusti, Lucca, 1870, 487 s.

¹³¹ F. CARRARA, *Il delitto e il matrimonio ecclesiastico*, *Opuscoli di diritto criminale*, vol. V, Giusti, Lucca, 1874, 130.

¹³² R. KOSTORIS, *Un diritto postmoderno*, (a cura di) R. Kostoris, *Percorsi giuridici*, cit., 9 ss.

¹³³ P. FERRUA, *Soggezione del giudice alla sola legge e disfunzioni del legislatore: il corto circuito della riforma Orlando*, *Dir. pen.proc.*, 2017, 1265 ss.; spec. 1271 ss.

¹³⁴ L. EINAUDI, *Chi vuole la libertà*, Id., *Il buon governo*, cit., 104 ss.

garantistica e la sua genealogia di principio qualificante “la natura e i limiti del potere che la società” e le sue istituzioni possono “legittimamente esercitare sull’individuo”¹³⁵.

7.1. *Extrema ratio* e diritto vivente

Rivendicazione che per non essere velleitaria richiede, però, un rinnovato impegno di ragione. Necessario per far fronte al declassamento della sua funzione libertaria, essenziale per i destini della società aperta, nel quadro dei principi di garanzia del sistema penale.

La sintesi delle linee prospettiche fin qui illustrate fornisce un’adeguata base di partenza a quanti vogliano impegnarsi nel fondamentale tentativo di sottrarre l’*extrema ratio* dal limbo in cui oggi si trova confinata¹³⁶. Sospesa, come è, tra la rivendicazione del perdurante valore riformistico della sua storia, e la scarsa considerazione che invece riceve da parte di legislatori e giudici. Entrambi artefici delle fortune delle quali oggi beneficia l’opposta idea della centralità preventiva delle fattispecie incriminatrici. Realtà che prospera a detrimento della capacità e della volontà “del sistema giuridico di agire sugli interessi, o anche solo su prassi comportamentali socialmente consolidate” in funzione di prevenzione dei conflitti. Esigenza che finisce così per essere (apparentemente) soddisfatta solo da “forme altisonanti” e massimalistiche “di reazioni a posteriori nei confronti dei reati”¹³⁷.

7.1.1. “Minimo sacrificio necessario” dei diritti individuali. Il volto processuale dell’*extrema ratio*

La rilevata convergenza dei decisori sul “protagonismo del diritto penale a tutto campo”¹³⁸, non impedisce di evidenziare la ‘rovesciata’ gerarchia che, in termini di effettività, descrive il posizionamento delle due istanze nel pur comune impegno ‘giustizialista’. Un orizzonte oggi segnato dal sicuro protagonismo della prassi applicativa¹³⁹. Ruolo che le è stato in buona parte consegnato dalla crisi della politica e che si manifesta anche attraverso il rilascio di ampie deleghe in bianco nell’individuazione di ciò che è meritevole di pena. Spazi che il diritto vivente ha via via riempito coltivando interpretazioni assai poco propense a valorizzare il principio di *extrema ratio*¹⁴⁰; anche in settori del diritto penale sostanziale aperti, per scelta legislativa, al contributo ordinante della coordinazione spontanea delle diverse sfere d’autoresponsabilità¹⁴¹. Atteggiamento forse condizionato dalla riconosciuta valenza politico-criminale (*id est*: meta-interpretativa) del principio¹⁴².

D’altra parte, è anche vera l’esistenza di prassi massimalistiche consolidate in relazione ad istituti, quali quelli cautelari, che la legge processuale pur codifica, sia pure tra mille difficoltà e pentimenti (l. n. 103/2017), sotto il segno costituzionale del

¹³⁵ J. S. MILL, *La libertà*, Rcs Libri, Milano, 2010, 9.

¹³⁶ F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Giuffrè, Milano, 1983, 219, nt. 11.

¹³⁷ L. EUSEBI, *L’insostenibile pesantezza del testo: la responsabilità perduta della progettazione politico-criminale*, *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2017, 1668 ss.; 1680 s.

¹³⁸ M. ROMANO, *Ripensare il diritto penale*, *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2017, 6.

¹³⁹ G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, Laterza, Roma-Bari, 2017, 115 ss.

¹⁴⁰ G. FIANDACA, *Prima lezione*, cit., 138.

¹⁴¹ G. MARRA, *Doveri datoriali di cautela, autoresponsabilità del lavoratore e personalità della responsabilità penale*, *Diritto penale e processo*, n.10, 2016, 1340.

¹⁴² G. FORTI, *L’immane concretezza*, Cortina, Milano, 2000, 149 ss.

“minimo sacrificio necessario” dei diritti individuali (art. 275, comma 3 c.p.p.)¹⁴³: con l’effetto di “trasformare gli istituti processuali” in strumenti di un “controllo sociale” estensivo, orientato alla preminenti esigenze della collettività¹⁴⁴. Prassi certamente leggibile come bisognosa di una più sorvegliata attuazione del principio di ragionevolezza/proporzione (*id est*: del triplice vincolo fissato dalla necessità, idoneità e stretta proporzionalità della misura applicata e, prima ancora, proposta)¹⁴⁵, ma, altresì, in una prospettiva più ermeneutica, come espressione di un rifiuto ‘culturale’ profondo della logica minimalistica predicata dall’*extrema ratio*. Esito motivato dalla credenza nel fatto che senza coercizione non può esservi alcun buon ordine. *No order without law*.

Certezza non scalfita dai costi imposti ai diritti individuali, già con il libero corso dell’azione penale¹⁴⁶, perché l’eccellenza del fine securitario ben giustifica l’enormità dei mezzi. Forza che polverizza ogni requisito di necessarietà sostanziale, sul piano del diritto sostanziale, e di *extrema ratio* investigativa quale presupposto giustificativo del “ricorso alle più invasive tecniche di intrusione nella vita privata”¹⁴⁷.

7.2. Culture del diritto penale moderno

Questa scarsa attenzione alla “reale salvaguardia del principio di tutela delle minoranze e, dunque, dell’individuo, come nucleo ultimo di esse”, deriva in buona parte da motivazioni cetuali¹⁴⁸. Prospera, di sicuro, anche a motivo di tradizioni processuali marcate da un autoritarismo duro a morire a cagione della “forza di inerzia” propria “di molte creazioni sociali” sperimentate nel corso dei secoli¹⁴⁹. Non sottovalutabile è anche la forza impressa a questa deriva dall’affermarsi di un onnivoro diritto penale della prevenzione.

Presenza che, per quanto ora di interesse, si manifesta anche con il proliferare di fattispecie prive di reale tipicità, come conseguenza, non da ultimo, dell’insipienza linguistica dei redattori, ormai comunemente registrata nelle pagine della scienza penalistica. Circostanza che motiva le giuste e diffuse ‘preghiere’ a beneficio di un pronto recupero della appropriatezza linguistica anche quale antidoto primo al massimalismo penalistico¹⁵⁰; come se si trattasse di una variabile autonomamente controllabile perché indipendente sia dal *telos* pervenzionistico di cui è

¹⁴³ V. MANES, *Lo «sciame dei precedenti» della Corte costituzionale sulle presunzioni in materia cautelare: una «dottrina» sulla libertà personale nel segno del «minimo sacrificio necessario»*, *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, Editoriale scientifica, Napoli, 2013, 199 ss.

¹⁴⁴ R. ORLANDI, *Sicurezza e diritto penale. Dialogo di un processualista italiano con la scuola di Francoforte*, (a cura di) M. Donini / M. Pavarini, *Sicurezza e diritto penale*, Bononia University Press, Bologna, 2011, 91 ss.; 98.

¹⁴⁵ La generale trascuratezza dell’autonoma capacità coercitiva di questo momento, ad esempio, in relazione all’ipotesi di cui all’art. 289, comma 2 c.p.p., è un ulteriore sintomo della necessità di riflettere sull’*extrema ratio* come principio di sistema. Cfr. S. FIORE, *La teoria generale del reato alla prova del processo*, Esi, Napoli, 2007.

¹⁴⁶ S. SATTA, *Il mistero del processo*, Adelphi, Milano, 1994, 26 s.

¹⁴⁷ F. CAPRIOLI, *Sicurezza dei cittadini e processo penale*, (a cura di) M. Donini / M. Pavarini, *Sicurezza e diritto penale*, cit., 143 ss.; 147.

¹⁴⁸ G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, cit., 134 ss. V. anche D. BRUNELLI, *Divagazioni sulle “dimensioni parallele” della responsabilità penale, tra ansie di giustizia, spinte moralistiche e colpevolezza normativa*, *Diritto penale contemporaneo*, 2017, n. 2, 28 s.

¹⁴⁹ M. BLOCH, *Apologia della storia*, Einaudi, Torino, 1969, 51. V. anche P. NUVOLONE, *La parte generale del codice Rocco dopo cinquantanni*, *La Questione criminale*, 1981, 39.

¹⁵⁰ M. ROMANO, *Ripensare il diritto penale*, cit., 8.

pervasa la moderna politica-criminale, sia dal relativismo volontaristico che tale finalità imprime alla legge penale¹⁵¹. Premessa che, a ben vedere, non sembra però potersi dare per scontata, perché “la voracità è afona”¹⁵². Per “saziarsi non ha bisogno di un vocabolario preciso, e nemmeno di una sintassi elaborata. Vuole andare dritta allo scopo, spazientita com’è dalle forme, esasperata dal minimo intoppo”¹⁵³.

È infine altrettanto vero il contributo che questa deriva espansionistica riceve dal pensiero che giace al fondo di alcune pagine della dottrina. Ad esempio, da parte di chi patrocina una “concezione [...] ampia della sussidiarietà” e con essa l’idea che la sanzione penale sarebbe da preferire anche nei casi di non strettissima necessità: ogniqualvolta la “funzione stigmatizzante propria della pena [...] risulti utile ai fini di una più forte riprovazione del comportamento criminoso”¹⁵⁴.

Un argomento funzionalistico convergente, quanto al risultato, con le ricette operative ricavabili da premesse più deontologiche¹⁵⁵: sostenute, ad esempio, da chi identifica il fondamento della potestà punitiva nell’ordine morale¹⁵⁶; da quanti ne descrivono la giustificazione a partire dal generale concetto di bene comune¹⁵⁷; infine, anche da chi, come detto, patrocina la legittimità di obblighi di tutela penale ricavati da fonti normative sovraordinate la decisione politica (Costituzione e Convenzione europea dei diritti dell’uomo)¹⁵⁸.

Lecture sconfessate dalla successiva riflessione, sviluppatasi nel segno dell’autonomia e dell’apertura assiologica del diritto penale¹⁵⁹. Critiche spesso però coltivate con argomenti che pur valorizzando a livello macroscopico l’idea della coercizione penalistica come risorsa scarsa della politica sociale, non necessariamente mettono in discussione, nella sostanza, l’idea che il diritto penale ben può continuare a servire un bene comune del tutto astratto: un’entità il cui merito è fissato, come nel modello rawlsiano¹⁶⁰, da pattuizioni collettive che trascendono la realtà individuale e finiscono per rappresentare l’unica fonte generativa dei diritti della persona¹⁶¹. Garanzie che diventano così del tutto disponibili alla decisione pubblica che fonda e disciplina le istituzioni giuste. Disponibilità che si sostanzia attraverso la statuizione di norme

¹⁵¹ W. NAUCKE, *Negatives Strafrecht*, cit., 5 ss.

¹⁵² A. FINKIELKRAUT, *Noi, i moderni*, Lindau, Torino, 2005, 61.

¹⁵³ A. FINKIELKRAUT, *Noi, i moderni*, cit., 61. Sul questo punto si veda il profondo studio di A. BONDI, *Philosophieverbot. L’agonia del diritto penale moderno, Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2006, 99 ss.; spec. 114 ss.

¹⁵⁴ Così, in senso critico, G. FIANDACA / E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna, IV ed., 2006, 30.

¹⁵⁵ G. JAKOBS, *Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und «alteuropäischem» Prinzipiendenken*, ZStW, 1995, 843 ss.

¹⁵⁶ G. BETTIOL, *Diritto penale*, cit., 95; 111.

¹⁵⁷ A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, VII ed., 2000, 12.

¹⁵⁸ In senso critico, e per indicazioni di letteratura, si veda l’ormai classico studio di D. PULITANO, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, cit., 485 ss. Per aggiornate considerazioni S. MANACORDA, *«Devoir de punir?» Les obligations de protection penale à l’heure de l’internationalisation du droit*, Aa.Vv. *«Devoir de punir?» Le système pénal face à la protection internationale du droit à la vie*, Société de législation comparée, Paris, 2013, 21 ss; spec. 53 s.

¹⁵⁹ Ad esempio, L. EUSEBI, *La pena in crisi*, Morcelliana, Brescia, 1990, spec. 15 s.; C. E. PALIERO, *La laicità penale alla sfida del “secolo delle paure”*, *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2017, 1173 ss.

¹⁶⁰ J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, Feltrinelli, Milano, 1999, 126 ss.

¹⁶¹ F. STELLA, *La giustizia e le ingiustizie*, Il Mulino, Bologna, 2006, 150 ss.

coercitive d'organizzazione “degli sforzi individuali” in vista del “conseguimento [degli] specifici obiettivi” fissati dalla decisione fondo¹⁶². “Che poi Rawls deduca dalla sua posizione originaria un assetto di blando liberalismo piuttosto che un assetto di tipo autoritario non ha nulla a che fare con i diritti o con la logica, ma con le personali preferenze di un beneducato pietista benestante del New England”¹⁶³.

Un approdo lontano dalle virtù coltivate da un ordine liberale; da modelli che intendono la legge, non esclusa quella penale, quale condizione di “un ordine globale delle azioni nel cui ambito ciascuno possa, nel perseguimento dei propri fini personali, trarre il maggior vantaggio dagli sforzi” da altri profusi nel coltivare le proprie esperienze “nate da diverse e particolari circostanze”. Prassi che, “frammentate e disperse nello spazio e nel tempo”, non possono “in alcun modo essere unificate da una qualche autorità dirigente”¹⁶⁴. Obiettivo tra l'altro servito dall'apprestamento di garanzie contro l'uso non selettivo della coercizione legale. Catalogo comprendente il riconoscimento dei diritti inalienabili della persona e la separazione dei poteri, entrambi strumentali alla negazione “dell'autorità di un qualunque potere organizzato di agire a proprio piacimento”¹⁶⁵. Rifiuto che quando ben presidiato contro l'infiltrazione delle pretese punitive avanzate da “una qualsiasi prescrizione emanata dall'autorità legislativa”¹⁶⁶, lascia al diritto penale il legittimo compito di tutelare l'effettività di norme giuridiche appropriate all'emersione di un ordine delle forze spontanee dell'autonomia sociale¹⁶⁷. Un disegno motivato da esigenze personalistiche, di tutela della libertà, e da istanze di progresso sociale, emergenti in corrispondenza della maggior utilità collettiva di un ordine “autogenerantesi delle azioni”¹⁶⁸, nel quale spicca l'esigenza originaria di limitare l'impiego della coercizione penale a casi selezionati secondo una logica di stretta necessità. Premessa ampiamente già illustrata da quei “filosofi settecenteschi” che “erano in effetti allo stesso titolo filosofi del diritto e studiosi dell'ordine economico”: capaci, dunque, di coltivare in strettissima connessione “la concezione del diritto e la teoria del meccanismo di mercato”¹⁶⁹. Ibridazione andata poi perduta, diversamente dalla sua ispirazione liberale, che sotto il segno della stretta necessità continua a stimolare l'affinamento personalistico dei fondamenti del diritto di punire¹⁷⁰. Legame inattuale che tuttavia merita d'essere ricordato, perché il suo smarrimento aiuta a spiegare le difficoltà che l'*extrema ratio* incontra oggi sulla sua strada¹⁷¹.

¹⁶² F. von HAYEK, *Liberalismo*, Rubettino, Soveria Mannelli, 2012, 46 s.

¹⁶³ A.M. PETRONI, *Prefazione*, L. SPOONER, *I vizzi non sono crimini*, Liberilibri, Macerata, 1998, XIV.

¹⁶⁴ F. von HAYEK, *Liberalismo*, cit., 44.

¹⁶⁵ F. von HAYEK, *Liberalismo*, cit., 49.

¹⁶⁶ F. von HAYEK, *Liberalismo*, cit., 44.

¹⁶⁷ F. von HAYEK, *Liberalismo*, cit., 46 s.; F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale*, cit., 13.

¹⁶⁸ F. von HAYEK, *Liberalismo*, cit., 45.

¹⁶⁹ F. von HAYEK, *Liberalismo*, cit., 46.

¹⁷⁰ D. PULITANO, *Diritto penale*, cit., 16 s.

¹⁷¹ G. DEMURO, *Ultima ratio: alla ricerca di limiti all'espansione del diritto penale*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1654 ss.

Sarebbe certamente affrettato il passo di chi pretendesse di ricavare da questa messa a fuoco della linfa che scorre in modo carsico in alcune pagine della dottrina l'*imprimatur* per aprire il nucleo di legittimazione della potestà punitiva alle istanze dell'utilità collettiva¹⁷² o a scopi di "perfezionismo legale"¹⁷³. Più corretta appare una lettura di quei dati intesa a sottolineare la vitalità di un'innervatura del discorso penalistico idonea a dar conto delle difficoltà che, sul piano normativo, prima ancora che su quello applicativo, incontra l'affermazione di una sicurezza liberale dei beni giuridici e, con essa, l'*extrema ratio* che di quell'idea è l'autentica pietra angolare, almeno fin dai tempi dell'illuminismo¹⁷⁴.

Quanto basta per comprendere come ogni flessibilizzazione di tale criterio, a prescindere dalla causa che la induce, trascina in questo suo declassamento anche quell'idea.

7.3. Livelli di normatività

Alla luce di quanto sin qui considerato si profilano due livelli di approfondimento necessari per articolare una proficua riflessione sull'*extrema ratio*. L'uno, *latu sensu* culturale; l'altro, più strettamente giuridico-penale.

Livelli distinti ma non indifferenti. Non solo per le connessioni apprezzabili in una prospettiva ermeneutica. I progressi registrabili nella teoria del diritto ad opera della critica sempre più serrata nei confronti dell'identificazione necessaria tra diritto ed istanze statuali, consentono infatti di mettere a fuoco, all'interno del livello provvisoriamente identificato come culturale, l'esistenza di momenti di autentica giuridicità: corrispondenti a quel "diritto vivente", compendio di "fenomeni normativi latenti, posti al di fuori delle istanze statuali, non verbalizzati e non verbalizzabili", che la scienza comparatistica ormai ascrive a pieno titolo alla sfera del giuridico¹⁷⁵. Con il risultato di ampliare lo spettro del legittimo interesse disciplinare nel rigoroso rispetto delle tabelle ministeriali, ma in misura tale da fornire alla ricerca giuridica argomenti in grado di ampliare l'orizzonte del proprio impegno conoscitivo. Da ritenersi ormai esteso ben oltre i dati del diritto scritto in principi, leggi e sentenze¹⁷⁶.

Realtà solo a prima vista lontana dagli interessi del penalista, che di certo non può trascurare, per limitarsi ad un esempio, il contributo che la consuetudine o le necessità dell'esperienza politica forniscono al dispiegarsi della normatività costituzionale e, dunque, alla definizione dei fondamenti legittimanti ogni esercizio della potestà punitiva¹⁷⁷. Come dimostra, altresì, lo studio, già molto avanzato, avente ad oggetto il giudizio di ragionevolezza delle norme penali. Scrutinio riconosciuto aperto al contributo di una normatività inferenziale che si coagula attraverso il consolidarsi di esercizi di autonomia sociale¹⁷⁸. Infine, non sono neppure mancati approfondimenti di rilievo sia sul piano dogmatico, quanto su quello politico-criminale, in merito al ruolo

¹⁷² F. STELLA, *Giustizia e modernità*, Giuffrè, Milano, 2001.

¹⁷³ C. E. PALIERO, *La laicità*, cit., 1188.

¹⁷⁴ Cfr. M. BARBERIS, *Non c'è sicurezza senza libertà*, Il Mulino, Bologna, 2017, spec. 12 ss.

¹⁷⁵ R. SACCO, *Antropologia giuridica: contributo ad una macrostoria del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2007.

¹⁷⁶ R. SACCO, *Diritto muto*, Il Mulino, Bologna, 2015.

¹⁷⁷ F. BRICOLA, *Il carattere «sussidiario» del diritto penale e oggetto di tutela*, Id., *Politica criminale e scienza del diritto penale*, Il Mulino, Bologna, 1997, 189 ss. Per un quadro aggiornato del costituzionalismo penale cfr. C. LONGOBARDO, *Il diritto penale tra essere e valore: per un recupero dei principi costituzionali nel diritto penale*, *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, Esi, Napoli, 2017, 279 ss.

¹⁷⁸ D. PULITANO, *Ragionevolezza e diritto penale*, Editoriale scientifica, Napoli, 2012, spec. 66 ss.

che la normatività sociale spontanea riveste, da un punto di vista assiologico e funzionale, nel processo di legittimazione della potestà punitiva statale¹⁷⁹.

Un orizzonte ampio dal quale è possibile attingere argomenti rilevanti per il discorso normativo: in particolare, per quello che interessa l'*extrema ratio*. Criterio che in forza di quanto sin qui osservato può essere preliminarmente inteso quale principio finalizzato a garantire, in vista della sicurezza della convivenza civile, il punto di equilibrio dell'ordine spontaneo dell'organizzazione volontaria rispetto all'ordine gerarchico custodito dalla legge.

8. Certezze e disincanto

Definito così lo sfondo per un possibile riposizionamento prospettico dell'*extrema ratio* nel quadro dei principi di garanzia del diritto penale, l'ipotesi dovrà poi essere vagliata alla luce di quanto va emergendo, ad un successivo livello di dettaglio, nel quadro teorico-pratico.

A partire dalla comune consapevolezza che la dottrina dichiara a proposito dell'eccezionalità del diritto penale nell'insieme dei mezzi di controllo sociale a disposizione dell'ordinamento. Natura scolpita dal suo ordinario impatto rescissorio dei più fondamentali diritti dei destinatari. Dato da ritenersi ormai cristallizzato, nonostante la bufera che lo investe¹⁸⁰. Certo è altresì il favore concesso alla necessaria parsimonia nel suo utilizzo: da tutti invocata quale primo corollario della certezza che, fuori da casi di qualificata necessità, "l'uso della forza fisica" nei confronti degli individui, quale mezzo a "disposizione delle associazioni umane" per i propri scopi¹⁸¹, è un male che rende eticamente problematica ogni decisione politica che su di essa fa leva per venire a capo di problemi d'ordine collettivo¹⁸². A maggior ragione, quando la coercizione penalistica è utilizzata per ottenere obbedienza all'autorità¹⁸³.

Un ampio consenso sostiene anche la centralità dell'*extrema ratio* quale categoria tecnica di attuazione di quella selettività che la moderna scienza penalistica considera conseguenza necessaria della comune opinione appena riferita¹⁸⁴. Concetto con il quale ogni giurista familiarizza fin dalle prime pagine del suo studio attraverso piane letture delle certezze manualistiche¹⁸⁵.

¹⁷⁹ G. FORTI, *Le ragioni extralegali dell'osservanza della legge penale: esperienze e prospettive*, *riv.it.dir.proc.pen.*, 2012, 1108 ss.; spec. 1119; 1124 ss.; M. DONINI, *Antigiuridicità e giustificazione oggi. Una "nuova" dogmatica o solo una critica, per il diritto penale moderno?*, *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2009, 1646 ss.; spec. 1655 ss.

¹⁸⁰ Per tutti, C. PEDRAZZI, *Diritto penale*, Id., *Diritto penale. I. Scritti di parte generale*, Giuffrè, Milano, 2003, 152 ss.; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, Giuffrè, Milano, II ed., 1995, 8 ss.

¹⁸¹ M. WEBER, *La politica come professione*, Id., *La scienza come professione / La politica come professione*, Mondadori, Milano, 2006, 52 ss. "La sanzione penale in quanto contiene in sé un elemento di male, è un danno per la società". A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., 12.

¹⁸² G. BETTIOL, *Diritto penale*, cit., 110 s. Certezza condivisa anche dalla ben diversa prospettiva utilitaristica. C. E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1990, 431 ss.; spec. 434.

¹⁸³ H. ARENDT, *Responsabilità e giudizio*, Einaudi, Torino, 2003, 38 ss.

¹⁸⁴ T. VORMBAUM, *Il diritto penale frammentario nella storia e nella dogmatica*, *Diritto penale contemporaneo*, 2015, n. 1, 51 ss.

¹⁸⁵ Ad esempio, cfr. A. CADOPPI / P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte generale*, Cedam, Padova, 2002, 91 ss.; S. CANESTRARI / L. CORNACCHIA / G. De SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Il Mulino, Bologna, II ed., 2017, 160 s.; 1028; G. FIANDACA / E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 28 ss.; C. FIORE / S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, Utet, Torino, III ed., 2008, 7; C. F. GROSSO / M. PELISSERO / D. PETRINI / P. PISA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2013, 67 s.; A. MANNA, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Cedam, Padova, III ed., 2015, 28 s.; G. MARINUCCI / E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, VI ed.,

Altrettanto certo è però il fatto che l'*extrema ratio* vive oggi uno stato di profonda prostrazione di fronte agli avanzamenti del diritto penale moderno¹⁸⁶. Nei fatti misurabile attraverso la sempre più estesa discrasia in atto tra ciò che dovrebbe essere garantito - l'intervento selettivo del diritto penale - e quanto è invece assicurato dalla munificenza delle forze impegnate nella fissazione dell'effettivo perimetro di estensione della coercizione penale.

Divergenza radicata, si osserva, anche a motivo dell'insufficiente grado di analiticità con cui l'*extrema ratio* si presenta al tavolo delle 'trattative' con la politica-criminale¹⁸⁷. Vuoto che a tutt'oggi persiste, pur essendo l'ordinamento ormai da tempo dotato di affinati strumenti 'negoziali', quali indubbiamente sono lo statuto dell'illecito amministrativo dettato dal Dlgs n. 689/81 e la più recente definizione dei principi regolativi della sanzione civile ultracompenzativa fissati dal Dlgs n. 8/2016¹⁸⁸. Il tutto senza ancora apprezzabili risultati in termini di decremento della pressione punitiva. Non solo perché "nella prassi legislativa la protezione penale" continua "non di rado ad essere stornata dagli interessi di fondo alla funzionalità dei meccanismi di governo"¹⁸⁹. Altresì, in ragione del fatto che lo statuto garantistico dell'illecito amministrativo non ha di certo impedito il consolidarsi di un'estesa prassi di esercizio della relativa potestà, sovente messa in opera in unità funzionale con la 'intatta' pretesa punitiva penale. Realtà che, con facile previsione, non appare destinata a significativi mutamenti ad opera dell'istituto di nuovo conio. Non foss'altro che per lo scetticismo che l'ha accolto come alternativa alla sanzione penale¹⁹⁰.

In sintesi. Il risultato di questa afasia teorico-pratica del principio, che nel quotidiano degrada l'*extrema ratio* a mera aspirazione politico-criminale, è largamente riconosciuto nei termini di una normalizzazione della potestà punitiva che, così congegnata, entra in rotta di collisione con altrettanto condivisi criteri di legittimazione razionale della stessa. Vincoli che nonostante la severa sconfitta che registrano ad opera delle forze messe in campo dal vittorioso massimalismo penalistico, si ritiene meritino ancora pieno consenso: anche per il modello sociale 'aperto' che nel loro insieme difendono contro ogni degenerazione disciplinare¹⁹¹.

2017, 12 s.; T. PADOVANI, *Diritto penale*, Giuffrè, Milano, IX ed., 2008, 2 s.; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., 12 s.; D. PULITANO, *Diritto penale*, cit., 16 s.; B. ROMANO, *Diritto penale. Parte generale*, Cedam, Padova, II ed., 2012, 32 ss.

¹⁸⁶ J. M. SILVA SANCHEZ, *L'espansione del diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2004. La divergenza registrata nel testo è anche figlia della ben diversa semantica dell'eccezionalità in uso nella sfera della responsabilità politica, dell'interpretazione giudiziale e nel discorso pubblico. Idea qui marcata da accenti intesi ad evidenziarne la primazia nell'opera di difesa d'ogni aspetto del buon ordine della convivenza sociale. Cfr. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, XIII ed., 1994, 28; 34; 49 ss. Pagine critiche nei confronti di ogni eccesso formalistico, contro cui si invoca la necessità di considerare anche il "rapporto regolato dalla legge". Tuttavia, in ragione del rigoroso principio di autonomia valorizzato da questa riflessione, non può certo dirsi sterilizzato il rischio di confinare il rilievo del momento realistico al solo fatto *come* regolato dalla legge. Argomento non banale nell'eziologia dell'espansionismo penalistico.

¹⁸⁷ F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Cedam, Padova, VII ed., 2011, XLII s.

¹⁸⁸ C.E. PALIERO, *La sanzione amministrativa come moderno strumento di lotta alla criminalità economica*, *Riv.trim.dir.pen.econ.*, 1994, 1021 ss.; A. GARGANI, voce *Illecito civile punitivo*, *Enc.dir.*, Annali, vol. X, 2017, 487 ss.; 489 s.; 503.

¹⁸⁹ C. PEDRAZZI, *Diritto penale*, cit., 159; C.E. PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1992, 849 ss.; spec. 906 ss.

¹⁹⁰ V. però G.A. De FRANCESCO, *Funzioni della pena*, cit., 633; 652 ss.

¹⁹¹ A. BARATTA, *Integrazione-prevenzione. Una «nuova» fondazione della pena all'interno della teoria sistematica*, *Dei delitti e delle pene*, 1984, 13.

Ciò che così emerge è un punto (variabile) di intersezione tra forze di segno contrario - la doverosità del diritto penale come *extrema ratio* che si oppone alla *sola ratio* impersonificata dall'effettività *in action* della coercizione penalistica - il cui precario equilibrio è ancora in attesa di una razionalizzazione più articolata, nei suoi dettagli, di quella ad oggi disponibile.

9. Nodi che attendono d'essere sciolti

Considerata la questione nel suo complesso, il punto di crisi dell'*extrema ratio* non è certo dato dalla scarsa attenzione riservatele nel corso del tempo dalla dottrina.

Prova ne sia, tra le altre, il riconoscimento costituzionale dell'*extrema ratio* ad opera del giudice delle leggi, pur a fronte del silenzio testuale della legge fondamentale e delle sollecitazioni di diverso segno che, al medesimo livello, variamente reclamano attenzione da parte della politica criminale¹⁹². Risultato che si deve anche al progressivo affinamento dottrinale del concetto¹⁹³. Impegno inclusivo della razionalizzazione del potere coercitivo del “magistero del buon governo”¹⁹⁴ e, da ultimo, dalla messa in discussione, sempre meglio tematizzata, del “modello tradizionale di rapporto tra reato e pena” attraverso la valorizzazione di soluzioni dialogiche e veritative dei conflitti intersoggettivi¹⁹⁵.

L'impegno della scienza penalistica, che si è mossa in continuità con la tradizione illuministica¹⁹⁶, ha dunque consentito a quel principio di ri-emergere dalla zona d'ombra nel quale era stato confinato dalla micidiale sinergia creatasi tra l'idea di sovranità ed il relativismo di istanze securitarie¹⁹⁷. Stasi a lungo prosperata sotto l'egida delle sostanziali concessioni che la scienza penale, avvolta nel manto della sua legalità solo statutale, ha riconosciuto ai motivi sostanziali, oltre che formali, del positivismo giuridico¹⁹⁸.

Convergenza che ha avuto come primo risultato quello di svilire l'originario vigore critico dell'*extrema ratio*, all'insegna della riconosciuta dominanza della riserva di discrezionalità legislativa¹⁹⁹. Punto di minimo solo in parte superato da letture che, privilegiando matrici meno volontaristiche²⁰⁰, le attribuiscono una funzione di garanzia residuale; da intendersi quale limite alla potestà punitiva derivante dalla massimizzazione delle guarentigie che la Costituzione riconosce in modo espresso (legalità, colpevolezza) o codifica tacitamente (offensività)²⁰¹.

Il cuore della discrasia in precedenza rilevata batte, dunque, altrove. Precisamente, nel disordine con cui sono accomunati, all'interno dell'unitario concetto dell'*extrema ratio*, i criteri via via sedimentatisi nella definizione del suo merito. Si tratta,

¹⁹² Corte cost. n. 487/1989; n. 49/2015.

¹⁹³ C. ROXIN, *Franz von Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurfs*, Id., *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, De Gruyter, Berlin, 1973, 32 ss.; F. BRICOLA, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, (a cura di) L. De Acutis / G. Palombari, *Funzioni e limiti del diritto penale*, Cedam, Padova, 1984, 3 ss.

¹⁹⁴ F. CARRARA, *Programma*, cit., 32. C.E. PALIERO, voce *Depenalizzazione*, *Dig.disc.pen.*, vol. III, 1989, 425 ss.

¹⁹⁵ L. EUSEBI, *Quale oggetto dell'abolizionismo penale? appunti nel solco di una visione alternativa della giustizia*, *Dei delitti e delle pene*, 2011, 81 ss.

¹⁹⁶ C. PEDRAZZI, *Diritto penale*, cit., 158.

¹⁹⁷ W. NAUCKE, *I confini del diritto penale*, cit., 103. V. anche D. GARLAND, *La cultura del controllo*, 204 ss.

¹⁹⁸ K. LÜDERSEN, *Il declino del diritto penale*, (a cura di) L. Eusebi, Giuffrè, Milano 2005, spec. 101 ss.; N. MATTEUCCI, *Positivism giuridico e costituzionalismo*, *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 1963, 1039 ss.

¹⁹⁹ M. ROMANO, «Meritevolezza di pena», «bisogno di pena» e teoria del reato, *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1992, 42.

²⁰⁰ M. DONINI, *Dogmatica penale e politica criminale*, cit., 41.

²⁰¹ Corte cost. n. 282/1990.

in altri termini, di una crisi da sovradimensionamento informativo: da sovraccarico della portata semantica del principio. Verità attestata, con agevole evidenza, dalla varietà linguistica che, anche a voler limitare l'analisi alle pagine manualistiche, è in uso per identificarla (*extrema ratio*, sussidiarietà, *ultima ratio*, accessorietà, necessità, stretta necessità, assoluta necessità, ecc.).

Da qui deriva anche l'ulteriore momento di difficoltà che segna la vita del principio in esame. Ovvero, la sua incapacità di segnalare, al di là del dettato assiologico-comunicativo, i criteri necessari alla sua effettività. Nonostante gli sforzi profusi, ci si deve ancora accontentare di poco più del generico - e manipolabile - riferimento alla subalternità della coercizione penalistica, a parità di prognosi di efficacia, rispetto a tutti gli altri mezzi di regolazione e sanzione a disposizione dell'ordinamento giuridico generale. Ragione sufficiente, a parere di alcuni, al fine di metabolizzare le esigenze selettive che l'*extrema ratio* intende affermare all'interno di principi limitativi indiziati di un maggior spessore operativo (ed esempio: proporzionalità)²⁰²

Una migliore messa a fuoco della specificità garantistica dell'*extrema ratio*, approssimativamente coincidente con la tutela del contributo ordinante proprio "dell'autodisciplina privata"²⁰³, sembra poter dare un valido contributo al conseguimento di effettivi progressi nella capacità di interlocuzione del principio con la politica criminale. In questo modo viene infatti identificata la premessa per mettere ordine nella concettualità - a tutt'oggi altrimenti confusa - del principio qui in esame. Di conseguenza, migliora anche la prognosi circa la possibilità di riempire di più precisi contenuti la clausola della alternatività che identifica, in una prospettiva tecnica, il merito dell'*extrema ratio*²⁰⁴.

10. Conclusione

In attesa di futuri sviluppi, una cosa può tenersi già da ora per certa. L'*extrema ratio* rivendica la sua centralità nell'architettura garantistica propria di un diritto penale liberale in nome della tutela che appresta alla possibilità che sia proprio l'esigenza di preservare la "casualità della vita quotidiana" a "determinare ciò che il legislatore deve prevedere come punibile". Con buona pace della perplessa autorità di Karl Binding²⁰⁵.

²⁰² F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Giappichelli, Torino, VI ed., 2016, 60. Modifica legittima nella misura in cui si intenda l'*extrema ratio* come specificazione del principio di proporzione. G. FORTI, *L'immane concretezza*, cit., 150.

²⁰³ L'autonomia regolativa delle forze sociali "può [sia] anticipare e guidare l'intervento del legislatore", sia agevolare e garantire l'osservanza da parte dei singoli della legge positiva in modi diversi dall'affidamento risposto sul "buon volere degli operatori" o sulla forza deterrente della "minaccia di sanzioni" nei confronti dei recalcitranti. Così C. PEDRAZZI, *Codici etici e legge dello Stato*, Id., *Diritto penale. III. Scritti di diritto penale dell'economia*, Giuffrè, Milano, 2003, 249.

²⁰⁴ C. PEDRAZZI, *Diritto penale*, cit., 158 ss.

²⁰⁵ K. BINDING, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Besonder Teil*, vol. I, Engelmann, Leipzig, 1902, II ed., 20.

Cultura giuridica e diritto vivente

Direttivo

Direzione scientifica

Direttore: Lanfranco Ferroni

Co-direttori: Giuseppe Giliberti, Luigi Mari, Lucio Monaco.

Direttore responsabile

Valerio Varesi

Consiglio scientifico

Luigi Alfieri, Jean Andreau, Franco Angeloni, Andrea Azzaro, Antonio Blanc Altemir, Alessandro Bondi, Licia Califano, Alberto Clini, Maria Aránzazu Calzada Gonzáles, Piera Campanella, Antonio Cantaro, Maria Grazia Coppetta, Francesco Paolo Casavola, Lucio De Giovanni, Laura Di Bona, Carla Faralli, Fatima Farina, Vincenzo Ferrari, Andrea Giussani, Matteo Gnes, Guido Guidi, Giovanni Luchetti, Realino Marra, Guido Maggioni, Paolo Morozzo Della Rocca, Paolo Pascucci, Susi Pelotti, Aldo Petrucci, Paolo Polidori, Orlando Roselli, Eduardo Roza Acuña, Elisabetta Righini, Thomas Tassani, Patrick Vlacic, Umberto Vincenti.

Coordinamento editoriale

Marina Frunzio, M. Paola Mittica.

redazioneculturagiuridica@uniurb.it

Redazione

Luciano Angelini, Chiara Lazzari, Massimo Rubechi.

Collaborano con *Cultura giuridica e diritto vivente*

Giovanni Adezati, Athanasia Andriopoulou, Cecilia Ascani, Chiara Battaglini, Alice Biagiotti, Chiara Bigotti, Roberta Bonini, Darjn Costa, Marica De Angelis, Giacomo De Cristofaro, Elisa De Mattia, Luca Di Majo, Alberto Fabbri, Francesca Ferroni, Valentina Fiorillo, Chiara Gabrielli, Federico Losurdo, Matteo Marchini, Marilisa Mazza, Maria Morello, Massimiliano Orazi, Natalia Paci, Valeria Pierfelici, Ilaria Pretelli, Edoardo A. Rossi, Francesca Stradini, Desirée Teobaldelli, Matteo Timiani, Giulio Vanacore, Giordano Fabbri Varliero.

Cultura giuridica e diritto vivente è espressione del Dipartimento di Giurisprudenza (DiGiur) dell'Università di Urbino. Lo sviluppo e la manutenzione di questa installazione di OJS sono forniti da UniURB Open Journals, gestito dal Servizio Sistema Bibliotecario di Ateneo. **ISSN 2384-8901**



Eccetto dove diversamente specificato, i contenuti di questo sito sono rilasciati con Licenza [Creative Commons Attribuzione 4.0 Internazionale](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).
