

GABRIELE MARRA

«DIRITTO PENALE MODERNO» V. «DIRITTO PENALE  
ULTRA-LIBERALE». NOTE SU IMMAGINI FRANCOFORTESI  
NELLA GIUS-PENALISTICA SPAGNOLA

SOMMARIO: 0. Premessa. – 1. La realtà della legislazione. – 1.1. Le idealità della scienza. – 1.2. Il diritto euro-unitario. Le garanzie penalistiche tra democrazia ideale e prassi delle istituzioni democratiche. – 1.2.1. Critiche – 2. La geografia delle opinioni. – 2.1. *Caveat*. – 3. Il diritto penale moderno nel pensiero della Scuola di Francoforte. – 4. Anche la mancata modernizzazione del diritto penale è colpa del neo-liberismo?. – 4.1. Un inciso. – 4.2. Le vie della riforma. – 4.3. Realtà al di là dei valori. – 5. La (vera) posta in gioco. – 6. La dialettica interna alla dottrina spagnola sulla modernizzazione del diritto penale. L'*extrema ratio* come banco di prova. – 6.1. La sintassi del «discorso di modernizzazione». – 6.2. Quali garanzie?. – 7. Beni giuridici meta-individuali, «spazio libero dal diritto» e società del rischio. – 8. L'*extrema ratio* tra beni giuridici collettivi e teorie individualistiche. – 8.1. Precisazioni. – 8.2. Ancora sull'*extrema ratio*. – 8.3. Il 'rischio' politico-criminale tra regole e principi. – 9. Conclusioni.

## 0. Premessa

«Uno spettro si aggira per l'Europa»: è il «buon vecchio diritto penale liberale»<sup>1</sup>.

Nessuno lo ha mai visto nella sua intera forma ideale. Neppure all'apice della sua presenza storica: in Italia, come altrove. La sua prassi, prima ancora della messa in crisi della sua deontologia, ha infatti largamente sperimentato la divergenza tra la proclamata forma liberale delle garanzie e la praticata sostanza autoritaria delle necessità di tutela, scontando il predominio della legislazione politica dettata per scopi di sicurezza sul diritto penale quale custode razionale dei limiti dell'intervento punitivo<sup>2</sup>.

Tuttavia, ancora oggi, il diritto penale liberale continua ad essere evoca-

---

<sup>1</sup> Per tutti v. K. LÜDERSSEN, *Il declino del diritto penale*, in L. EUSEBI (a cura di), Giuffrè, Milano 2005, spec. p. 101 ss.

<sup>2</sup> M. SBRICCOLI, *La penalistica civile*, in A. SCHIAVONE (a cura di), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Laterza, Roma-Bari, 1990, p. 147 ss.; spec. p. 154 s; p. 173 ss. V. anche M. PIFFERI, *Difendere i confini, superare le frontiere. Le 'zone grigie' della*

to come “paradiso perduto”, al quale si aspira ad essere riammessi in nome della libertà e della responsabilità individuale, o esorcizzato, quando se ne intendono le tracce nelle evoluzioni della legislazione e nel dibattito *de lege ferenda*, come pezzo museale che intralcia la tutela degli interessi di una società democratica avanzata. Opzione che raccoglie un ampio consenso di base: variegato, ma comunemente esteso anche al presupposto politico (criminale) che fa da sfondo all’auspicato impegno rimozionale, il cui nucleo può essere fissato nel contributo che anche il diritto penale, una volta liberato dalle sue incrostazioni individualistiche, può offrire alla tenuta di un ordine che si immagina intrecciato di componenti sociali che avanzano nei confronti della potestà punitiva pretese prestazionali supplenti le insufficienze individuali.

Ad essere così prefigurati sono però ammodernamenti e non rivoluzioni, perché giustificabili solo se rispettosi dei criteri di legittimazione dettati dai principi dello stato di diritto (legalità, separazione dei poteri, laicità, ecc.). Limite generalmente riconosciuto, che va qui marcato perché offre lo spunto per interrogarsi sull’esatta consistenza della contesa che i ‘modernizzatori’ hanno in atto con i fautori di ricette riformistiche ispirate da una «tendenza liberale realistica raccolta attorno ad alcuni principi fondamentali»<sup>3</sup>, dalla quale si fa tra l’altro derivare l’opposizione alla proliferazione dei reati di pericolo, dei beni collettivi e funzionali, e delle responsabilità *lato sensu* omissive. Tesi «neo-liberali», si dice, giudicate irricevibili perché ritenute prive di un sostenibile costrutto sociale<sup>4</sup>.

---

*legalità penale tra otto e novecento, Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, 2007, tomo I, p. 743 ss.

<sup>3</sup> M. SBRICCOLI, *La penalistica civile*, cit., 188.

<sup>4</sup> A parti invertite, nel pieno del credo nelle virtù collettive del positivismo sociale, critiche analoghe colpivano l’invasività penalistica organizzata a supporto dell’interventismo pubblico negli affari della società. L’«esercito colossale di artificiosi delitti» sospende la libertà «sopra un infido pendio, dove il fardello della vita comincia a divenire più pesante che non quello della vita fisica, e dove della libertà non rimarrà che il nome. Ad ogni passo un 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». L. LUCCHINI, *La giustizia penale della democrazia*, Zanichelli, Bologna, 1883, p. 18. Critica che si comprende, nella prospettiva che qui interessa, se, con Francesco Carrara, la si inquadra nella prospettiva dischiusa dalla ‘scoperta’ del benefico ed effettivo funzionamento degli ordini spontanei della società – emergenti, evolutivamente, «per concordia di volontà private senza bisogno di interposizione di governo» – e dalla consequenziale critica ad ogni «ordine fanaticamente unitario» che dall’alto irreggimenta secondo i propri piano l’autonomia individuale e collettiva. Cfr., anche per le citazioni, F. CARRARA, *Libertà e spontaneità, Reminiscenze di cattedra e foro*, Cfr.,

D'altra parte, è però vero che si tratta di opinioni che condividono con i fautori della 'modernizzazione' la fedeltà alle ragioni del diritto penale dello Stato di diritto. Non si prestano, dunque, ad essere rifiutate in ragione di un'auspicio che anche i critici intendono far salvo, in nome del comune riconoscimento del valore apicale della libertà individuale.

I motivi che incrinano il fronte comune degli oppositori alla deriva funzionalistica della potestà punitiva vanno, dunque, cercati altrove: anche con il conforto della comparazione, che aiuta a diradare le nebbie delle sensibilità politiche contingenti, e sulla scia dell'ancora vivo impegno della «penalistica civile»<sup>5</sup>. Erede di una illustre tradizione riformistica le cui fortune, anche sul presupposto delle note di autonomia che caratterizzano la realtà dei legami sociali, sono legate a doppio filo alla consapevole scelta di non isolare l'analisi tecnica della norma penale e del suo sistema dall'ambiente sociale di riferimento<sup>6</sup>: laddove si fissano, seguendo traiettorie diverse dalla mera coercizione, i presupposti di riconosciuta legittimità dell'intervento punitivo e, dunque, anche le condizioni di accettabilità degli effetti prefigurati dalla teoria penalistica e perseguiti dalla sua prassi. Realtà che se ignorata compromette sia la funzione di tutela dei beni giuridici, lasciando spazio alle derive dell'utilitarismo simbolico, sia la libertà individuale, la cui coercizione è sempre una male ma che se messa in opera in assenza di autentica necessità è un male al quadrato perché ingiustificato.

All'esplorazione di questi nessi sono dedicate le pagine che seguono.

## 1. La realtà della legislazione

Anche ad un osservatore distratto è agevole constatare che, fuori dal rarefatto discorso razionale, contro l'«anacronismo» del buon vecchio diritto penale liberale si muove svelto, senza più neppure aspettare l'emergenza di turno, anche il «mucchio selvaggio» della «società punitiva»<sup>7</sup>, capitanata

---

Canovetti, Lucca, 1883, p. 504; Id., *Scienza criminale e scienza penale, Opuscoli di diritto criminale*, vol. IV, Giacchetti, Prato, vol. IV, 1884, p. 19.

<sup>5</sup> M. SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, in L. VIOLANTE (a cura di), *Storia d'Italia, Annali*, vol. 14, Einaudi, Torino, 1998, 494 ss.; 542 ss.

<sup>6</sup> D. PULITANÓ, *Quale scienza del diritto penale?*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1993, p. 1209 ss.; spec. 1211 ss.

<sup>7</sup> M. FOUCAULT, *La società punitiva*, Feltrinelli, Milano, 2016. Questa presenza è attesta-

dal volontarismo della politica-criminale e dalla “volontà di potenza” della razionalità tecnico-strumentale. Forze che sempre più spesso si esercitano nella regolazione di materie quali l’ambiente, l’economia, nella repressione della criminalità organizzata e del terrorismo internazionale, per la salvaguardia del buon andamento dell’amministrazione, della moralità della politica, ecc.<sup>8</sup>

Messa al servizio di sempre nuovi e mutevoli scopi di sicurezza, di prevenzione, di mera rassicurazione o di sguaiato populismo, l’odierna politica della criminalità, che in ragione del mutarsi del quadro criminologico sempre più smarrisce i suoi tratti distintivi rispetto al generale potere di governo dell’ordine sociale, non ha molte remore nello scatenare, come suoi gruppi di fuoco, il diritto penale del rischio, del pericolo, del comportamento, della prevenzione, della sicurezza, fino alla forza *d’élite* del diritto penale del nemico<sup>9</sup>. Quanto di più lontano si possa immaginare rispetto al classico impianto del diritto penale liberale, che, in aderenza all’idea che l’esercizio dell’autorità è legittimo solo entro i suoi limiti<sup>10</sup>, opera invece per garantire al cittadino libere scelte d’azione nel quadro delle norme di condotta sele-

---

ta da recenti iniziative *de lege ferenda* intraprese osservando che con «la legge 23 marzo 2016, n. 41 è stato introdotto nel nostro ordinamento il cosiddetto reato di “omicidio stradale” per quei reati colposi causati da gravi violazioni delle normative sulla circolazione stradale. Ciò è stato accolto con comprensibile soddisfazione da tutti quanti [...] Arrivati a questo punto era logico domandarsi perché voler prevedere un aumento di pena solo per il caso di reato di omicidio stradale e non anche per coloro che cagionano la morte di persone violando negligenzemente le norme di prevenzione in materia di infortuni sul lavoro di cui al 589 c.p. Trattasi forse di fattispecie di minor rilevanza o di morti che non meritano di ricevere la medesima giustizia? È forse più grave uccidere violando le norme stradali piuttosto che violando la normativa di prevenzione antinfortunistica? L’articolo 3 della nostra Costituzione non sancisce forse un principio di uguaglianza sostanziale che dovrebbe vedere collocati sullo stesso gradino legislativo situazioni di fatto analoghe? Tutte vittime che il nostro *legislatore* ha il *DOVERE* di *vendicare giuridicamente* nel modo più adeguato possibile e soprattutto senza creare di fatto ingiustificate disparità di trattamento». (corsivo aggiunto). Atto Senato n. 2742 del 19 marzo 2017.

<sup>8</sup> Per un’ormai classica analisi cfr. A. GARAPON, M. SALAS, *La Repubblica penale*, Libe-  
rilibri, Macerata, 1996. Per un’introduzione al tema, al centro dell’analisi anche della dot-  
trina spagnola, si veda M.J. JIMÉNEZ DÍAZ, *Sociedad del riesgo e intervencion penal*, in *Revista*  
*Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 16-08, 2014.

<sup>9</sup> C. PRITZWITZ, *Strafrecht und Risiko*, Klostermann, Frankfurt am M., 1993; J. L. DíEZ  
RIPOLLÉS, *El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana*, in *Revista Electrónica de Ciencia*  
*Penal y Criminología*, 06-03, 2004; ID., *De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana:*  
*un debate desenfocado*, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07-01, 2005  
(anche per i necessari riferimenti di letteratura, debitamente discussi). Vedi anche la dura  
requisitoria di W. HASSEMER, *Sicherheit durch Strafrecht*, in *HRSS*, 2006, n. 4, p. 130 ss.

<sup>10</sup> B. COSTANT, *Cours de politique constitutionnelle*, Bruxelles, 1873, III ed., 110

zionate e formalizzate dalla legge penale quali argini all'esercizio, altrimenti illimitato, dell'autonomia individuale.

### 1.1. Le idealità della scienza

La violenza dell'impatto prodotto da questa massa di manovra ha destrutturato gli equilibri del sistema penale dello stato di diritto. Esposto alla pressione dello «Stato sociale» – «legislatore per eccellenza», impegnato a «valersi fin troppo spesso del penale a mo' di avvertimento» dell'importanza «di questo o quel passaggio della sua normazione»<sup>11</sup> – il diritto penale liberale si è visto costretto ad estese concessioni alle ragioni dell'autorità, veicolate da una pletorica legislazione espressione del «governo degli uomini».

Non ne ha però vinto l'*ethos*.

Serrandosi alla sua tradizione e rivendicando il proprio radicamento razionale, il garantismo individuale è infatti riuscito a difendere il bastione nel quale continua ad essere arroccato quel fondamento personalistico che costituisce il lascito imperituro della cultura umanistica e dello *jus europeum* che quella tradizione ha coltivato come sua radice assiologica<sup>12</sup>. Risultato reso possibile dalla strategica predisposizione nel corso del tempo di plurime linee di difesa (legalità, offensività, colpevolezza, ecc.). Principi la cui forza è stata in prima istanza affidata alle virtù del pensiero razionale, giusnaturalistico, prima, e sistematico, poi. Stagioni alle quali, in Italia, è succeduta, con maggiore efficacia, dopo la parentesi garantisticamente poco virtuosa del tecnicismo giuridico, la 'Santa Alleanza' stretta con i tratti dell'esperienza costituzionale; segnatamente con il modello sociale in vigore, la cui normatività è baluardo dei limiti della potestà punitiva e fondamento delle scelte di politica-criminale<sup>13</sup>. Prospettiva arricchitasi, infine, grazie alla valorizzazione delle componenti anti-autoritative proprie dei sistemi di tutela sovranazionale dei diritti

---

<sup>11</sup> M. SBRICCOLI, *Giustizia penale*, in M. FIORAVANTI (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa*, Laterza, Roma-Bari, 2002, p. 202.

<sup>12</sup> P. PRODI, *Una storia della giustizia*, Il Mulino, Bologna, p. 10 ss.; 480 ss.

<sup>13</sup> F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *NNDI*, vol. XIV, 1973, 7 ss. Un'ampia illustrazione della funzione seminale di questa riflessione presso la dottrina italiana si legge in M. DONINI, *L'eredità di Franco Bricola e il costituzionalismo penale come metodo. Radici nazionali e sviluppi sovranazionali*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2012, n. 2, p. 51 ss.

fondamentali, ai quali si è attinto anche con la ‘speranza’ di colmare le lacune e superare i fallimenti ascritti dalla teoria del reato costituzionalmente orientata. Con un risultato minimo, ma per nulla trascurabile: di aver così mantenuto intatta la funzione di forza critica della deontologia di quell’antico modello di fronte al (post) modernismo d’ogni progetto di mutazione del dover-essere penalistico in senso dirigistico, tecnologico e meta-personalistico. Derive organizzative la cui corrente continua, dunque, a trovare nel nocciolo liberale della razionalità penalistica un’isola che almeno ne interrompe il flusso, disarticolandone la spinta, in misura sufficiente a rendere quelle istanze presenze discrete e non totalizzanti dell’esperienza politico-criminale.

In sintesi: pur a fronte di un ordinamento fattosi generalmente ipertrofico, «quando si invoca» per il diritto penale «un ruolo di *extrema ratio*, e si indica la direzione di una ‘minimizzazione’» necessaria, conformemente alla più autentica tradizione individualistica del diritto penale moderno, «non si fa altro che richiamarlo alla sua storica centralità» di «vaglio e metro del carattere intimamente liberale della società e delle sue istituzioni»<sup>14</sup>. Realtà che la formula dell’*extrema ratio* richiama trovando ancora attenta la dottrina: anche di quella sua parte che non vede di buon occhio l’idea che la modernizzazione del diritto penale dipende dalla liberalizzazione delle scelte di criminalizzazione, dei criteri di imputazione e delle tecniche di tutela. Tutti spregiano, infatti, le «tante leggi organizzative [...] guarnite con obblighi e divieti corredati da pena, che dovrebbero fare da ostacolo alla loro inosservanza», sull’«incredibile» presupposto fissato dalla credenza che la previsione e «l’inasprimento delle pene» siano di per sé mezzi efficaci per la tutela dei beni giuridici<sup>15</sup>.

## 1.2. Il diritto euro-unitario. Le garanzie penalistiche tra democrazia ideale e prassi delle istituzioni democratiche

Nel corso dello scontro si è anche assistito al ‘doppio gioco’ del diritto penale euro-unitario, da tempo divenuto protagonista di peso dell’evoluzione dei sistemi penali nazionali.

<sup>14</sup> M. SBRICCOLI, *Caratteri originari*, cit., p.551.

<sup>15</sup> M. SBRICCOLI, *Giustizia penale*, cit., p. 202.

Comparso sulla scena professando la propria fedeltà ai diritti fondamentali e alle ragioni della stretta necessità dell'intervento penalistico, questo protagonista della politica-criminale contemporanea ha però sempre più spesso offerto 'ottime' prove della sua innervatura espansionistica<sup>16</sup>. Una forza strumentale all'effettività di un onnivoro «diritto alla sicurezza europea» e votata all'efficienza del controllo sociale<sup>17</sup>. Obbiettivi che il diritto penale euro-unitario persegue sia attraverso l'arretramento e la tecnicizzazione delle soglie di tutela, sia ricorrendo a più rozze finalità punitive, spesso coltivate in associazione a scopi eticizzanti di interiorizzazione degli incipienti valori della cittadinanza europea<sup>18</sup>. Panoplia che, in ultima istanza, anche per il decisivo contributo messo a disposizione dall'avvenuta comunitarizzazione dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e del suo *case-law*, ha finito per alterare l'equilibrio dei rapporti tra necessità di protezione del reo ed istanze di tutela delle vittime faticosamente raggiunto nel corso di una secolare elaborazione dottrinale<sup>19</sup>.

Mutazioni vistose, facilitate, oltre che dalla priorità della competenza governativa nella formazione del diritto dell'Unione, anche da un'altra vistosa incrinatura intervenuta nella garanzia della separazione dei poteri: quella che in un recente passato ha addirittura consentito alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee di attribuire alle istituzioni comunita-

---

<sup>16</sup> M. DONINI, *Sussidiarietà comunitaria e sussidiarietà penale*, in ID., *Alla ricerca di un disegno*, Cedam, Padova 2003, p. 115 ss. V. anche W. NAUCKE, *Negatives Strafrecht*, Lit, Berlin 2015, p. 35 ss. (per un censimento delle 'poche' ma significative prescrizioni di limiti alla 'perversione' anti-individualistica della forza del diritto penale registrabili nello spazio normativo sovranazionale).

<sup>17</sup> M. CHITI / B.G. MATTERELLA, *La sicurezza europea*, in *Riv.trim.dir.pubblico*, 2008, p. 305 ss. P.-A. ALBRECHT - S. BRAUM, *Defiziete europäischer Strafrechtsentwicklung*, *KritV*, 1997, p. 756 ss.

<sup>18</sup> Ogni indicazione bibliografica peccerebbe per difetto. Per un quadro d'insieme si veda, da ultimo, A. BONDI, *Tredici passi nel diritto penale europeo*, Aras, Fano 2012. Con strettissima aderenza alle tematiche evocate cfr. A. BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell'Unione europea: problemi e prospettive*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2009, p. 1 ss.; C. E. PALIERO, *Il diritto liquido. Pensieri post-delmasiani sulla dialettica delle fonti penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1099 ss. Fermo il minimo comune denominatore rappresentato dalla revisione di taluni dei tratti costitutivi del vecchio diritto penale liberale, è comunque opportuno distinguere tra le competenze afferenti ai c.d. reati transnazionali e quelle connesse all'effettività delle ordinarie potestà comunitarie. Caratterizzate, le prime, da una accentuazione di percorsi di criminalizzazione ispirati ad imperativi deontologici-eticizzanti e di ampia tutela delle vittime, mentre le seconde sono segnate dall'amplificazione di componenti funzionalistico-burocratiche.

<sup>19</sup> V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, Giuffrè, Milano, 2012.

rie una competenza penale ignota ai Trattati ma ritenuta implicita nell'ufficiale devoluzione alla sfera euro-unitaria della responsabilità esclusiva in specifici campi di materia (dove maturano i presupposti dei bisogni di pena)<sup>20</sup>.

Tratti involutivi che trovano la loro migliore sintesi nel significato che taluni controversi interventi della Corte di Giustizia dell'Unione Europea in tema di tutela penale delle finanze comuni hanno trasmesso alla giurisdizione nazionale: chiamata da quelle decisioni a farsi carico della necessaria rimozione di istituti di garanzia ritenuti dal giudice euro-unitario in contrasto con quella dichiarata necessità di tutela<sup>21</sup>.

La sintesi di questo intervento riporta ad un giudice di scopo autorizzato a perseguire fini di tutela a prescindere dalla tipicità dei mezzi che la legge mette a sua disposizione<sup>22</sup>. Beneficio collettivo (presunto), azzerato però dal costo individuale (certo) che una politica criminale così orientata finisce per scaricare sulle spalle dell'individuo<sup>23</sup>. «In questo modo», conclude infatti il giudice delle leggi, si permette «al potere giudiziario di disfarsi [...] di qualsivoglia elemento normativo che attiene alla punibilità o al processo» che sia «ritenuto di ostacolo alla repressione del reato»<sup>24</sup>. Critica estensibile, si noti per inciso, nonostante il silenzio della Corte, anche ad interventi tarati *ab origine* dal legislatore per soddisfare specifiche contingenze politico-criminali. Casistica nella quale il mezzo smarrisce ogni autonomo significato individuale e collettivo rispetto al fine perseguito. Realtà che nell'economia di queste pagine di «normatività tecnologica» non è solo il parametro di legittimazione del primo, ma anche il criterio

<sup>20</sup> Corte di Giustizia dell'Unione europea-Grande Sezione, 13 settembre 2005, in causa C-176/03, Commissione delle Comunità europee contro Consiglio dell'Unione europea. Cfr. C. PAONESSA, *Obblighi di tutela penale*, ETS, Pisa, 2009, p. 193 ss.; spec. p. 202 ss.

<sup>21</sup> Corte di giustizia dell'Unione europea-Grande Sezione, 8 settembre 2015 in causa C-105/14, Taricco.

<sup>22</sup> Corte cost. ord. n. 24/2017.

<sup>23</sup> Il nesso tra funzionalità sociale dell'intervento penale e costi – per la collettività – della affermazione delle garanzie individuali è approfondito con particolare forza critica dall'intera scuola francofortese. Cfr. W. NAUCKE, *Negatives Strafrecht*, cit. spec. p. 118 ss. In particolare, qui si segnala la presa d'atto che il sovra-dimensionamento sociale consuma le risorse del pluralismo sociale e, con essa, le capacità di spontanea coordinazione delle forze che concorrono in modo autonomo a definire e stabilizzare l'ordine della società fuori dal comando dell'ordine gerarchico centralizzato. Cfr. F. HERZOG, *Società del rischio, diritto penale del rischio, regolamentazione del rischio. Prospettive al di là del diritto penale*, in L. STORTONI, L. FOFFANI (a cura di), *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio del secolo. L'analisi critica della scuola di Francoforte*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 357 ss.

<sup>24</sup> Corte cost. ord. 24/2017 (in causa Taricco).

che, per sua natura, finisce per giustificare «l'incremento indefinito» delle aspettative circa le capacità prestazionali del diritto penale. Così declassato al rango di mera tecnica di controllo sociale, stimata capace «di soddisfare [tutti i] bisogni» che un decisore identifichi come necessità cogenti per l'affermazione dell'egemonia del funzionalismo tecnico-scientifico quale esclusiva istanza di ordinamento del sociale<sup>25</sup>.

Tutela delle vittime della modernità e pratica dell'ideale dei diritti fondamentali; efficienza nell'assolvimento di questi compiti, assicurata dal riconoscimento di un generale dovere di prevenzione giuridico-effettuale in capo ai soggetti pubblico/statuali, gravati anche, e non poteva essere diversamente dato il *milieu* del discorso, da incipienti obblighi di tutela penale<sup>26</sup>. In sintesi, sono questi i tratti che, con un certo agio, dovrebbero consentire di ascrivere le evoluzioni del diritto euro-unitario all'invocata opera di riforma, quando non di superamento, del fantasma che si ritiene aggirarsi per l'Europa<sup>27</sup>.

Evoluzione sulla quale dovrebbe apporre il suo sigillo la conclusione, *post* Lisbona, del processo di democratizzazione delle istituzioni comunitarie.

---

<sup>25</sup> Per le citazioni si vedano, rispettivamente, N. IRTI, *L'uso giuridico della natura*, Laterza, Roma-Bari, 2013, p. 59 ss.; spec. p. 63 ss.; E. SEVERINO, *Il destino della tecnica*, Rizzoli, Milano, 1998, p. 42 ss. Filosofo che coltiva in modo impareggiabile «il rilievo teoretico e dell'efficacia argomentativa» della «idea dello scopo», come rileva il giurista, che parimenti esalta lo *Zweckgedanke* quale tratto distintivo del giuridico, nel più esteso orizzonte della normatività, quale «*tecnica coercitiva della forza*» che con «estremo ardimento» vuole «riempire con la propria volontà la volontà altrui». Se ne deduce, conclude Irti, che «non c'è antitesi» tra il diritto positivo «e la normatività tecnologica». Cfr. N. IRTI, *L'uso giuridico della natura*, cit., p. 66 s. Se è questo il segno che marca anche il diritto moderno, non sorprende la dura reazione che suscita l'invocazione della «modernizzazione» quale parola d'ordine dell'impegno riformistico e l'altrettanto estesa critica all'idea dello scopo, preventivo o retributivo che sia, quale motore di quell'impegno. Cfr. W. NAUCKE, „*Schulenstreit*“, *Festschrift für Winfried Hassemer*, Müller, Heidelberg, 2008, p. 560 ss. L. MONACO, *Prospettive dell'idea dello 'scopo' nella teoria della pena*, Jovene, Napoli, 1984, spec. 76 ss.

<sup>26</sup> S. MANACORDA, «*Dovere di punire*»? *Gli obblighi di tutela penale nell'era dell'internazionalizzazione del diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 1364 ss.

<sup>27</sup> Sulla democrazia-penale eurounitaria cfr. C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Giuffrè, Milano, 2010, spec. p. 48 ss. C. CUPELLI, *Il parlamento europeo e i limiti di una codecisione in materia penale. Tra modelli di democrazia e crisi della riserva di legge*, in *Criminalia*, 2012, p. 595 ss. V. anche S. BRAUM, *Europäische Strafgesetzblichkeit*, Klostermann, Frankfurt am M., 2003.

### 1.2.1. Critiche

Auspicio frustrato dalla presa d'atto delle molte e variegate voci che si sono levate contro la prassi di questo «diritto penale europeizzato»<sup>28</sup>. Critiche affatto placatesi di fronte all'ufficiale ingresso del principio democratico nell'empireo dei fondamenti legittimanti la politica-criminale europea: nonostante il valore dell'argomento quando si passa ad osservare il fenomeno della «politica criminale europea» nei suoi riflessi immediati sull'estensione dei sistemi penali nazionali<sup>29</sup>.

Anche limitando il campo di osservazione a questo scorcio, non sfugge infatti il numero di quanti, collocati sulla parte 'sinistra' del fronte, tengono la propria posizione rimproverando anche al diritto euro-unitario le troppe concessioni fatte alle ragioni dell'auto-organizzazione del mercato e dei suoi protagonisti: i cui interessi, si dice, inquinano il processo democratico di selezione dell'area della meritevolezza di pena, anche al di là del 'tanto' già concesso dai Trattati al *Marktradikalismus*. Con l'effetto di distorcere in senso elitario l'*out-put* della decisione pubblica. Il tutto con ingiustificabili effetti discriminatori nei confronti dei livelli essenziali di tutela spettanti a chi non è un *market-maker*<sup>30</sup>.

D'altra parte, è però vero che critiche non meno aspre provengono anche dal lato 'destro' di quel fronte, dove si prendono di mira, tra l'altro, le scarse prestazioni garantistiche della democrazia-penale dell'Unione *post*

<sup>28</sup> G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia, Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, 2007, p. 278.

<sup>29</sup> C. SOTIS, *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1148 (per la citazione) e F. PALAZZO, *Europa e diritto penale: i nodi al pettine*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 657. La garanzia democratica (nazionale) quale (vagheggiato) limite agli eccessi tecnicistici (europei) è la prospettiva in cui si inquadra il discorso sulla sussidiarietà comunitaria quale principio di garanzia della relativa politica-criminale. Cfr. Aa.Vv. *Manifesto per una politica penale europea*. Per il testo, ed un commento, cfr. A. BONDI, *Tredici passi*, cit., 73 ss. Stando alla realtà, si tratta di un autentico 'salto nel vuoto': la definizione delle scelte di criminalizzazione viene infatti così 'rimandata' nel punto più vicino al fuoco vivo della «società punitiva». S. BRAUM, *Europäisches Strafrecht im Fokus konfligierender Verfassungsmodelle*, in *ZfS*, 2009, n. 8, p. 418 ss.; spec. p. 423 s.

<sup>30</sup> Cfr. V. VALENTINI, *Marktradikalismus addio? Diritto penale e (in)sicurezze dei consumatori di cibo dopo il Trattato di Lisbona*, in *Riv.trim.dir.pen.econ.*, 2012, p. 323 ss. *Ivi*, pag. 365, la precisazione che siffatte 'distorsioni' sono da ascrivere, ben più che ai Trattati, che pur non negano spazi a «manovre vetero-liberiste», e al diritto primario dell'Unione, che non disconosce esigenze di tutela dei diritti sociali, all'opera della Corte di Giustizia, che a parere dell'autore «dimentica improvvisamente gli "anelli fragili"» quando si tratta di «discorrere di libero mercato e concorrenza».

Lisbona<sup>31</sup>. Vale anche in questo caso la diffusa opinione che ritiene sottesa a questo legame «un'idea sbagliata sul rapporto fra Unione e democrazia. Talché, qualunque intrusione nella vita degli europei diventa lecita, dotata del necessario *pedigree* democratico, se porta il timbro del Parlamento europeo»<sup>32</sup>. Intrusione che qui interessa perché destinata a portarsi al seguito il necessario corredo penale/punitivo<sup>33</sup>.

## 2. La geografia delle opinioni

La realtà di così complessi intrecci sfugge a giudizi netti. Nè interessa qui approfondirne la ricostruzione oltre quanto già osservato: sufficiente

---

<sup>31</sup> Soprattutto in relazione all'attuazione del diritto comunitario derivato, l'ordinamento tedesco ha di recente affrontato la questione spingendo l'acceleratore sul vincolo formale-procedurale fissato dalla legalità penale. Cfr. BVerfG, 21 settembre 2016, 2 BvL 1/15. Ne dà notizia, con un commento ed essenziali indicazioni di letteratura, N. RECCHIA, *Dal Bundesverfassungsgericht un altolà al legislatore tedesco sulle tecniche legislative da adottare per corredare di sanzione penale precetti fissati dal diritto derivato dell'Unione europea*, in *www.penalecontemporaneo*, 2016.

<sup>32</sup> A. PANEBIANCO, *Imballare un uovo in Europa*, *Corriere della Sera*, 18/2/2017. «Persino oggi, con un'Unione europea a rischio di disgregazione, non si è placata la 'furia regolamentatrice' con cui i preposti organi della Ue (Parlamento europeo incluso) da sempre si occupano di 'perfezionare' – in realtà, di ingabbiare – il mercato unico europeo, continuando ad accumulare, dissennatamente, norme su norme». Il Parlamento europeo resta infatti «un'istituzione assai carente (per usare un eufemismo) sotto il profilo democratico. Forse i parlamentari europei credono sinceramente di avere avuto un "mandato" da parte degli elettori per impicciarsi, insieme al Consiglio e alla Commissione, delle loro vite. Formalmente è così ma nella sostanza no. La schiacciante maggioranza di coloro che li hanno votati lo ha fatto senza neppure sapere che cosa, una volta eletti, sarebbero andati a fare. Le scelte di voto dei pochi elettori che partecipano alle elezioni europee sono sempre motivate dalla volontà di manifestare ostilità oppure appoggio per il governo nazionale in carica nel Paese di ciascuno di loro». Resta però ferma, in quanto iscritta nei Trattati, la presenza di istituti votati alla limitazione e alla messa in discussione, sul piano sostanziale, di tale tendenza. Cfr. C. SOTIS, *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell'Unione europea dopo Lisbona*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2011. Garanzie che attendono una congrua attivazione, anche, e forse soprattutto, da parte dei giudici delle leggi nazionali che in quei criteri possono trovare uno 'stimolo' del tutto conforme al credo positivisticò (art. 10 e 11 Cost.) per riuscire a superare la loro tendenza deferenziale verso l'autorità della discrezionalità legislativa. Impresa che nel sindacato sulla legittima attuazione del diritto penale comunitario derivato può trovare in quei vincoli legittimi parametri interposti. Oggi pressoché inesistente, anche alla luce di meno sostanziali limiti di garanzia. Cfr. Corte cost. n. 134/2003. Volendo G. MARRA, *La riserva di legge in crisi. Un referto della Corte costituzionale*, in *Diritto e formazione*, 2004, n. 4, fasc. 2, p. 192 ss.

<sup>33</sup> W. HASSEMER, «*Corpus iuris*»: *auf dem Weg zu einem europäischen Strafrecht?*, in *KritV*, 1998, p. 464 ss.

per censire come endemica la presenza del dissidio tra ‘modernizzazione’ (neo)democratica e ‘tradizionalismo’ (vetero)liberale quali programmi in competizione per correggere la rotta esiziale del diritto penale contemporaneo.

Si sottrae altresì ad esercizi previsionali dotati una qualche plausibilità oltre il brevissimo periodo<sup>34</sup>.

Tuttavia, data la posta in gioco, non è però mancato l’impegno dottrinale finalizzato a semplificare il quadro argomentativo quale primo passo verso la possibile soluzione dell’altrimenti endemica inflazione penalistica.

All’interno di una geografia intellettuale assai ampia, spicca, per profondità e perseveranza, la riflessione polifonica della Scuola di Francoforte. Sostanzialmente ferma, nonostante le sue molte anime, nel denunciare il sovradimensionamento sociale della potestà punitiva e i guasti illiberali prodotti dal diritto penale moderno<sup>35</sup>. Ai quali si cerca rimedio sottolineando la necessità di ricomporre la frattura creatasi sotto la spinta della razionalità politico-criminale contemporanea tra il diritto penale moderno e il buon vecchio diritto penale liberale, recuperando, a tal fine, le ottime ragioni di quest’ultimo.

In opposizione a tale diagnosi emerge però anche la qualificata resistenza opposta da altri settori della scienza penalistica, con opinioni meno omogenee, geograficamente più disperse, ma accomunate dalla ritenuta necessità di guardare oltre gli stilemi del buon vecchio diritto penale liberale per aprire finalmente le porte delle sue polverose stanze al vento della modernità.

---

<sup>34</sup> V., però, T. VORMBAUM, *Dove va il diritto penale? Problemi e tendenze evolutive nel XXI secolo*, in *Criminalia*, 2014, p. 75 ss.; spec. p. 88 che invece prefigura per il diritto penale una stabilizzazione nel nuovo ruolo di «madre premurosa, disposta ad accompagnare e ad ammonire costantemente il proprio figlio» piuttosto che punire duramente «alcune infrazioni, lasciando per il resto una certa libertà nella scelta dello stile di vita».

<sup>35</sup> Il quadro comparatistico è senza dubbio arricchito dall’opinione di chi, egualmente preoccupato dai nefasti effetti che i «sotto-sistemi penali» dell’emergenza e di polizia producono sulla integrità delle ragioni del più debole, sostiene l’idea di un «diritto penale minimo» come «sinonimo» (*id est*: concretizzazione) del «garantismo penale». L’esito della lunga ed articolata riflessione di Luigi Ferrajoli è da ultimo sintetizzata in ID., *Cos’è il garantismo?*, in *Criminalia*, 2014, p. 129 ss. (anche per la successiva citazione). Proposta che ha trovato una vastissima eco all’interno della dottrina di lingua spagnola quale misura profilattica della «pazza idea che il giure punitivo debba estirpare i delitti dalla terra» (Francesco Carrara). Tale favore non ha ovviamente sterilizzato il dissenso che, tuttavia, non ha assunto i toni aspri che hanno investito le proposte dei francofortesi.

Posizione che resta tuttavia disunita: distinta, al suo interno, tra quanti propongono di fare *tabula rasa* d'ogni cascama del passato e coloro che invece affermano la necessità di conservare comunque intatto il nucleo garantistico del classico diritto penale delle libertà, in quanto convinti della possibilità di modernizzare il sistema penale senza esser costretti a rinnegare il passato<sup>36</sup>. Obiettivo che segna la direzione di marcia dei molti che si sono già messi all'opera per giustificare la legittimità dell'intervento a tutela dei beni giuridici collettivi, dei reati di pericolo astratto, di alcune de-formalizzazioni dei criteri dell'imputazione obbiettiva e della normativizzazione della colpevolezza, per poi definire al meglio, dati quegli obbiettivi, una teoria della pena idonea a cementare tali allontanamenti dall'alveo 'storico' del diritto penale dello Stato di diritto liberale<sup>37</sup>.

Un disegno al quale sono già state dedicate pregevoli analisi dogmatiche ed un condiviso impegno sistematico per riuscire a dar conto della

---

<sup>36</sup> J.J. BUSTOS RAMIREZ, *Control social y sistema penal*, PPU, Barcelona, 1987, p. 18 ss. che ritiene proprio del discorso sulla modernizzazione del diritto penale l'impegno ad elaborare il massimo livello delle garanzie possibili e a costruire «un diritto penale *materialmente garantista*» (corsivo aggiunto).

<sup>37</sup> Per un amplissimo ragguaglio dei termini del dibattito, analizzato da una posizione sostanzialmente retributiva, cfr. B.J. FEJJO SÁNCHEZ, *Retribución y Prevención general*, Editorial B de F, Madrid, 2007. In senso critico L. EUSEBI, *La pena in crisi*, Morcelliana, Brescia, 1990. Il tema meriterebbe un approfondimento che non è qui possibile. Ci si può limitare ad osservare, nella prospettiva di un'analisi critica della dinamica espansiva dei sistemi penali contemporanei, che se i fautori della modernizzazione sembrano trovarsi d'accordo nell'attribuire alla pena scopi preventivi dell'instabilità associata al mancato contrasto di offese ai valori essenziali di un ordine sociale dato, i critici della modernità penalistica individuano proprio in tale teleologico funzionale uno dei fattori guida dell'inflazione penalistica e delle distorsioni punitive della politica-criminale. Per tutti A. BARATTA, *Funzioni strumentali e funzioni simboliche del diritto penale*, in *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, vol II, Giuffrè, Milano 1990, p. 19 ss. È però vero che all'interno di quest'ultima prospettiva convivono opinioni di critica senza quartiere alla finalità preventiva, con sequenziale auspicio per un ritorno all'idea retributiva, e quanti, pur criticando gli eccessi funzionalistici della prevenzione generale positiva, ritengono di non doversi troppo allontanare da quel paradigma, giudicandolo compatibile con istanze liberali di riforma del diritto penale. Cfr., rispettivamente, W. NAUCKE, „*Schuldenstreit*“?, cit., p. 560 ss.; W. HASSEMER, *Perché punire è necessario*, Il Mulino, Bologna, 2014, 67 ss.; spec. 96. In termini, rispetto alla seconda chiave di lettura, anche G. JAKOBS, *Strafrecht. A.T.*, De Gruyter, Berlin, 1993, II ed., § 3, Rdn. 26 ss. (nel quadro di una discussione dell'*extrema ratio* molto aperta alla dimensione pre-giuridica). Si resta però convinti del differenziale positivo dell'idea preventiva, apprezzabile anche al fine di un contenimento della invadenza del diritto penale nella sfera dell'autonomia sociale. Il tutto, nonostante le giuste critiche che colpiscono le sue involuzioni idealistiche. Cfr. M. DONINI, «Fatto» e «Autore» nel diritto penale contemporaneo, in *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2006, p. 1525 ss.; spec. p. 1532.

razionalità politico-criminale delle proposte di revisione dello schema del diritto penale nucleare<sup>38</sup>.

Tutte però insufficienti a fugare il dubbio circa il fatto che la posta in gioco sotto l'etichetta della modernizzazione non sia in realtà l'aggiornamento delle categorie operative del diritto penale classico necessarie per rispondere in modo adeguato a nuove esigenze di tutela. Il sospetto, acuito dal fatto che quegli sforzi 'coprono' una consonante realtà già in atto, legittimandola, è infatti che, muovendosi oltre certi limiti, ciò che si vuole davvero quando si afferma la necessità di modernizzare il sistema penale e la sua politica-criminale è la messa in questione del momento della garanzia individuale incapsulata nel modello penalistico uscito vittorioso dallo scontro con l'assolutismo politico e la *Raison d'Etat* penalistica. Magari per scopi non meno nobili, che tuttavia alimentano idee politiche (criminali) e prassi (punitive) che si sono fino ad oggi dimostrate poco capaci di coniugare la dichiarata primazia dei diritti sociali con un sufficiente livello di riconoscimento dei diritti individuali.

Rapporti sui quali si sofferma con intento critico l'analisi francofortese. Compatta nel contrastare le derive del diritto penale moderno in nome della salvaguardia dei canoni sostanziali di secolarizzazione, razionalizzazione, umanizzazione e liberalizzazione della potestà punitiva statale. Obiettivo in vista del quale è anche ridimensionata la fiducia nelle capacità di prestazione garantistica del pensiero categoriale della dogmatica, in genere ritenuto troppo compromesso con istanze di salvaguardia della ragione interna al sistema del diritto positivo<sup>39</sup>. Il tutto a beneficio di una diversa filosofia

<sup>38</sup> Per tutti G. STRATENWERTH, *Il diritto penale nella crisi della società industriale, Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1994, p. 249 ss.; spec. p. 254 ss.; p. 260; R. HEFENDHEL, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, Heymann's, Köln et al., 2002; W. WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik "moderner" Gefährdungsdelikte*, Duncker & Humblot, Berlin, 2000. Un'analisi critica complessiva si legge in B.J. FEIJÓ SÁNCHEZ, *Sobre la «administrativización» del derecho penal en la «sociedad del riesgo»*, in *Derecho Penal Contemporáneo*, 2007, pp. 101-152.

<sup>39</sup> W. NAUCKE, *I confini del diritto penale. Un abbozzo in sette tesi*, in G. BORRÈ, G. PALOMBARINI (a cura di), *Il sistema sanzionatorio penale e le alternative di tutela*, Franco Angeli, Milano, 1998, p. 95 s. In fondo, la dogmatica è anche strumento di chiusura del sistema, perché impedisce l'infiltrazione di punti di vista ad esso esterni. Cfr. L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 25 ss.; p. 53. La scienza penalistica ha fatto registrare importanti passi in avanti al fine di sterilizzare questo rischio d'auto-poiesi conservando però intatto il valore ordinante della dogmatica. Per tutti, valga il rinvio al 'manifesto di un'epoca' redatto da C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, Guida, Napoli, 1991. È però vero che di fronte all'amplificazione dei tratti qualificanti la prassi della modernità penalistica e alla costituzionalizzazione dei sistemi penali, anche per

sociale, che affida la precauzione, l'organizzazione del sociale, l'etica pubblica, la virtù repubblicana e la sostanza democratica alla cura di strumenti diversi da quelli del diritto penale. Disegno che fuori da istanze di "pura ragione" è alimentato da significative aperture alla conoscenza empirico-sociale, che con la sua 'scoperta' della realtà dell'autonomia dei «sottosistemi sociali»<sup>40</sup> giustifica, di fronte all'idea dello scopo, «spontanee e naturali limitazioni dei fini», legittimando, di conseguenza, qualificati programmi di de-criminalizzazione attraverso il richiamo alla necessità di una tutela effettiva dei beni giuridici che proprio la ritrazione della pena è in grado di meglio conseguire<sup>41</sup>.

## 2.1. *Caveat*

Nonostante la frammentata articolazione del quadro argomentativo, il dibattito innescato dai processi di mutazione degli scopi e della prassi del diritto penale contemporaneo ha sempre più spesso rappresentato, specie nella dottrina di lingua spagnola, uno scontro 'a due': una specie di 'singolar-tenzone' tra la Scuola di Francoforte, identificata come la più solida propugnatrice del ritorno ad un modello liberale e non politicizzato del diritto penale, e il 'resto del mondo' della riflessione penalistica, che invece coltiva, seppur in diversa misura, idee non affini circa la natura della potestà punitiva e di certo non impermeabili alla ragione politica.<sup>42</sup>

---

lo stile argomentativo/giusnaturalistico che ciò impone, la capacità prestazionale del pensiero critico/sistematico conosce precoci effetti d'obsolescenza/inefficacia.

<sup>40</sup> P.-A. ALBRECHT, *Erosione del diritto penale dello Stato di diritto*, in G. BORRÈ, G. PALOMBARINI (a cura di), *Il sistema sanzionatorio penale*, cit., p. 105.

<sup>41</sup> W. NAUCKE, *I confini del diritto penale*, cit., p. 101; p. 104.

<sup>42</sup> La dottrina spagnola si distingue per l'estensione, la frequenza e l'intensità del confronto con le analisi formulate sulle sponde del Meno. Anche l'esperienza italiana è segnata dalla contrapposizione tra i fautori di un diritto penale minimo e quanti invece criticano aspramente questo 'riflusso' della potestà punitiva entro l'alveo del garantismo classico. Cfr., rispettivamente, L. FERRAJOLI, *Il diritto penale minimo, Dei delitti e delle pene*, 1985, n. 3, p. 493 ss.; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Diritto penale «minimo» e nuove forme di criminalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 802 ss. Si veda anche la sintesi critica delle rispettive ragioni che si legge in M. PAVARINI, *Per un diritto penale minimo: "in the books" o "in the facts"?*, *Dei delitti e delle pene*, 1998, n. 3, p. 125 ss. La dicotomia tra 'vecchio' diritto penale liberale, nella forma aggiornata del diritto penale minimo, e le istanze di legittimazione di un diritto penale 'finalmente' moderno percorre anche la dottrina di lingua spagnola, che nel panora-

In breve. Il «discorso sulla modernizzazione» della seconda opposto al discorso «di resistenza alla modernizzazione» della prima<sup>43</sup>.

Si tratta di una lettura senz'altro riduttiva. Non foss'altro che per le differenze, spesso marcate, che sussistono all'interno della Scuola di Francoforte, la cui interna diversificazione sembra sfuggire all'iper-semplificazione imposta da termini dicotomici<sup>44</sup>. Tuttavia, si tratta di una opposizione non priva di utilità sul piano strumentale: quantomeno perché consente di organizzare utilmente l'esposizione di alcuni punti essenziali del vivo confronto in atto sulla realtà e sui destini dei sistemi penali moderni.

### 3. Il diritto penale moderno nel pensiero della Scuola di Francoforte

La strada che porta al cuore della critica di una larghissima parte della prassi penalistica contemporanea, può dirsi segnata dall'ampia riflessione dedicata a questi temi da Winfried Hassemer<sup>45</sup>. Un maestro del pensiero

---

ma comparatistico si segnala per prese di posizione che, oltre ad essere particolarmente critiche nei confronti della prima proposta, non si sottraggono all'onere di definire l'architettura di un diritto penale che, si dice, nel pieno rispetto delle garanzie, non esclusa l'*extrema ratio*, sappia farsi carico della complessità sociale del moderno, e delle ritenute necessità del suo progresso. In particolare modo si veda la vivace ed articolata analisi. L. GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos para la lucha por la modernización del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2003. Cfr. M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 139. Opera oggetto di particolare attenzione, a sua volta critica, da parte di autori che vedono con occhio assai meno malevolo l'idea che «gli strumenti penali debbono essere maneggiati con estrema prudenza», favorendo l'impiego di altri idonei strumenti di tutela dei beni giuridici accanto alla giustizia penale». Così W. HASSEMER, *Introduzione*, in L. STORTONI, L. FOFFANI (a cura di), *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio del secolo*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 4 s. V., tra gli altri, F. MUÑOZ CONDE, *Ricordo di Winfried Hassemer*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 561 ss.

<sup>43</sup> L. GRACIA MARTÍN, *La modernización del derecho penal como exigencia de la realización del postulado del Estado de Derecho*, in *Revista de derecho penal y Criminología*, 2010, n. 3, p. 27 ss.

<sup>44</sup> «La particolare intensità dei nostri scambi di opinione [...] ha sempre destato sorpresa», portando i nostri colleghi stranieri a chiedersi «come potessimo in realtà andare d'accordo a Francoforte» considerata la così netta distanza tra le nostre opinioni. Cfr. W. HASSEMER, *Introduzione*, cit., p. 4.

<sup>45</sup> La *summa* si legge in W. HASSEMER, *Produktverantwortung im modernen Strafrecht*, Müller, Heidelberg, 1999. È però vero che molte delle posizioni qui espresse sono state successivamente attenuate. W. HASSEMER, *Perché punire è necessario*, cit. La mutazione più evidente riguarda l'interpretazione del ruolo dello Stato nella prassi politico-criminale. La sua compiuta transizione democratica giustifica la sua funzione di «partner» ed «alleato» della società nella sua ricerca di sicurezza. Immutata resta però la critica di fondo all'abuso della

critico anti-funzionalistico, che nel panorama comparatistico risalta anche come contraddittore elettivo di quanti contestano la legittimità di una riduzione del diritto penale a quelle dimensioni nucleari che gli sono conferite dalla sua limitazione alla punizione dei pochi delitti naturali che offendono interessi individuali.

Motivo che giustifica il taglio della presente indagine, che dunque segue una personalizzazione che non sorprende<sup>46</sup>.

Si tratta infatti di un autore che, per ampio riconoscimento, rappresenta un campione del «discorso resistenziale» opposto al trionfo della modernità penalistica e della sua ragione strumentale. Contro la quale si rivendicano il perdurante significato dell'«antica» idea del diritto penale liberale dello stato di diritto, i valori personalistici ad essa sottesi e l'empiria come argine all'irrazionalità politico-criminale<sup>47</sup>. Il tutto allo scopo di assicurare equili-

---

potestà punitiva. Cfr. W. HASSEMER, *Libertà e sicurezza alla luce della politica criminale*, in M. DONINI, M. PAVARINI (a cura di), *Sicurezza e diritto penale*, Bup, Bologna, 2011, p. 59 ss.; spec. p. 71 s.; p. 78. Diametralmente opposta è l'opinione di W. NAUCKE, *La robusta tradizione del diritto penale della prevenzione: illustrazione con intento critico*, *ivi*, p. 79 ss. a parere del quale fin dai tempi di Hobbes «il diritto penale della sicurezza [...] è uno strumento di potere autoritario, pronto alla violenza». Tale carattere non è mai più venuto meno. «Pertanto è indifferente se esso operi a servizio di una monarchia, di una dittatura o di una democrazia».

<sup>46</sup> Si consideri infatti che dei tre *Framers* della Scuola, Hassemer è l'autore che coltiva la propria vocazione critica con maggior vicinanza ai metodi e alle sensibilità dominanti nel discorso scientifico sul diritto penale: approfondito dai fautori di un «metodo [ancora] aristocratico» a sfondo positivistico, estraneo al neo-giustaturalismo nauckiano e alla complessa concettualità empirico-sociale di Lüderssen. Cfr. W. HASSEMER, *Perché punire è necessario*, cit., p. 121 ss. Per la citazione e per un'articolata ricostruzione dello «stato spirituale» della scienza penalistica contemporanea cfr. M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale*, Giuffrè, Milano, 2011.

<sup>47</sup> W. HASSEMER, *Introduzione*, cit., p. 4. V. anche C.E. PALIERO, *La funzione delle scienze sociali nella recente evoluzione del diritto penale*, *ivi*, p. 239 ss.; spec. p. 256 ss. Il punto merita una chiosa, dato che all'empiria può essere attribuito un duplice significato. Quello di insieme di conoscenze afferenti ai meccanismi causali che presiedono all'ordine e all'anomia sociale, il cui controllo attraverso la legge è strumentale a garantire la prima sterilizzando la seconda; o, in alternativa, può essere intesa come insieme dei saperi relativi alle modalità, che non sono solo di natura causale, con cui l'ordine emerge dal disordine in modo spontaneo. Conoscenze che, in conformità alla tradizione dello Stato di diritto, veicolano all'interno del discorso penalistico, quale «scienza sociale rappresa», limiti all'azione della legge penale positiva; perlomeno di quella il cui compito non sia fissato al di là della garanzia delle condizioni di pacifica coesistenza delle sfere di libertà dei cittadini. Cfr. W. HASSEMER, *Einleitung. Sozialwissenschaftlich orientierte Rechtsanwendung im Strafrecht*, (hrsg) ID., *Sozialwissenschaften im Strafrecht*, Luchterland, Frankfurt am M., 1984, p. 9 ss. (anche per la citazione). Sui rapporti tra stato di diritto e diritto degli ordini spontanei della società v. invece, F. von HAYEK, *Legge, legislazione e libertà*, Il Saggiatore, Milano, 1982, p. 48 ss.; p.93 ss.

bri penalistici responsivi all'idea che la libertà può essere preservata solo considerandola come un principio supremo che non può essere sacrificato in nome di vantaggi particolari<sup>48</sup>.

Opinione non condivisa da quanti invece ritengono quelle proposte, che criticano con accenti non privi di ideologia<sup>49</sup>, autentiche portabandiera del ritorno ad un non più tollerabile passato: in specie ad un modello penalistico discriminatorio, bollato dai suoi critici come epifania sociale neoliberista; tra le cui tantissime colpe andrebbe quindi aggiunta anche l'ombra di calpestare l'eguaglianza di fronte al diritto penale e di ignorare la fondamentale istanza democratica della politica-criminale<sup>50</sup>.

La scuola di Francoforte, di cui Hassemer è stato uno degli animatori<sup>51</sup>, viene così accostata all'*Ur-Begriffe* della contemporaneità, che, tuttavia, per curioso paradosso, i fautori della modernizzazione penalistica eleggono a proprio idolo polemico, giudicandola scheggia di una deprecabile esperienza: dura a morire, nonostante i molti guasti già prodotti dal suo corso storico<sup>52</sup>. Consistenti nell'esaltazione dell'egoismo individuale come forza che muove l'universo se lasciato libero d'agire senza freni, e nella presupposta critica ad ogni forma di intervento attivo dello Stato nel sociale, quando non all'idea statuale *tout court*.

Un regresso al *Naturzustand* dominato dalla legge del più forte.

Termini marcati, che non si esita però ad utilizzare per eseguire le derive ultra-individualistiche che si ritiene segnino il modello politico e sociale dominante.

<sup>48</sup> Questa eco del pensiero critico della scuola di Francoforte è molto netta nelle pagine di F. STELLA, *Giustizia e modernità*, Giuffrè, Milano, 2001. Ampia valorizzazione ha ricevuto anche nella riflessione di Luciano Eusebi. Cfr., ad esempio, l'agile sintesi che si legge in L. EUSEBI, *Introduzione*, in K. LÜDERSSEN, *Il declino del diritto penale*, in L. EUSEBI (a cura di), Giuffrè, Milano, 2005.

<sup>49</sup> Cfr., M. DONINI, *Il volto attuale*, cit., p. 138, nt. 89 e 90.

<sup>50</sup> B. SCHÜNEMANN, *Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutsche Strafrechtswissenschaft*, in *GA*, 1995, p. 201 ss.

<sup>51</sup> È impossibile dar qui conto dei termini di un dibattito profondo ed articolato, che conosce evoluzioni interne non banali. Per un primo approccio è sufficiente la lettura complessiva e sinottica di W. NAUCKE, W. HASSEMER, K. LÜDERSSEN, *Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften*, Müller, Heidelberg, 1983.

<sup>52</sup> Il quadro delle critiche conosce anche posizioni più ponderate. Ad esempio, in Italia – cfr. M. ROMANO, *Razionalità, codice, e sanzioni penali*, *Amicitiae pignus. Scritti in ricordo di Adriano Cavanna*, vol. III, Giuffrè, Milano, 2003, p. 1885 ss.; spec. p. 1891 s. –; in Germania – C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Beck, München, 1997, III ed., § 2, Rdn. 25 ss.; spec. 29 ss., come in Francia. Cfr. A. GARAPON, *Lo Stato minimo. Il neoliberalismo e la giustizia*, Cortina editore, Milano, 2012, spec. p. 127 ss.

Fatto di per sé stigmatizzabile, viene da osservare, per il suo intrinseco disvalore, che si presenta immutato qualunque sia la prospettiva razionale dal quale si intende denunciarlo<sup>53</sup>. Anche il pur sobrio ordine liberale non può infatti tollerare che i suoi conflitti siano composti con il peso della forza e soffocati dalla dominanza sull'inerte nella totale assenza della legge<sup>54</sup>, posto che, diversamente opinando, è pesantissimo il sacrificio che s'impone alla prosperità del suo ordine. Il suo diritto penale non può dunque dismettere il compito di tutelare l'individuo contro la frode, la violenza e la sopraffazione delle regole della spontanea organizzazione della prassi sociale.

Una critica 'gius-naturalistica' alla quale si aggiunge, ancora nella specifica prospettiva della politica penale, l'ulteriore e ancora più netto rifiuto a concedere ogni patente di legittimità ad un diritto penale che sotto l'apparente richiamo alla sua assoluta neutralità rispetto al conflitto sociale, esprime, in realtà, un netto giudizio di valore a favore di un ordine asimmetrico, senza legge dello Stato. Premessa cui consegue, fuori da ogni astrazione, non soltanto il tradizionale apprestamento di una robusta tutela a favore di chiunque risulti vincitore, come dimostrano i fatti della vita, nel libero gioco del potere (sociale, politico, economico), dove si selezionano i più adatti<sup>55</sup>, ma, addirittura, la pretesa di mettere in campo la forza coercitiva della legge

---

<sup>53</sup> Si tratta di una 'accusa' diffusa e particolarmente coltivata anche da W. NAUCKE, *Der Begriffe der politischen Wirtschaftsstrafrecht*, Lit, Berlin, 2012.

<sup>54</sup> Nonostante sia vero che per lungo tempo la legge positiva ha difeso e perpetuato «vergognose disegualianze», è però altrettanto vero che al «termine di battaglie durate secoli e aspramente combattute» in nome della persona e delle sue libertà, lo *ius (scriptum) europeum* «ha demolito alcune di quelle mostruose disparità», con la «liberazione dello schiavo, del sotto-casta, del credente, della donna, del fanciullo». Così R. SACCO, *Il diritto muto*, Il Mulino, Bologna, 2015, p. 107; p. 109.

<sup>55</sup> Il tema del ruolo della teoria naturalistica dell'evoluzione e della sua narrazione nelle dinamiche della politica-criminale fino a tutti gli anni '30 del secolo scorso meriterebbe un'autonoma indagine; di ampio respiro comparatistico ed attenta a non sciogliere i nodi che avvilluppano la scienza penalistica con la cultura del suo tempo. Qui è sufficiente sottolineare la *malfamata* noeme con cui quell'idea, e soprattutto la sua retorica, si presenta nelle pagine della penalistica contemporanea, che la descrive all'opera in alcune delle pagine più oscure del diritto penale contemporaneo. Cfr. T. VORMBAUM, *Storia moderna del diritto penale tedesco*, Cedam, Padova, 2013, p. 161 ss.; p. 258; p. 265 s.; p. 281 s. V. anche F. MUÑOZ CONDE, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, spec. p. 95 ss. Nell'attesa, si può però evidenziare che questa critica senza sconti colpisce la distorta rappresentazione di uno dei tratti che fin dal tempo dell'illuminismo (Mandeville, Hume, Smith, Beccaria, ecc.) qualifica in senso liberale il funzionamento degli ordini spontanei della convivenza, rappresentando, di conseguenza, un presidio insostituibile contro gli arbitri della potestà punitiva. Per tutti F. von HAYEK, *Legge, legislazione e libertà*, cit., p. 32 ss. «Orden no es una presión que desde fuera se ejerce sobre

contro chi resiste, per propria scelta o natura, alla normalizzazione prodotta dall'ordinario funzionamento di quel modello d'ordinamento sociale<sup>56</sup>. Esito che alla critica deontologica aggiunge una nota di irragionevolezza che uno stato costituzionale è tenuto a censurare.

#### 4. Anche la mancata modernizzazione del diritto penale è colpa del neoliberalismo?

Quanto detto giustifica la lotta razionale contro ogni forma di riduzionismo penalistico e minimalismo politico-criminale. Esiti che, si sostiene, di quelle idee sono il frutto avvelenato e, al contempo, il volano necessario della loro affermazione pratica<sup>57</sup>.

Impegno in cui si è distinta una parte della dottrina di lingua spagnola, che inseguendo senza quartiere quelle idee ne ha avversato il fondamento e le relative prassi, per il tramite della sua critica alla teoria del diritto penale elaborata nelle aule francofortesi.

Il tutto a partire dalla negazione della sostenibilità dell'opposizione, costitutiva dell'immagine che il mondo ha della Scuola di Francoforte, tra il diritto penale moderno e la sua esperienza classica: tra il garantismo di quest'ultimo e la cruda esperienza efficientistica del primo<sup>58</sup>.

---

*la sociedad, sin un equilibrio quel se suscita en suo interior*». J. ORTEGA y GASSET, *Mirabeau o el político*, (1972), *Obras Completas*, vol. III, Alianza Editorial, Madrid, 1947, p. 603.

<sup>56</sup> La critica di questo profilo è particolarmente acuta negli Stati Uniti. Per tutti, cfr. B. HARCOURT, *The Illusion of Free Market*, Harvard University Press, Cambridge, 2010 che, avendo dalla sua dati fattuali indubbi, argomenta una opposizione a tutto campo alla filosofia sociale contenuta *in nuce* nella potente elaborazione gius-economica della c.d. Scuola di Chicago (Ronald Coase, Richard Posner, Gary Becker, Milton Friedmann, ecc.).

<sup>57</sup> Questa diffusa opinione deve però fare i conti con l'osservazione di chi ritiene che il selettivo intervento del diritto penale in materia economica è imposto, in primo luogo, da un argomento empirico, ricavato dall'osservazione dello spontaneo funzionamento del nucleo dell'economia di mercato e dalla complessità delle sue dinamiche. Cfr. W. HASSEMER, *Die Basis der Wirtschaftsstrafrecht*, *Wistra*, 2009, p. 169 ss. V. anche C.E. PALIERO, *Sicurezza dei mercati o mercato delle (in)sicurezze? Prove libere di psicopolitica criminale*, in M. DONINI, M. PAVARINI (a cura di), *Sicurezza e diritto penale*, Bup, Bologna, 2011, p. 313 (che ritiene «le regole economiche come tali [...] impermeabili cognitivamente non solo al *quivis de populo*»). Osservazioni alle quali la politica-criminale non sembra poter fare efficacemente fronte limitandosi ad invocare, quale giustificazione di interventi punitivi, valori che obbligano ad ignorare la durezza di questi fatti bruti.

<sup>58</sup> V. anche S. MOCCIA, *Il volto attuale del sistema penale*, in *Riv. it. proc. pen.*, 2013, p. 1093 ss. che ben mette a fuoco i molti guasti prodotti dall'efficientismo penale ritenuto figlio

Vi ostano, come si dice, alcune ragioni storiche.

In primo luogo, sussiste robusta evidenza del fatto che il diritto penale classico non ha affatto disdegnato d'assolvere compiti di estesa prevenzione sociale ed individuale, perseguendo scopi e ricorrendo a tecniche che si ritengono proprie del criticato diritto penale moderno<sup>59</sup>.

D'altra parte, si osserva ancora, la tenuta di quella distinzione è travolta dal deperimento al quale è andato storicamente incontro lo Stato di diritto liberale. La cui esperienza deve ritenersi ormai esaurita a beneficio di modelli di obbligazione politica e costituzionale che incorporano quali propri elementi costitutivi istanze social-democratiche con forti componenti solidaristiche che superano la concezione atomistica dell'individualismo ottocentesco<sup>60</sup>. Quanto basta a sottrarre l'impegno per la modernizzazione del diritto penale, che risulti incanalata lungo tali direttrici, da ogni sospetto d'arbitrarietà.

#### 4.1. Un inciso

Ad essere così descritta è una mutazione epocale che supera di slancio l'intera esperienza dello Stato guardiano-notturno che vigila sulla società affinché le forze di quest'ultima restino a riposo.<sup>61</sup>

Una visione conservatrice dei rapporti sociali (*id est*: ultra-liberale?) delegittimata dai progressi politici, sociali ed istituzionali conquistati sul campo dall'idea democratica: così divenuta custode d'ultima istanza di un ordine sociale interamente rinnovato, il cui cui dinamismo, se si guarda

---

anche dell'ideologia del «neo-liberismo». In senso analogo, G. DEMURO, *Ultima ratio: alla ricerca di limiti all'espansione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, pp. 1654-1694, che fa propria l'idea che a pesare sulla trasformazione del diritto penale nell'*unica ratio* siano anche le «politiche neo-liberiste dominanti il mercato». Conforme è l'opinione di D. GARLAND, *La cultura del controllo*, Il Saggiatore, Milano 2004 (maturata a partire da osservazioni di quella ideologia *in action*).

<sup>59</sup> Si vedano 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, p. 623 ss.; T. VORMBAUM, *Storia*, cit., p. 90 ss.

<sup>60</sup> L. GRACIA MARTIN, *La modernización*, cit., p. 60.

<sup>61</sup> Un'ampia e significativa indagine sulle mutazioni prodotte sulla qualità e quantità della legge penale, e nella sottostante sensibilità politico-criminale, dall'avvento dello Stato sociale di diritto è quella di C.E. PALIERO, *Minima curat praetor*, Cedam, Padova, 1985, p. 95 ss.

anche la storia, giustifica però sia la reazione contro il formalismo delle garanzie proprio dell'esperienza dello Stato di diritto liberale, giudicato insufficiente a dar conto dei bisogni di protezione sociale contro l'arbitrio, sia l'interdetto pronunciato, sul piano politico-criminale, contro l'esclusività di un modello di tutela penale incentrato sulla statica tecnica di incriminazione del reato di danno con scopi di tutela dei diritti soggettivi. Ben altri, e assai più comprensivi, sono infatti i fini ai quali è chiamato il «diritto penale sociale»<sup>62</sup>. Diverse, di conseguenza, devono essere, oltre alla scala delle priorità dell'intervento statale, anche le tecniche di tutela dell'effettività di questi compiti, che a differenza della tradizione dovranno assicurare tutta la variabilità e la flessibilità necessarie per far fronte ai nuovi compiti proattivi assunti della organizzazione statale: il cui regno può dirsi inaugurato dall'abolizione del bando politico che lo Stato liberale aveva invece decretato nei confronti di interventi preventivi diversi dalla statuizione di divieti d'azione coercitivamente presidiati. Infatti, se per lo Stato liberale, e per la sua teoria del diritto penale, ogni concessione ulteriore in termini di azione anticipata rispetto al fatto era da ritenersi inammissibile, risolvendosi in un non tollerato aumento della presenza sociale della coazione statale, per la politica dello Stato sociale tali interventi sono co-estensivi alla sua funzione di garante di un ordine comunitario pacificato nel segno dell'eguaglianza sostanziale e della solidarietà<sup>63</sup>.

Ordine che altresì s'erge a primo garante dei diritti individuali, traslando ogni questione afferente la legittimità dell'intervento, anche punitivo, nella sfera politica ove si decide della sua necessità. Convergenza pericolosa, che dello Stato sociale costituisce però elemento costitutivo; poco trattato da eventuali vincoli di riserva di legge, come tipicamente avviene in relazione all'esercizio della potestà punitiva, considerato che, una volta venuta meno – per scelta apicale – l'impossibilità di considerare l'individuo come una parte autonoma del tutto sociale, la legge altro non è che il mezzo neutrale di attuazione di quel disegno: priva, dunque, di forza critica rispetto ad eventuali eccessi nella programmazione politica dell'intervento giudicato necessario<sup>64</sup>.

---

<sup>62</sup> M. SBRICCOLI, «*Il diritto penale sociale*» (1855/1912), *Quaderni fiorentini per la storia de pensiero giuridico*, 1974/1975, p. 557 ss. V. anche T. TOMBOLINI, *Storia*, cit., p. 280.

<sup>63</sup> F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Giuffrè, Milano, 1983, p. 82 s.; nt. 26; spec. p. 83.

<sup>64</sup> La questione continua a non passare inosservata. È stata particolarmente approfondita, con accenti molto critici, a proposito dell'introduzione della responsabilità penale delle

Il tutto a differenza di quanto accade nell'esperienza dello Stato di diritto, ove la legge penale è intesa come istituzione che limita lo spazio decisionale della politica a beneficio dell'individuo, segnando l'autonomia del giudizio sulla legittimità rispetto a quello della necessità di pena<sup>65</sup>. In senso contrario non vale richiamare la sclerotizzata prassi degli Stati liberali che sul finire del XIX secolo hanno inteso e praticato il vincolo legale in termini assai meno garantistici, senza disdegnare di avocare nelle proprie mani il potere esclusivo di giudicare la legittima necessità della legge<sup>66</sup>. Circostanza che non intacca, però, il genetico individualismo della filosofia sociale dello Stato di diritto, né il dover-essere che si ricava dalla sua idealità quale criterio di contenimento delle sue distorte prassi<sup>67</sup>.

Il «discorso sulla modernizzazione», che al modello dello Stato-sociale-interventista si richiama esplicitamente, condivide anche il nucleo di verità che ne caratterizza la sottesa filosofia della società: il cui merito può essere posto sotto il segno dell'espansione delle competenze sociali dell'ordine gerarchico della legge e dei suoi apparati di amministrazione contro gli abusi del libero agire individuale<sup>68</sup>, ed interpretato, al di là dei progressi e delle mutazioni imposte dalla storia, come una radiazione fossile ancora viva nel tempo presente, le cui istituzioni, soprattutto europee, si fanno vanto d'essere eredi di quell'alta tradizione<sup>69</sup>.

---

persone giuridiche, da L. GRACIA MARTIN, *Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de la persona jurídica*, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 18-05, 2016. Forte sostenitore della necessità di modernizzare il sistema penale, ma critico senza sconti di quella che, anche a livello comparatistico, costituisce un'autentica rivoluzione copernicana nella vita dei sistemi penali europei. Ipotesi alla quale l'autore rimprovera, oltre ad un eccesso di costruttivismo, anche l'incompatibilità con la dimensione eticizzante in cui si colloca la natura del giudizio di responsabilità. Sul primo punto si può registrare l'accordo con W. HASSEMER, *Produktverantwortung*, cit., p. 60. In senso critico, contro gli eccessi di de-naturalizzazione delle categorie penalistiche e delle scelte di criminalizzazione, cfr. B. J. FEJIO SÁNCHEZ, *Normativización del derecho penal y realidad social*, Universidad Externado, Bogotá, 2007, spec. p. 10 ss.

<sup>65</sup> W. NAUCKE, *Die Kriminalpolitik des Marburger Programms 1882*, in *ZStW*, 1982, p. 525 ss. V. anche D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2015, 6 ed., p. 22.

<sup>66</sup> A. PANEBIANCO, *Il potere, lo stato, la libertà*, Il Mulino, Bologna 2004, spec. p. 119 ss.

<sup>67</sup> Cfr. W. NAUCKE, *Negatives Strafrecht*, cit., *passim*.

<sup>68</sup> F. ANGIONI, *Contenuto*, cit., p. 83.

<sup>69</sup> Appartiene a quella tradizione anche la durezza dell'intervento punitivo. M. SBRICCOLI, «*Il diritto penale sociale*», cit., *passim*; F. MUÑOZ CONDE, *Política criminal y dogmática jurídico-penal en la República de Weimar*, in *www.cervantesvirtual.es* (consultato il 25 agosto 2016).

Concludendo. Nonostante tutte le cautele, nel «discorso sulla modernizzazione» del diritto penale, sviluppato secondo i dettami funzionali ed ideali dello stato sociale di diritto, non può ritenersi affatto neutralizzato il rischio – che appartiene a quell’esperienza, come il pericolo di assetti discriminatori incombe sulla tradizione liberale – di eccessi securitari a scopi sociali nella fondazione della potestà penale legittima, discapito delle libere scelte d’azione<sup>70</sup>.

Circostanza che qui interessa perché gravida di implicazioni potenzialmente funeste tanto per le ragioni della libertà individuale, quanto dell’autonomia della società: soprattutto, nei casi in cui il pur possibile funzionamento della coordinazione individuale decentrata venga neutralizzato da interventi di conformazione finalistica da parte dello Stato sociale<sup>71</sup>. Con la conseguenza immediata di assistere alla proliferazione di un diritto penale non necessario. Infatti, se al diritto penale è rimesso il compito di agire in campo anticipato, per scopi organizzativi di assetti dall’alto giudicati ottimali, allora deve ritenersi giustificato il suo intervento diretto su ciascuno dei possibili fattori eziologici del danno potenziale, in un orizzonte in cui non è più possibile distinguere tra politica penale e politica sociale. Evenienza che il liberalismo esclude e che invece la democrazia penale guarda con un certo favore.

#### 4.2. Le vie della riforma

Se non si dà troppo peso a questo inciso, si può convenire sul fatto che la dicotomia tra una modernizzazione sociale funesta e una tradizione liberale buona non regge all’impatto della critica, specie se storicizzata<sup>72</sup>.

<sup>70</sup> Un’ampia analisi critica delle implicazioni espansive dell’affermarsi di una politica-criminale ispirata da estesi doveri pubblici di provvidenza è svolta da F. HERZOG, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinvorsorge*, Decker, Heidelberg, 1991.

<sup>71</sup> L’accentramento delle competenze disciplinari nelle mani dei pubblici poteri come conseguenza della negazione dell’autonomia sociale, divenuta oggetto di necessario indirizzo, amplifica quei rischi per due motivi: in ragione degli *Institutional Biases* che prosperano nel difetto del pluralismo – cfr. F. von HAYEK, *L’abuso della ragione*, Rubettino, Soveria Mannelli, 2007, p. 22 s.; e, soprattutto, della monopolizzazione in capo all’apparato statale «dell’idea giusta» alla quale ispirare la disciplina dei rapporti sociali. Cfr. I. BERLIN, *Quattro saggi sulla libertà*, Feltrinelli, Milano, 1989, p. 245.

<sup>72</sup> Come non regge l’utilizzo della formula liberistica per etichettare, negativamente, letture votate alla messa in discussione dell’ipertrofia penalistica, a favore di un ritorno a modelli nucleari di diritto penale. Cfr., F. TURATI, *Il delitto e la questione sociale. Appunti sulla questione penale*, Unione autori-editori, Milano, 1883, p. 21, che plaude alla «proposta

I fautori della modernizzazione, ritenendo di poter superare quella strettoia, guadagnano così una posizione di vantaggio strategico nei confronti dei sostenitori delle opposte tesi<sup>73</sup>.

Hanno quindi buon gioco nel rilanciare le ragioni della modernità penalistica che, a loro dire, si concreta anche nella legittimazione dei reati di pericolo astratto, della moltiplicazione dei beni giuridici super-individuali, della flessione della legalità, connessa ad un sistema penale trasformato in garante dell'effettività dei risultati di programmi di prevenzione. A maggior ragione se le opposte tesi vengono passate al setaccio della griglia teleologica propria dell'impianto costituzionale dettato da quello Stato prestazionale in cui si ritiene evoluto – sostituito? – l'antico Stato liberale (art. 3/2 Cost. italiana e 9/2 Cost. spagnola)<sup>74</sup>. La cui attività di programmazione interventistica, definita in vista di obiettivi di costante avanzamento dei legami sociali e della loro qualità, necessita, data la varietà delle circostanze, di frequenti adattamenti nella definizione delle condizioni della sua effettività. Esigenza che si traduce anche nel ricorso a fattispecie incriminatrici sufficientemente ampie per poter far fronte alle frustrazioni sostanziali del programma originario che dovessero emergere nel corso della sua implementazione. Necessità che d'altra parte spinge altri protagonisti del sistema, pur a fronte dell'astratto vincolo tipologico proprio dell'intervento penalistico, a farsi parte attiva nell'attenuarne la capacità di frizione rispetto allo scopo<sup>75</sup>.

### 4.3. Realtà al di là dei valori

Quelle appena descritte sono evenienze fisiologiche nel funzionamento del modello ordinatorio della sicurezza sociale, il cui impatto sulle ragioni

---

liberista» dei *Sostitutivi penali* di Enrico Ferri. Nel senso qui criticato («ultra-liberale» = «perverso e regressivo») si veda, invece, L. GRACIA MARTIN, *Concepto categorial teleológico y sistema dogmático del moderno derecho penal económico y empresarial de los poderosos*, *In Dret*, [www.indret.com](http://www.indret.com), 2016, p. 23; Id., *La modernización*, cit., p. 43. In questo senso v. anche G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Diritto penale «minimo»*, cit., p. 802.

<sup>73</sup> In termini anche W. NAUCKE, *I confini del diritto penale*, cit., p. 96 s.; p. 101.

<sup>74</sup> J. TERRADILLOS BASOCO, *La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal*, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, 1981, n. 63, p. 123 ss.; spec. p. 125 ss.; S. SOTO NAVARRO, *La protección de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Comares, Granada, 2003, p. 244.

<sup>75</sup> Volendo, si veda quanto osservato in G. MARRA, *La «politica penale giudiziaria» rivisitata nell'era del «disincanto» penalistico*, in *Scritti in onore di Alfonso Maria Stile*, Edizioni scientifiche, Napoli, 2013, p. 273 ss.

della libertà non può essere parimenti negato. Né rimediato, per vero, osservando che l'auspicata modernizzazione del diritto penale, patrocinata nel segno dello stato sociale, conserva comunque intatte le tradizionali garanzie penalistiche. Non si può infatti tacere, in senso contrario, l'obsolescenza che incontra il loro valore di garanzia sostanziale se evocati al di fuori dell'individualismo che ne marca la razionalità genetica<sup>76</sup>.

In un simile scenario, il *virus* dell'incertezza, con il connesso rischio di criminalizzazioni *ex post*, è infatti coesistente alla legalità originaria dell'intervento penalistico.

Una politica criminale che voglia essere coerente con quelle sue scelte di principio difficilmente potrà infatti anche solo immaginare di presidiare i suoi dinamici programmi di organizzazione sociale con fattispecie il cui tipo è rigidamente selezionato *ex ante*<sup>77</sup>. D'altra parte, l'inerenza di tali scelte di criminalizzazione a visioni pro-attive dei compiti statuali certifica l'appartenenza delle relative fattispecie a quella che recentemente è stata definita come «legalità penale positiva», dove a farla da padrona è la logica

---

<sup>76</sup> Da questo punto di vista il principio di *extrema ratio* riveste la funzione di gradiente idoneo a misurare le diverse forze 'sostanziali in campo'. Pur oggetto di comune riconoscimento, dagli uni è inteso in termini assai lati, se è vero che in suo nome si giustifica il 'travaso' di larga parte del diritto amministrativo di polizia in materia economica, ambientale, sociale ecc. nel contenitore del diritto penale modernizzato dato che, si osserva, in fin dei conti, quest'ultimo, indirizzandosi solo ai rei è meno invasivo e più liberale di un capillare sistema di misure gius-amministrative che invece si rivolgono a tutti. Cfr. L. GRACIA MARTIN, *La modernización* cit., p. 64.; ID., *Prolegomenos*, cit., p. 155 s. (che oltre a Gimbernat Ordeig e Romeo Casabona include Klaus Tiedemann nell'elenco dei 'modernizzatori'); K. TIEDEMANN, *Strafrecht in der Marktwirtschaft, Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels*, Heidelberg, 1993, p. 527 ss (per l'esposizione della tesi da ultimo citata). Sulle sponde del Meno quella tesi viene invece radicalmente contestata proprio sulla base del principio di *extrema ratio*, che interpretato in senso liberal-individualistico, secondo una radice costituzionale profonda, impedisce di giustificare misure restrittive della libertà in presenza di alternative, sulla base degli effetti deteriori ipoteticamente prodotti da queste ultime su soggetti diversi dai destinatari delle stesse. C. PRITTWITZ, *Garanzie di libertà tramite una riduzione dell'intervento penale o tramite il diritto penale?*, in G. COCCO (a cura di), *Per un manifesto del neoilluminismo liberale*, Cedam, Padova 2016, p. 53; p. 55. Per la costruzione di tale interpretazione costituzionale dell'*extrema ratio* si veda l'indagine monografica del francofortese C. TRENDELENBURG, *Ultima ratio?*, Peter Lang, Frankfurt am M., 2011, spec. p. 76 ss.; p. 263 ss. Sullo statuto costituzionale del principio in esame v. anche W. HASSEMER, *Perché punire è necessario*, cit., p. 153 ss. In senso critico sulla funzionalità dello stesso allo scopo di contenere l'inflazione penalistica, per le eccessive compromissioni con la logica politica che ne caratterizza la teoria e la prassi, si veda, invece, W. NAUCKE, *Negatives Strafrecht*, cit., 128 ss.

<sup>77</sup> F. von HAYEK, *La via della schiavitù*, Rubettino, Soveria Mannelli, 2011.

di strumentalità agli scopi di politica-criminali delle scelte di criminalizzazione formalizzate<sup>78</sup>.

Non solo. A complicare il quadro concorre il fatto della dispersione finalistica che dovrebbe essere propria in termini di nettezza teleologica delle singole fattispecie incriminatrici. La cui specifica proiezione di salvaguardia, in teoria garantita dal bene giuridico protetto, risulta diluita nel riferimento a macro-interessi a fronte dei quali riesce impossibile distinguere tra oggetto e *ratio* di tutela<sup>79</sup>. Con il risultato di svilire un momento significativo per la tenuta della garanzia della legalità in sede applicativa, ove l'evanescenza del bene tutelato, una volta che ne sia stato sradicato il fondamento individualistico, autorizza ogni soluzione ermeneutica: senza che si possa peraltro invocare, con credibili probabilità di successo, il limite empirico dell'adeguatezza allo scopo della soluzione interpretativa prescelta. Lo impedisce, ad esempio, l'ossatura presuntiva dei reati di pericolo astratto, che tanta parte giocano nell'attuazione della politica criminale dello Stato sociale. Una volta inglobata entro questo schema, a patto di vedere assicurata la base di ragionevolezza del così statuito dovere di obbedienza, la verifica di adeguatezza in parola perde, prima, ogni connotato empirico, il cui rilievo si esaurisce nella decisione del legislatore, per poi smarrire ogni autonomia rispetto al risultato dell'operazione di sussunzione del fatto nella norma astratta ricavata dall'interprete dalla disposizione dettata dal legislatore.

Quanto basta a dimostrare la convenienza rispetto allo scopo dell'interpretazione prescelta<sup>80</sup>.

## 5. La (vera) posta in gioco

Quanto sin qui osservato pare sufficiente per confermare l'impressione che, fuori da ogni ideologia, il vero obiettivo del «discorso sulla modernizzazione» non è tanto quello di garantire la costante capacità del sistema penale di adeguarsi alle necessità del suo tempo, esigenza che nessuno pare mettere seriamente in discussione. I suoi fautori ambiscono infatti a risultati

---

<sup>78</sup> W. NAUCKE, *Negatives Strafrecht* cit., p. 94 ss.

<sup>79</sup> Per una recente messa a fuoco di questo punto, in relazione alle riforme che hanno interessato l'art. 2621 c.c., tacciate, fino al 2015, di troppo concedere all'immunità dei soggetti di mercato v. L. MONACO, *Diafanie (o distonie) del falso in bilancio*, 2017, 1 ss.; spec. p. 10 ss. (del manoscritto in corso di pubblicazione)

<sup>80</sup> W. NAUCKE, *Negatives Strafrecht*, cit., p. 32 s.

assai più ambiziosi rispetto alla possibilità di elaborare soluzioni nuove ma rispettose delle tradizioni.

Scontando in premessa il fatto che la logica binaria e la struttura personalistica del sistema penale patiscono l'esistenza di strutturali limiti di adeguamento ai bisogni di una realtà che si fa sempre più complessa e impersonale, ciò che ha di vero è invece la possibilità di costruire un nuovo accordo sui limiti di congruità del costo da pagare per l'auspicata modernizzazione dell'intervento punitivo. Il cui valore non si può certo identificare con lo *slogan* di chi vuole sempre più diritto penale e, al contempo, un diritto penale sempre migliore (in termini di efficienza)<sup>81</sup>.

## 6. La dialettica interna alla dottrina spagnola sulla modernizzazione del diritto penale. L' *extrema ratio* come banco di prova

La dottrina spagnola non ha mancato di sottolineare la dinamica espansionistica che caratterizza l'esperienza del diritto penale contemporaneo<sup>82</sup>, cogliendone l'effetto annichilente per le sorti del principio di *intervención mínima*.

Criterio attorno al quale si polarizzano i positivi giudizi di una larga parte della dottrina<sup>83</sup>, la cui voce attesta anche l'inerenza dell'*extrema ratio* al cuore pulsante della proposta illuministica di riforma del potere punitivo<sup>84</sup>: così riconoscendone il perdurante valore per le sorti delle libertà individuali<sup>85</sup>, dato il rilievo che quella filosofia politico-sociale – sebbene formulata nel lontano XVIII secolo – ancor oggi riveste nel fondare l'*ethos*

---

<sup>81</sup> La tesi deve fare i conti con un altro dato, fissato dall'osservazione dell'aumento degli spazi sociali di competenza della regolazione pubblica, la cui diffusione si riverbera negativamente sulla tenuta di istanze minimalistiche in ragione degli *input* di criminalizzazione che quella saturazione produce anche nell'economia di una potestà punitiva che si autorappresenta come sussidiaria rispetto all'universo extrapenale. T. Vormbaum, «*Politisches*» Strafrecht, zstw, 1995, p. 734 ss.

<sup>82</sup> J.M. SILVA SANCHEZ, *L'espansione del diritto penale*, Giuffrè, Milano 2004, p. 5 ss.

<sup>83</sup> F. MUÑOZ CONDE, M. GARCIA ARAN, *Derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, V ed., Valencia 2002, p. 72.

<sup>84</sup> P. MILANESE, *El derecho penal y la quiebra del principio de intervención mínima*, 2008, p. 2 ss., [www.unifr.ch](http://www.unifr.ch) (consultato il 2 agosto 2016).

<sup>85</sup> J.M. SILVA SANCHEZ, *L'espansione del diritto penale* cit., p. 3 («mai come in quest'ultimo decennio [...] si era sentito parlare tanto [...] della necessità di ricondurre l'intervento punitivo dello Stato ad un diritto penale minimo»). Necessità sulla quale l'autore registra la convergenza di parte autorevole della scienza penalistica italiana (Bricola, Ferrajoli, Baratta

garantistico a partire dal quale si coltiva, nel segno del limite, il percorso di legittimazione razionale dell'intera esperienza del diritto penale positivo<sup>86</sup>.

Discusso resta però l'esatto significato del principio in esame. Diffuso è infatti lo scetticismo in merito ai risultati sul punto conseguiti dalla scienza giuridico-penale<sup>87</sup>; che a tutt'oggi non sembra essere riuscita ad approntare soddisfacenti definizioni dei contenuti analitici propri dei principi di *intervención mínima*, di *subsidiariedad* e di *ultima ratio*: tanto sul piano pragmatico, quanto su quello assiologico<sup>88</sup>.

Discussa è altresì la capacità dell'*extrema ratio* di offrire, *rebus sic stantibus*, un contributo critico efficace nel contrastare le derive e/o i progressi del diritto penale contemporaneo. Si tratta infatti di un argomento spesso indicato come «debole»: perchè privo di specifico peso teoretico<sup>89</sup>, oltre che di capacità di vincolo normativo<sup>90</sup>, in quanto inidoneo, in ragione della sua astrattezza e della sua natura di mero vincolo razionale, ad opporsi efficacemente alla realtà dei bisogni di tutela che si originano a partire da questa base. La cui affermazione reclama innovazioni significative nell'impianto delle scelte di criminalizzazione e dei relativi criteri di imputazione<sup>91</sup>.

ecc.) di cui discute le proposte elaborate per de-legittimare politiche penali ad ampio spettro di intervento.

<sup>86</sup> J. CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal Español. Parte general*, Tecnos, VI ed., Madrid, VI ed., 2004, p. 124. Lettura non estranea nel suo nucleo, all'elaborazione francofortese, che tuttavia non manca di segnalare la criticità di quella esperienza. Cfr., W. MAUCKE, *Negatives Strafrecht*, cit., 21 s.; W. HASSEMER, *Produktverantwortung*, cit., 4 ss.; spec. 6; K. LÜDERSSEN, *Il declino*, cit., 150.

<sup>87</sup> J.L. DIEZ RIPOLLES, *La racionalidad de las leyes penales*, Trotta, Madrid, II ed., 2013, p. 138 ss. *Ivi* la messa a fuoco di alcuni rimedi alla pochezza contenutistica del tradizionale riferimento al principio di *intervención mínima* compendiati dall'autore nella diversa formula del «principio de esencialidad».

<sup>88</sup> J.M.V. FERNANDEZ, *¿Qué es el principio de intervención mínima?*, in *Rivista internauta de Práctica Jurídica*, 2009, n. 23, p. 1 ss.

<sup>89</sup> L. GRACIA MARTIN, *Concepto categorial teleológico y sistema dogmático*, cit., p. 21.

<sup>90</sup> «Il principio di stretta necessità non può essere invocato come motivo di violazione di legge nel giudizio di legittimità». Si tratta infatti «di un criterio di politica criminale» che riguarda solo la sfera legislativa. Così Tribunal Supremo 13/6/2000. Principio ribadito osservando che *l'extrema ratio* è canone «estraneo alla legalità, neppure deducibile da essa». È infatti un postulato razionale di politica criminale che «invita» il legislatore – e solo lui – a «ridurre l'intervento del diritto penale [...] al minimo indispensabile per il controllo sociale». Tribunal Supremo 13/2/2003. Per un'analisi critica, anche di alcuni spunti offerti dagli sviluppi della prassi applicativa, cfr. J.M. VILLEGAS FERNÁNDEZ, *¿Qué es el principio de intervención mínima?*, cit., p. 1 ss.; p. 5 ss.

<sup>91</sup> Ad onta del consenso teorico di cui beneficia, il principio di *ultima ratio* ha pochissima presa nella prassi del controllo di costituzionalità delle leggi penali, ove rileva, in modo pressoché esclusivo, il solo principio di proporzione. G. P. LOPERA MESA, *Principio de*

Il punto qui meritevole di attenzione è di natura metodologica, riguardando il criterio che può consentire di organizzare l'analisi della varietà delle opinioni dipanatesi a partire dagli interrogativi circa l'esatta definizione dello statuto di garanzia del sistema penale contemporaneo: il cui pluralismo 'sistematico' necessita, per essere reso fruibile alla comparazione, di un criterio ordinativo, idoneo a ridurre l'altrimenti poco gestibile dispersione delle opinioni in campo.

### 6.1. La sintassi del «discorso di modernizzazione»

L'analisi dell'adeguatezza sociale del sistema penale è il tema a partire dal quale si dipana la fondamentale dicotomia che separa, non solo narrativamente, i fautori di un ritorno all'ortodossia individualistica, sintetizzata dai canoni propri del diritto penale liberale, e quanti invece auspicano rapidi progressi in senso democratico/sociale nella definizione dei criteri di legittimazione dell'intervento punitivo contemporaneo. Ferma la comune condivisione, se si escludono opinioni più appartate<sup>92</sup>, dell'irrinunciabile valore dell'impianto classico delle garanzie penalistiche, come riconosciuto dai fautori della modernizzazione del sistema penale<sup>93</sup>. Anche se, a ben

---

*proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales, Jueces para la Democracia*, 2005, n. 53, p. 39 ss.; spec. p. 50 ss.

<sup>92</sup> P. LAURENZO COPELLO, «Recension» a Silva Sanchez, *La expansion del derecho penal*, 2 edic., RDP, 2003, n. 12, p. 453 ss (a favore di una ricerca a tutto campo di un nuovo statuto giustificativo dell'intervento penale per far fronte alle necessità di tutela che sarebbero proprie delle più moderne forme di delinquenza).

<sup>93</sup> Il quadro interpretativo si presenta, invero, più articolato rispetto all'approssimativa bipartizione riportata nel testo. Non mancano infatti opinioni che individuano nella creazione di un "doppio binario" di limiti all'intervento punitivo la soluzione dei problemi posti dall'accelerata espansione del diritto penale contemporaneo. Accanto ai reati del diritto penale nucleare, per i quali deve continuare a valere il più classico statuto garantistico, si ritiene legittimo, in relazione ai delitti di creazione legislativa – ad offensività strutturalmente affievolita – ammettere la possibilità di flessibilizzare alcuni di quei presidi. A condizione, però, di prevedere, in conseguenza della trasgressione del precetto, sanzioni non privative della libertà personale. Cfr. J.M. SILVA SANCHEZ, *L'espansione*, cit., p. 109 ss. V. anche C. MARTÍNEZ - BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*, Tirant Lo Blanc, Valencia, IV ed., 2014, p. 96. Prende così forma razionale un moderno diritto penale a più velocità, che lungi dal costituire una comoda scorciatoia indicata alle ragioni efficientistiche del moderno diritto penale della prevenzione, appare più come una "astuzia della ragione" dell'*extrema ratio* che legittimando in questi termini talune esigenze politico-criminali sul piano del precetto beneficia della riduzione del carico e della qualità delle sanzioni associate

vedere, l'accordo sembra potersi dire effettivo, pur nei ristretti termini che verranno di seguito esposti, solo in relazione a taluni cardini di quell'impianto – ad esempio: *extrema ratio* – mentre in relazione ai restanti principi – legalità, offensività e colpevolezza – l'accordo è solo formale, perché difforme è la sottostante semantica. Prova ne sia l'ardimento dei molti partecipi all'articolato dibattito avente ad oggetto necessità e limiti della modernizzazione del sistema penale.

Concetto che accomuna l'analisi dei problemi di legittimazione evidenziati dall'affermarsi della prassi del diritto penale del rischio, del pericolo, del diritto penale della sicurezza e della prevenzione. Temi che difficilmente susciterebbero un così esteso impegno se la posta in gioco dello scontro dialettico non fosse quella dell'eventuale revisione del genoma garantistico del sistema penale, la cui qualità è anche figlia della costruzione dogmatica dei principi – assiologici e formali – che ne definiscono la funzione<sup>94</sup>. Principi che, per proprio statuto normo-teoretico, possono conoscere una sostanziale mutazione del relativo costruito semantico pur nella salvezza della relativa della forma che li consacra quali norme dell'ordinamento positivo. Evenienza non infrequente e, dunque, ordinaria nell'esperienza ermeneutica; che diviene però “rivoluzionaria” quando i mutamenti evolutivi investono, come in questo caso, una pluralità di principi sovraordinati di rilievo politico-criminale, tutti qualificanti il paradigma penalistico liberale.

Si pensi, per limitarsi ad un esempio, alla definizione “classica” del *nullum crimine sine lege* e alle sue più moderne declinazioni<sup>95</sup>. Esemplificate, come meglio non si potrebbe, dalla previsione del *Código pénal* preposta alla tutela contro i *Risgos Laborales* (art. 316): la cui fattispecie, incentrata su un rinvio omnicomprensivo all'intera regolazione gius-lavoristica di settore, supera, di gran lena, i limiti fissati dalla riserva di legge e dalla determinatezza (in ragione dell'ampiezza propria della regolazione amministrativa del settore “alla cieca” richiamata dal legislatore penale)<sup>96</sup>.

Si pensi, altresì, per guardare ai canoni fondanti le scelte di criminalizza-

---

ad accertate trasgressioni degli stessi. Con il risultato di riuscire così a contenere il tasso sociale di coazione complessivamente esercitato dal monopolista del potere punitivo.

<sup>94</sup> Si veda la realistica analisi di J.M. SILVA SANCHEZ, *Sfide scientifiche e sfide politiche della scienza del diritto penale*, in L. STORTONI, L. FOFFANI (a cura di), *Crisi e giustificazione del diritto penale*, cit., p. 23 ss.; spec. p. 36 ss.

<sup>95</sup> Per una lettura pessimistica di queste affermazioni, intese come probabili canti del Cigno della garanzia in esame, si veda T. VORMBAUM, *Dove va il diritto penale?*, cit., p. 87.

<sup>96</sup> M. GARCÍA - ARÁN, *Depenalizzazione o privatizzazione: tendenze opposte?*, in L. STORTONI, L. FOFFANI (a cura di), *Critica e giustificazione del diritto penale*, cit., p. 291. Ivi anche

zione, al principio di eguaglianza. Inteso dai fautori della modernizzazione nei termini dinamici e sostanziali fatti propri dalla Costituzione del 1978 all'art. 9/2 e in questa foggia valorizzato quale criterio giustificativo di un interventismo penale esteso, che agisce in profondità nella sfera dell'autonomia sociale<sup>97</sup>. Lettura che vede contrapposta l'opinione di quanti, pur consci delle indispensabili istanze di aggiornamento del sistema penale, guardano con sospetto alle ricette pro-attive sostenute dai fautori della modernizzazione penalistica, opponendogli, tra l'altro, una nozione di eguaglianza più "formale", allineata al senso in cui la stessa è intesa dall'art. 3/1 della legge fondamentale italiana. Nozione non reazionaria, che, tuttavia, frappone un ostacolo di rilievo all'affermazione di disegni politico-criminali votati ad arricchire, senza soluzione di continuità, la sfera del controllo sociale con sempre nuove soluzioni penalistiche. Il cui merito, nella prospettiva dello «Stato sociale come Stato materiale di diritto»<sup>98</sup>, tende ad essere declinato, sia a livello legislativo sia nel contesto della prassi giudiziaria, attraverso paradigmi e concetti non sempre adeguati alla *ratio essendi* del diritto penale del fatto. Come dimostra, tra l'altro, il riferimento alla necessità di non sottrarre alla coercizione penalistica il «sistema di azioni socialmente riprovevoli delle classi dominanti»<sup>99</sup>.

---

la sottolineatura dei nefasti effetti di tale tecnica di incriminazione sulla tenuta del principio di *extrema ratio*.

<sup>97</sup> L. GRACIA MARTIN, *Prolegómenos*, cit., p. 212. Il riferimento ad un così pregnante ruolo della Costituzione nella definizione dei fondamenti del diritto di punire, se da un lato accomuna la riflessione a stili argomentativi ben conosciuti nell'esperienza italiana dopo la pubblicazione di F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, cit., p. 7 ss., dall'altro segna un ulteriore tratto differenziale rispetto alla riflessione francofortese, i cui interpreti mostrano una sostanziale 'indifferenza' nei confronti di questa funzione del *Grundgesetz*, ritenendo il testo privo di sufficienti indicazioni operative di merito; quando non esprimono un dichiarato sospetto per la sostanziale politicità che intride quella fonte normativa, resa palese, si dice, soprattutto dagli obblighi di criminalizzazione che dalla stessa possono ricavarsi. Cfr. W. NAUCKE, *I limiti del diritto penale*, cit., p. 100; W. HASSEMER, *Perché punire è necessario*, cit., p. 147 s.

<sup>98</sup> L. GRACIA MARTIN, *Concepto*, cit., p. 44 s. Mette conto d'osservare, ad ulteriore riprova della discrasia sostanziale che intercorre tra le diverse opinioni in tema di legalità, sebbene tutte votate al riconoscimento del suo irrinunciabile valore, l'opinione di E.R. ZAFFARONI, A. ALAGIA, A. SLOKAR, *Derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, II ed., 2002, p. 9. Citato in senso adesivo da L. GRACIA MARTIN, *Concepto*, cit., p. 37.

<sup>99</sup> L. GRACIA MARTIN, *Prolegómenos*, cit., p. 190 s.; 195 s. V. anche R. SCARPINATO, *Com-pito delle toghe è vigilare sui politici: noi fedeli alla Carta più che alla legge*, *La Repubblica*, 11/5/2016, che con evidenti concessioni 'neo-costituzionalistiche', ribadisce la vitalità politico-normativa di quello «straordinario programma di [fattiva] lotta alle ingiustizie» statuito dall'art. 3/2 Cost., con il suo invito ad «innamorarsi del destino degli altri». Programma che

Riportando il discorso al piano di specifico interesse, ricordando che per definizione consolidata nella dottrina di lingua spagnola il principio di *intervención mínima* legittima l'intervento penalistico solo nei «nei casi di più grave lesione dei più importanti beni giuridici»<sup>100</sup>, è evidente lo scuotimento subito dall'*extrema ratio* sotto il peso di questi argomenti di «giustizia sociale»<sup>101</sup>: prodromici al consolidamento di una visione del diritto penale quale «unico strumento di efficace pedagogia sociale, come meccanismo di socializzazione e civilizzazione» della collettività<sup>102</sup>.

Prospettiva che di certo non spiace ai modernizzatori, quand'anche si converta in una effettiva «espansione *ad absurdum* di quella che in altri tempi costituiva l'*ultima ratio* di tutela»<sup>103</sup>. Il tutto per la semplice ragione che quelle radici assiologiche, al netto delle singole preferenze ideologiche, solidificano un ampio basamento razionale sul quale si poggia l'espansione della coercizione penale; così liberata dalla delegittimazione di ciò che è assurdo. Se il diritto penale deve difendere i beni giuridici necessari al funzionamento dell'organizzazione statale, allora, una volta che il loro numero venga definito in proporzione all'espansione delle competenze di governo dell'autonomia sociale, guidata dalla matrice politico-ideale in precedenza descritta, non c'è più alcuna ragione per affermare la lesione del principio d'*ultima ratio* di fronte a fattispecie che si moltiplicano per soddisfare l'interesse ad una organizzazione, anche capillare, di una società che si vuole sempre più avanzata<sup>104</sup>.

---

affida ai giudici, oltre allo strategico ruolo «di vigilare sulla lealtà costituzionale delle contingenti maggioranze politiche di governo», anche il compito di tradurre quella «promessa-scommessa» nel riconoscimento cogente dei necessari diritti, anche contro il diritto legale, come prescritto dall'*ethos* di uno Stato costituzionale «diffuso». Tesi i cui echi si leggono nitidi in G. PORTILLA CONTRERAS, *L'influenza delle scienze sociali nel diritto penale: la difesa del modello ideologico neoliberale nelle teorie funzionali e nel discorso etico di Habermas sulla selezione degli interessi penali*, in L. STORTONI, L. FOFFANI (a cura di), *Critica e giustificazione del diritto penale*, cit., p. 228 s. V. anche J.M. SILVA SANCHEZ, *L'espansione*, cit., p. 37, nt. 68 (con riferimento ad alcuni passaggi della riflessione dedicata da Antoine Garapon ai rapporti tra *Juez y Democracia*). In senso critico L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 23 ss.; N. ZANON, *L'ascesa del potere giudiziario, tra mode culturali e mutamenti costituzionali*, in *Criminalia*, 2015, p. 359 ss.

<sup>100</sup> F. MUÑOZ CONDE, M. GARCIA ARAN, *Derecho penal*, cit., p. 72; C. BLANCO LOZANO, *Derecho penal. Parte General*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 122.

<sup>101</sup> L. GRACIA MARTIN, *Prolegomenós*, cit., p. 212.

<sup>102</sup> J.M. SILVA SANCHEZ, *L'espansione*, cit., p. 33; p. 36 ss.

<sup>103</sup> J.M. SILVA SANCHEZ, *L'espansione*, cit., p. 33.

<sup>104</sup> J. A. MARTOS NUNEZ, *El principio de intervención mínima*, s.d., [www.boe.es >abrir\\_pdf](http://www.boe.es >abrir_pdf) (consultato il 1 agosto 2016), spec. p. 100 ss. V. anche L. GRACIA MARTIN, *Concepto*,

## 6.2. Quali garanzie?

Al netto delle componenti ideologiche caratterizzanti la precompressione del discorso<sup>105</sup>, non può però dirsi che la puntigliosa difesa assunta dai fautori della modernizzazione anche dell'impianto di garanzie qualificanti l'esperienza penalistica dello Stato liberale sia priva di "buona fede" e di acume argomentativo<sup>106</sup>; né che il frequente richiamo alla necessità del rispetto dovuto al principio di *extrema ratio* altro non sia che un espediente retorico evocato per non scoprire troppo il fianco alla critica<sup>107</sup>. È vero infatti che nella prospettiva dello Stato sociale di diritto non vige alcuna prerogativa a favore del diritto penale. Che dunque non beneficia di alcuna preferenza gerarchica rispetto all'insieme degli altri mezzi del controllo sociale. Anche in questo contesto politico-costituzionale la sua natura assiologica è intesa come strumentale ai bisogni della persona alla cui salvaguardia è votato il finalismo della pena. Solo oltrepassata la soglia della necessità, la minaccia e la pena sono chiamate a svolgere un ruolo di regolazione attiva della vita socia-

---

cit., p. 18. Connessione illustrata anche da B. SCHÜNEMANN, *Rechtsgüterschutz, ultima ratio und Viktimodogmatik. Von den unverbrückbaren Grenzen des Strafrechts in einem liberalen Rechtsstaat*, (eds) A. von HIRSCH, K. SEELMAN, W. WOHLERS, *Mediating Principles*, Nomos, Baden-Baden, 2006, p. 31 ss.; spec. p. 34. Autore che qui si richiama per l'influenza esercitata nel dibattito di lingua spagnola sulla modernizzazione del sistema penale. L. GRACIA MARTIN, *Concepto*, cit., p. 16 ss.

<sup>105</sup> G. PORTILLA CONTRERAS, *L'influenza delle scienze sociali*, cit., p. 234 ss. Dietro l'osservazione a tenore della quale «sono proprio i criteri penali quelli che nel seno della politica sociale» dello Stato assistenziale «incrementano il processo di legittimazione politica in chiave democratica [dell'eguaglianza propria] dello Stato redistributivo», è acquattata una critica senza sconti al sistema liberale, ritenuto espressione di un modello statale giudicato teoricamente ormai fallito. Cfr. L. GRACIA MARTIN, *Concepto*, cit., p. 33. Non solo. L'argomento veicola anche l'idea dell'intransigenza politica contro ogni totalitarismo – corda alla quale la dottrina spagnola è sensibile, data la sua storia – tale essendo ritenuto il modello neo-liberale. Identificato da parte significativa della scienza penalistica di Spagna quale forza ispiratrice delle sacche resistenziali che ancora sviluppano un fitto fuoco di sbarramento contro l'auspicato progresso democratico-egualitario del sistema penale. Si ripete, anche qui, sebbene a parti invertite, quanto già osservato nell'ambito della critica al diritto penale interventista dello Stato sociale di diritto. Con una differenza non trascurabile: la scarsa persuasività razionale dello stigma una volta che sia richiamato alla mente il fatto che l'imperialismo preteso dall'idea dell'*homo oeconomicus* risulta privo, almeno in via di principio, di ogni vocazione a legittimare espropriazioni politiche dell'autonomia sociale.

<sup>106</sup> L. GRACIA MARTIN, *Algunas reflexiones sobre la pretendida contrariedad del Derecho penal moderno a los principios y garantías penales del estado de derecho*, in AA.VV. *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal*, Tomo I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, p. 879 ss.

<sup>107</sup> L. GRACIA MARTIN, *Über die notwendige Modernisierung des Strafrechts in der deutschen und spanischen Doktrin*, in G.A., 2010, p. 337 ss.; spec. p. 347 ss.

le al fine di garantirne il funzionamento collettivamente soddisfacitorio<sup>108</sup>. Non v'è quindi alcun ostacolo di principio nell'includere, in termini generali, il principio di *intervención mínima* nel *Pantheon* dei canoni di garanzia propri del diritto penale di uno Stato sociale e democratico di diritto<sup>109</sup>.

Non v'è però neppure alcuno scandalo da evocare se, abbassando lo sguardo verso la prassi, si constata il sacrificio imposto all'*extrema ratio* da una politica-criminale preordinata alla soddisfazione di istanze d'ordine *lato sensu* solidaristiche imposte, anche attraverso la coercizione penale, all'altrimenti spontanea evoluzione sociale<sup>110</sup>. Nè, d'altra parte, si giustificano reazioni scomposte se, cogliendo alcuni passaggi della riflessione in merito a questo essenziale snodo dell'attuale esperienza politico-criminale<sup>111</sup>, si mette in evidenza che l'aumento qualitativo della presenza sociale della coercizione, con il correlativo peggioramento dei suoi profili – qualitativi – di garanzia per l'individuo, non è un “fulmine a ciel sereno” o una sterzata imposta dagli improvvisati ardori di una politica governativa attratta dalle sirene del populismo penale. Al contrario. Quello che viene descritto come “espansione del diritto penale” appare il risultato coerente della razionalità democratica che sorregge l'impianto politico-criminale dello Stato sociale, con il suo *imprinting* maggioritario ed egualitario, e le sue strumentalizzazioni politiche per motivi di consenso. DNA che con facilità si annida nella retorica del “99%”<sup>112</sup>; che, a sua volta, finisce col rappresentare una

---

<sup>108</sup> S. MIR PUIG, *Funcion de la pena y teoria del delito en el Estado social y democrático de derecho*, Bosch, II ed., Barcelona, 1982, p. 19 ss.; spec. p. 40 ss (ove si evidenzia il fondamento costituzionale dell'*extrema ratio* quale criterio che limita e fonda le scelte di criminalizzazione).

<sup>109</sup> S. MIR PUIG, *Sobre el principio de intervención mínima del Derecho penal en la Reforma penal*, in *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada. Homenaje al Prof. José Antonio Sainz Carnero*, 1989, n. 12, p. 243. Per una messa a fuoco del rilievo sistematico del principio di *ultima ratio* – quale criterio costitutivo dello statuto formale e teleologico anche dell'illecito amministrativo – v. anche G. QUINTERO OLIVARES, *La Autotutela, los límites al poder sancionador de la Administración pública y los principios inspiradores del derecho penal*, in *Revista de Administración Pública*, 1991, p. 253 ss.; ma spec. p. 259 ss.; p. 273 s.

<sup>110</sup> B. MENDOZA BURGO, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Civitas, Madrid, 2001, p. 149 ss.

<sup>111</sup> V. però F. MUÑOZ CONDE, *Conclusioni*, in L. STORTONI, L. FOFFANI (a cura di), *Critica e giustificazione del diritto penale*, cit., p. 428 (che attesta l'effettività del fenomeno espansivo già negli anni '60 e '70 dello scorso secolo).

<sup>112</sup> Cfr. J.L. DIEZ RIPOLLES, *La racionalidad de las leyes penales*, cit., p. 92 ss.; p. 165 ss. In senso critico J.M. SILVA SANCHEZ, *Diéz Ripolles José Louis, La racionalidad de las leyes penales*, Trotta, Madrid, 2003, *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2005, p. 379 ss.; spec. p. 385 ss.

leva utilizzabile per svellere ulteriormente la mediazione degli istituti della democrazia rappresentativa e del progetto costituzionale, custodito dalla resistenza del restante “1%”<sup>113</sup>, per affidare anche la politica criminale alle epifanie della democrazia diretta<sup>114</sup>: le cui ricette, che oggi si iniziano a sperimentare, sembrano assai poco allineate alla logica minimalista dell'*ultima ratio*, risolte, come sono, nell'invocazione di più diritto penale per tutti, in primo luogo per i *not forgotten men*<sup>115</sup>.

Non confonda la vigoria dell'accento posto sulla necessità di criminalizzare ad ampio spettro il “dorato mondo” dei colletti bianchi<sup>116</sup>. Quel che conta, nella prospettiva che qui interessa, è il contemporaneo silenzio sulla necessità di almeno moderare, in estensione ed intensità, l'intervento penale nelle restanti regioni della geografia sociale<sup>117</sup>.

Ancora una volta la scienza penalistica sembra sperimentare la pervasività degli effetti non intenzionali dell'azione sociale – quale tipicamente è l'impegno analitico di dare fondamento razionale e sistematico all'ordinamento normativo – considerando che ciò che si dichiara a gran voce come finalità giustificativa della necessaria modernizzazione del sistema penale è il miglioramento della sua capacità di contrasto «*de la delinquenza de los poderosos*»<sup>118</sup>.

<sup>113</sup> J.M. SILVA SANCHEZ, *Diéz Ripolles Josè Louis, La racionalidad de las leyes penales*, cit., p. 383 ss.

<sup>114</sup> La franchezza con la quale la dottrina di lingua spagnola fa emergere le implicazioni politiche delle premesse e delle conclusioni delle sue analisi, nonostante la tendenza ad una troppo schematica rappresentazione, è un tratto che emerge qui più che altrove. V. MILITELLO, *Prefazione all'edizione italiana*, J.M. SILVA SANCHEZ, *L'espansione*, cit., p. XXI.

<sup>115</sup> M. CORCOY BIDASOLO, *Limites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos*, in S. MIR PUIG, M. CORCOY BIDASOLO (a cura di), *La politica criminal en Europa*, Atelier, Barcelona, 2004, p. 30 s.; J. TERRADILLOS BASOCO, *Globalización, administrativización y expansión del derecho penal económico*, in J. TERRADILLOS BASOCO, L. ACALE SANCHEZ (a cura di), *Temas de derecho penal económico*, Trotta, Madrid, 2004, p. 222 s.; p. 239 s.

<sup>116</sup> L. ARROYO ZAPATERO, *Introduzione*, in L. STORTONI, L. FOFFANI (a cura di), *Critica e giustificazione del diritto penale*, cit., p. 16. La riscontrata convergenza dei diversi modelli di organizzazione sociale politicamente sostenuti nell'unico canale dell'ordine garantito coercitivamente dal diritto penale, modificandosi solo i destinatari delle prassi punitive, è in linea con quanto da tempo osservato da W. NAUCKE, *Negatives Strafrecht*, cit., 3 ss.

<sup>117</sup> J.L. DIEZ RIPOLLÉS, *De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado*, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal Y Criminología*, 2005, p. 1 ss.; spec. p. 12 s.; p. 22 ss. A questo lavoro si rinvia anche per la necessaria informazione bibliografica. Il quadro a tinte fosche per le ragioni della libertà individuale non è di certo tipico o esclusivo dell'ordinamento spagnolo. Cfr. G. DEMURO, *Ultima ratio*, cit., p. 1675.

<sup>118</sup> L. GRACIA MARTIN, *Prolegomenos*, cit., p. 195 s.; J.M. SILVA SANCHEZ, *Reflexiones en julio convulso*, *InDret*, n.3, 2016, p. 2.

## 7. Beni giuridici meta-individuali, «spazio liberio dal diritto» e società del rischio

È dunque vero che l'infuocato dibattito in corso sulla modernizzazione del diritto penale, che è anche un importante momento di riflessione collettiva sulla necessità e sui limiti del principio di *intervención mínima*, si svolge alla presenza della Scuola di Francoforte come "convitato di pietra"<sup>119</sup>: per ciò solo identificabile come presenza culturale unitaria, nonostante i dubbi che in proposito continuano a manifestarsi al suo interno<sup>120</sup>. Depositaria dell'impegno necessario ad arginare il funzionalismo della politica-criminale e, più radicalmente, per superare una «concezione sacrificale» del diritto penale<sup>121</sup>. Idea difesa contro marosi spinti da venti ostinati e contrari, in un lungo viaggio organizzato all'insegna dell'idea che «gli strumenti penali debbono essere maneggiati sul piano politico con estrema prudenza» nel rispetto essenziale di principi «come quello dell'impegno del diritto penale solo come "*ultima ratio*" [...] e della necessaria costruzione di altri idonei strumenti di tutela dei beni giuridici accanto alla giustizia penale»<sup>122</sup>. Programma che per voce di uno dei suoi più autorevoli protagonisti trova un'essenziale risorsa argomentativa nella «inclusione nel diritto penale [nella sfera] delle scienze contigue» (storia, scienze sociali ed empiriche), secondo una intuizione originaria costantemente praticata nel confronto interno ed esterno alla Scuola<sup>123</sup>.

Tesi e metodi che rappresentano la "croce" e la "delizia" di molte pagine della scienza penalistica spagnola (e non solo!)<sup>124</sup>. In particolare, di quanti sono impegnati ad indagare se la categoria dei c.d. beni giuridici super-individuali quale oggetto di tutela penale possa superare una verifica razionale di legittimità.

---

<sup>119</sup> L. GRACIA MARTIN, *Concepto*, cit., pp. 8-15.

<sup>120</sup> W. HASSEMER, *Introduzione*, in L. STORTONI, L. FOFFANI (a cura di), *Critica e giustificazione del diritto penale*, cit., p. 3 ss.

<sup>121</sup> L. EUSEBI, *Senza politica criminale non può darsi diritto penale. L'essere e il dover essere della risposta ai reati nel pensiero di Massimo Pavarini*, in *Criminalia*, 2015, p. 467 ss.; spec. p. 482 ss.

<sup>122</sup> W. HASSEMER, *Introduzione*, cit., p. 4 s.

<sup>123</sup> W. HASSEMER, *Introduzione*, cit., p. 4. C.E. PALIERO, *La funzione delle scienze sociali* cit., spec. p. 256 ss.

<sup>124</sup> «Le dottrine ultraliberali della scuola di Francoforte sono penetrate a fondo nella scienza penalistica spagnola», osserva con evidente intento critico L. GRACIA MARTIN, *Concepto*, cit., p. 25, nt. 113

Questione di rilievo per la messa a fuoco dei contenuti del principio di *ultima ratio* e per i destini della sua effettività<sup>125</sup>: nonostante l'autonomia dogmatica e politico-criminale di cui gode il canone dell'*intervención mínima* rispetto al principio di tutela dei beni giuridici<sup>126</sup>. Snodo al quale è qui confinata la ricostruzione di alcuni aspetti dei burrascosi rapporti tra i due "fiumi culturali" che scorrono attorno all'isola di quella «società pluralistica del rischio» i cui "abitanti" sperimentano ogni giorno la necessità di comportarsi rischiosamente (anche in senso morale) per far fronte alla complessità sociale<sup>127</sup> e, dunque, la realtà di operare in contesti di rischio non vietato ma neppure specificamente autorizzato<sup>128</sup>.

Quello appena evocato è un concetto che nella prospettiva dell'ordinamento giuridico – soprattutto agli occhi del legislatore penale – sottende anche la necessità di riconoscere spazi non banali d'immunità a favore dell'autonomia individuale<sup>129</sup>: intesa quale scaturigine dei diritti di libertà e

<sup>125</sup> G. DEMURO, *Ultima ratio*, cit., p. 1675.

<sup>126</sup> G. QUINTERO OLIVARES, *Introducción al Derecho penal. Parte General*, Barcanova, Barcelona, IV ed., 1988, p. 48 s. Osservazione in linea con quanto *in auge* anche nella dottrina italiana. Per tutti. A. PAGLIARO, *Principi*, cit., p. 229.

<sup>127</sup> Arth. KAUFMANN, *Grundprobleme der Rechtsphilosophie*, Beck, München, 1994 p. 232 s. Concetto richiamato, come un Giano bi-fronte, da J.M. SILVA SANCHEZ, *L'espansione cit.*, p. 7; p. 102 ed utilizzato per dare ragione dei fattori espansivi dell'intervento penalistico e dei criteri di limitazione degli stessi. Non è dunque per un caso che Winfried Hassemer consegna agli scritti in onore del suo maestro la sua riflessione dedicata a delineare i fondamenti di una teoria personale del bene giuridico. Nucleo a partire dalla quale diviene possibile la critica del moderno diritto penale della prevenzione. W. HASSEMER, *Grundlinien einer personale Rechtsgutlehre*, in Aa.Vv. *Jenseit des Funktionalismus*, Müller, Heidelberg, 1989, p. 85 ss.

<sup>128</sup> M. DONINI, voce *Imputazione oggettiva dell'evento*, in *Enc.dir., Annali*, vol. III, p. 646. Precisazione che consente il "trattamento" dogmatico della riferita osservazione filosofica attraverso quella categoria tecnica dell'imputazione obbiettiva dell'evento che dà fondamento sistemico-razionale alla necessità di preservare l'autonomia di spazi individuali di libertà. Così J.M. SILVA SANCHEZ, *Informe sobre las discusiones*, in Aa.Vv. *Sobre el estado de la teoría del delito*, Madrid, 2000, p. 103. Precisazione che consente di azzardare qui un'ipotesi (con riserva di tutti gli ulteriori e certamente necessari approfondimenti): che l'imputazione obbiettiva dell'evento può essere interpretata anche come categoria dogmatica dell'*extrema ratio*, con un guadagno netto, per entrambe, in termini di legittimazione e funzionalità.

<sup>129</sup> S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, Il Mulino, Bologna, 2015, p. 14; p. 25; p. 32 ss. (ove si legge anche il doveroso invito a non relativizzare eccessivamente i termini del discorso: la realtà della società pluralistica del rischio non può infatti occultare l'esistenza di un livello minimo di condizioni di giustizia e sicurezza la cui effettività, non potendo essere attribuita al libero gioco delle forze in campo, necessita dell'intervento del diritto; non escluso il ricorso alla coercizione penalistica). Volendo si veda anche quanto già osservato in G. MARRA, *Prevenzione mediante organizzazione e diritto penale*, Giappichelli, Torino 2009.

scopo della loro tutela, oltre che condizione funzionale a soddisfare esigenze propriamente sociali. È infatti dal libero confronto tra le diverse sfere di autonomia e dall'apprendimento a ciascuno consentito dall'osservazione dei propri ed altrui fallimenti, occorsi nelle sperimentazioni di vita di ognuno, che la società nella sua interezza può fare progressi nel ridurre il livello di complessità – anche assiologica – che la pervade<sup>130</sup>. Realtà che verrebbe desertificata se la riduzione dell'incertezza coincidesse con l'effettività di ricette tratte *ab mente Dei*, con la messa in opera di algide soluzioni dettate da qualche zelante programmatore tecnico-politico del divenire sociale o giustificate con il *pathos* deontologico e moralistico evocato da qualche altro elitario custode del dover-essere scuola. Ipotesi non di scuola, volendo osservare quanto ad esempio accaduto nel campo bioetico della procreazione medicalmente assistita – all'insegna del macro-bene della naturalezza dell'atto procreativo<sup>131</sup> – o quanto sta ancora avvenendo nel settore della tutela penale del fine vita, dove il super-interesse connesso all'indisponibilità assoluta della vita lascia sussistere intatto l'originario impianto del codice Rocco<sup>132</sup>. Per non dire, infine, delle perplessità che suscita il riferimento al paternalistico diritto alla salute “collettiva” quale criterio di giustificazione della repressione connessa all'uso personale di sostanze stupefacenti<sup>133</sup>.

Niente a che vedere, però, con una invocazione alla più assoluta ed incondizionata neutralità penalistico-statuale rispetto alle vicende individuali. La controversa formula kaufmaniana dello «spazio libero dal diritto», pensata e discussa in relazione a momenti qualificanti della società del rischio, va infatti intesa come un “invito” rivolto alla scienza giuridica ad elaborare criteri analitici in grado di de-legittimare gli estremi e, al contempo, di validare le coordinate attorno alle quali può essere fissato un ragionevole punto di equilibrio tra la doverosa salvaguardia dell'autonomia individuale e l'altrettanto necessaria garanzia della sicurezza della vita sociale e dei suoi beni giuridici.<sup>134</sup>

---

<sup>130</sup> «Da quando è moderno, l'uomo [...] ha abbandonato il concetto di natura umana per concepirsi come libertà». Oggi «l'uomo non è [più] colui il cui agire deriva dall'essere, ma colui il cui essere deriva dall'agire [e] non dall'uniformarsi ad un modello determinato o a una autorità normativa». A. FINKELKRAUT, *Noi, i moderni*, Einaudi, Torino, 2006, p. 12.

<sup>131</sup> S. CANESTRARI, *Principi*, cit., p. 41 ss.

<sup>132</sup> L. CORNACCHIA, *Euthanasia. Il diritto penale di fronte alle scelte di fine vita*, in *Teoria del diritto e dello Stato*, 2002, p. 391 ss.

<sup>133</sup> A. CAVALIERE, *Il controllo del traffico di stupefacenti tra politica criminale e dogmatica*, in *Diritto Penale e processo*, 2014, p. 1591 ss.

<sup>134</sup> Nonostante le molte critiche che l'hanno investita, l'idea di Arthur Kaufmann trova

## 8. *L'extrema ratio* tra beni giuridici collettivi e teorie individualistiche

La sostanza pluralistica della lettura di Arthur Kaufmann di alcuni nodi problematici della società del rischio<sup>135</sup>, raccolta e messa in prospettiva anche da chi ha inteso affermare una concezione personalistica del bene giuridico<sup>136</sup>, ha contribuito così ad introdurre un importante momento di apertura – privatizzazione ? – nella bardatura statualistica del sistema penale<sup>137</sup>, dato che il suo tradizionale funzionamento, in una prospettiva in cui oggetto di tutela sono tutti i beni giudicati meritevoli dal legislatore, si sviluppa all'interno di una struttura solo bilaterale (Stato v. Autore).

De-statalizzazione che, con superiore fortuna, è realtà già in atto in altri settori dell'esperienza del diritto penale contemporaneo, le cui scelte di criminalizzazione si manifestano ogni giorno più aperte a dichiarati bisogni di tutela della vittima quale titolare 'in carne ed ossa' dell'interesse leso. Può dirsi così esaurito il tempo della cattività in cui la «vittima neutralizzata» era tenuta dalla tradizione del diritto penale pubblico e con esso anche del riduzionismo politico-criminale che l'intendeva quale etichetta identificativa di un più generale «concetto preventivo» che, una volta evocato, è associato all'attivazione di interventi di «necessaria profilassi» pubblica: affidati, all'interno di queste antiche coordinate, alla coercizione penale del trasgressore di norme incriminatrici le cui note di offensività prescindono dalla «lesione di una vittima» reale<sup>138</sup>. Approdo assiologico che, al di là degli eccessi ai quali si presta, è reso ancora più solido se il punto di vista da cui si intende affrontare il problema coincide con una preliminare critica senza sconti alla nozione di bene giuridico<sup>139</sup>: la cui irriducibile capacità espansiva della punibilità si intende contrastare vincolando lo *ius puniendi* alla

---

echi e sviluppi importanti sia nella riflessione di Winfried Hassemer, sia in quella di Klaus Lüderssen. Rispettivamente si vedano C. ROXIN, *Strafrecht* cit., § 14, Rdn. 25 ss. (per una sintesi critica) e W. HASSEMER, *Prozedurale Rechtsfertigungen, Festschrift für Mahrenholz*, Nomos, Baden-Baden, 1994, p. 731 ss; Id., *Professionelle Adäquanz*, Wistra 1995, p. 81 ss.; K. LÜDERSSEN, *Rechtsfreie Räume?*, Suhrkamp, Frankfurt am M., 2012.

<sup>135</sup> V. anche M. PAPA, "A chi legge": *l'incipit visionario dei Delitti e delle pene*, in *Criminalia*, 2014, spec. p. 649 ss.

<sup>136</sup> W. HASSEMER, *Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e diritto naturale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, p. 104 ss. Cfr. anche J. ORTEGA Y GASSET, *La ribellione delle masse*, Guanda, Milano 2001, p. 118.

<sup>137</sup> M. GARCÍA ARAN, *Depenalizzazione*, cit., p. 288; p. 298.

<sup>138</sup> W. HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrecht*, Beck, München, 1990, p. 72 s.

<sup>139</sup> W. NAUCKE, *Negative Strafrecht*, cit.

riscontrata offesa arrecata dalla condotta del reo ad un diritto soggettivo della vittima.

Una ricchezza di argomenti, pregni di implicazioni teoriche e politico-criminali, che va però smarrita impostando l'analisi a partire da argomenti dichiaratamente polemici («*discurso ultraliberal*»; «*vanguardia de la crusada*» liberale)<sup>140</sup> o schiettamente politici (quando si stigmatizza il disegno di un diritto penale critico a sfondo individuale come proposta insostenibile «*a partir del nuevo horizonte político*»)<sup>141</sup>. Argomenti che si accompagnano ad osservazioni intese a stigmatizzare l'intollerabile "gusto" *retro* della proposta, prima ancora di sottolineare la complessiva intollerabilità sociale dei risultati che propone, specie in materia di ambiente, mercato finanziario, sicurezza dei prodotti, ecc.

### 8.1. Precisazioni

Sarebbe forse più opportuno, al fine di verificare la tenuta razionale della teoria in esame, distinguere, al suo interno, tra dimensione assiologica del personalismo e significato logico-descrittivo proprio dell'aggettivo che la qualifica: tra la dimensione personalistico-individuale alla quale rinvia il contenuto deontologico della proposta e la sua funzione di criterio di selezione logica dei concetti candidabili a divenire beni giuridici. Platea dalla quale vanno esclusi tutti gli interessi non direttamente riconducibili ad una sfera di titolarità tipica, in quanto inadeguati a soddisfare i caratteri di esclusività, di non genericità e di proprietà che concorrono a definire la portata lessicale del riferimento al personalismo.

Si tratta di una distinzione che oltre ad ampliare la criteriologia analitica utile a dare corpo ad una nozione altrimenti molto vaga – qual'è quella relativa al bene giuridico – consentirebbe di relativizzare la critica nei confronti della proposta avanzata in seno alla Scuola di Francoforte, caratterizzata, sotto il profilo logico, da un merito ben lontano dal delegittimare tutti i beni giuridici collettivi. Sono infatti fatti salvi, anche all'interno di una prospettiva personalistica, quegli interessi riferibili a classi omogenee di individui (ambiente quale pre-condizione di salvaguardia della salute di gruppi più o meno estesi di persone), a soggetti istituzionali (personalità dello Stato) o

<sup>140</sup> L. GRACIA MARTIN, *Concepto*, cit., p. 9; p. 21; p. 22; p. 25; p. 33.

<sup>141</sup> L. GRACIA MARTIN, *Concepto*, cit., p. 67 s.

a funzioni pubbliche essenziali (amministrazione della giustizia) posto che, in entrambi i casi, deve ritenersi soddisfatto il requisito della immediatezza della relativa titolarità. Inclusione sostenuta, sia detto incidentalmente, anche da un punto di vista assiologico, considerato il rilievo di entrambi al fine di salvaguardare l'integrità di interessi autenticamente personali. Come riconosciuto, tra gli altri, dai padri fondatori della scienza penalistica moderna, la cui vocazione liberale non ha mai impedito di giustificare, se necessario, l'intervento penale preordinato alla tutela della «pubblica tranquillità», del pubblico erario o dell'integrità della pubblica amministrazione<sup>142</sup>.

È solo oltre questo punto che si dischiude il problema strettamente assiologico immesso nello spazio della discussione dalle letture francofortesi. Tema che merita certo d'essere discusso alla luce dello *Zeitgeist*, ma non con argomenti ideologici: magari attingendo, in loro vece, ad indagini genealogiche in grado di illustrare, frugando nella messe di riflessioni piantate nella storia dalla cultura dal riformismo penale illuministico, il nesso inestricabile tra dimensione individualistica e statuto di garanzia del diritto penale<sup>143</sup>. Baluardo fondamentale per evitare slittamenti verso la spiritualizzazione del bene giuridico e la seguente sua trasformazione in garante dell'obbedienza e della fedeltà dei destinatari delle sue minacce<sup>144</sup>.

Rapporto, quello tra individuo e autorità, che merita d'essere meglio illustrato.

In relazione ad esso si consuma infatti un'ulteriore frattura tra i novatori e la dottrina di lingua spagnola maggioritaria, che non guarda di certo con sospetto quanto si va dicendo sulle rive del Meno: a partire da una sua più dettagliata messa a fuoco, l'osservatore comparante è così messo in grado di cogliere argomenti di rilievo per l'analisi del principio di *extrema ratio*<sup>145</sup>.

---

<sup>142</sup> C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., §§ XI; XXXIII. Prova ne sia il rimprovero mosso su questo punto all'opera di Beccaria da parte di W. NAUCKE, *Die Modernisierung*, cit., p. 13 ss. per dimostrare la radicale insufficienza garantistica di qualsivoglia nozione di bene giuridico. V. anche K. LÜDERSSEN, *Die Krise*, cit., p. 22; p. 24 s. (che vede nella «illimitata disponibilità di beni giuridici da parte del legislatore» la premessa assiologico-concettuale per rendere disponibile la scelta circa i mezzi della relativa tutela).

<sup>143</sup> J.C. CARBONELL MATEU, *Alternative al diritto penale*, in L. STORTONI, L. FOFFANI (a cura di), *Crisi e giustificazione del diritto penale*, cit., p. 317 ss.; p. 324.

<sup>144</sup> G. MARINUCCI, *Giuseppe Bettiol e la crisi del diritto penale negli anni trenta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 929 ss.

<sup>145</sup> V. anche G. JAKOBS, *Was der Staat sich versagt, tritt er noch lange nicht an Private ab*, *Frankfurter Allgemeinen Zeitung*, 19 ottobre 2012, che osserva «Umgangssprachlich wird ein sozialer Raum als rechtsfrei bezeichnet, wenn es faktisch nicht gelungen ist und auch nicht mehr ernsthaft versucht wird, das bestehende Recht in ihm durchzusetzen, so etwa bei länger

A dover essere messo in discussione è, in particolare, uno degli assi portanti della tesi sostenuta dai fautori della modernizzazione penalistica. Nessuno dei quali fa mistero di attribuire ad ogni intervento normativo una funzione spiccatamente costruttivistica. «Il diritto è una invenzione umana finalizzata all'ordinamento della realtà di un mondo previamente esistente». Un mezzo funzionale ad assicurare «un effettivo funzionamento [della realtà] come ordine sociale». Realtà altrimenti incapace, se lasciata, alla sua autonomia, di ordinarsi in modo da garantire «la sopravvivenza del genere umano»<sup>146</sup>.

Non è certo una sorpresa, date queste premesse, il giudizio di legittimità attribuito all'inclusione dei beni collettivi nella sfera di competenza del diritto, prima, e del diritto penale poi<sup>147</sup>. Nè sorprende la critica senza sconti a cui viene sottoposta la teoria personale del bene giuridico. Una diversa conclusione sarebbe infatti entrata in rotta di collisione con la premessa a tenore della quale senza l'intervento del diritto (pubblico) non c'è salvezza alcuna per l'ordine della società. Chi predica l'essenziale funzione legittimante del riduzionismo personalistico del catalogo dei beni giuridici, assume infatti che l'ordine sociale può prendere forma anche a prescindere – entro certi limiti – dall'intervento ordinativo del diritto penale e che, di conseguenza, la tutela dei beni collettivi, se intesi come vaga sintesi di «una argomentazione molto complessa» riguardante l'organizzazione della società<sup>148</sup>, non necessariamente richiede un intervento coercitivo della legge penale, ben potendo essere salvaguardata dalle forze spontanee che l'azione individuale è in grado di mettere in moto e coagulare attorno a risultati socialmente significativi<sup>149</sup>.

Prova ne sia, tacendo altro, il rilievo che nella grammatica penalistica francofortese riveste il tema del controllo sociale, quale ambiente in cui, in

---

*dauernden Hausbesetzungen. In der Rechtstheorie handelt es sich hingegen um einen Raum, in dem keine rechtliche Regelung gilt, weder eine erlaubende noch eine verbietende».*

<sup>146</sup> L. GRACIA MARTIN, *Concepto*, cit., p. 74.

<sup>147</sup> Cfr. J.M. SILVA SANCHEZ, *L'espansione*, cit., p. 94 ss. Nella dottrina italiana non sono mancate opinioni favorevoli ad includere nella nozione di bene giuridico anche l'insieme delle attività giuridicamente regolate che realizzano funzioni socialmente rilevanti. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso*, cit., p. 406. In senso contrario, evidenziando i perniciosi riflessi sull'*extrema ratio*, C. LONGOBARDO, *Causalità e imputazione oggettiva*, ESI, Napoli, 2011, p. 90, nt. 120.

<sup>148</sup> L. GRACIA MARTIN, *Concepto*, cit., p. 16.

<sup>149</sup> La fiducia in questi meccanismi non è affatto incondizionata. Prova ne sia l'impegno profuso per costruire un diritto sanzionatorio di nuovo conio (*Interventionrecht*) destinato ad applicarsi ad offese prive di una sufficiente base personalistica. W. HASSEMER, *Produktiveverantwortung*, cit., p. 22 ss. Modello recepito anche dalla dottrina spagnola. Per tutti J.M. SILVA SANCHEZ, *L'espansione*, cit., p. 33 s.

modo spontaneo ed informale, la società ordina se stessa attraverso norme auto-prodotte, sanzioni endo-amministrate e procedure spontaneamente definite per regolare la «vita di tutti i giorni, lo svolgimento di discussioni conflittuali e i diritti dei partecipanti»<sup>150</sup>. Esperienze con le quali il diritto penale è legato a doppio filo anche nella prospettiva della salvaguardia della sua natura di *ultima ratio*<sup>151</sup>. Dalle stesse ricava infatti criteri essenziali per la sua legittimazione collettiva, oltre a direttrici empiriche sufficientemente univoche per indirizzare il suo intervento, quando necessario<sup>152</sup>.

In ultimo, non si può trascurare il fatto che il rifiuto incondizionato opposto alle critiche di cui sono fatti oggetto i beni giuridici sovra-individuali a partire dall'ipotesi personalistica sviluppata dalla scuola di Francoforte, dovrebbe portare a prendere atto che la proclamata fede dei "modernizzatori" nell'intero apparato garantistico proprio del più classico diritto penale liberale – in specie nell'*extrema ratio* – si riduce ad essere l'atto devozionale praticato da un non credente.

## 8.2. Ancora sull'*extrema ratio*

Le difficoltà pratiche che oggi incontra il principio di stretta necessità, sono in buona parte figlie del successo teorico che può vantare. La solidità della sua legittimazione deontologica quale irrinunciabile criterio qualitativo del diritto penale liberale ha rassicurato la scienza penalistica portandola a credere che l'ormai acquisita valenza normativa potesse essere sufficiente per controllare – in via deduttiva – l'uso eccessivo del diritto penale. Si è così persa di vista, complici alcune posture metodologiche consolidate, la componente pragmatica di quel principio, tratto qualificante il suo dover essere fin dagli albori della penalistica moderna<sup>153</sup>.

Per rimediare a questo deficitario stato delle cose sono state suggerite soluzioni diverse, quasi tutte orientate a percorrere il sentiero fino ad oggi largamente trascurato: la strada che porta ad una maggior integrazione della

<sup>150</sup> W. HASSEMER, *Perchè punire è necessario*, cit., p. 37 ss.; p. 47 (per la citazione).

<sup>151</sup> Volendo G. MARRA, *Prevenzione mediante organizzazione*, cit., *passim* anche D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 29 che giudica «la risposta penale al reato [...] una risposta surrogatoria all'insuccesso di altri strumenti di regolazione e controllo sociale, che non sono riusciti a impedire la commissione di reati».

<sup>152</sup> W. HASSEMER, *Einführung*, cit., p. 317 ss.

<sup>153</sup> C. TRENDELENBURG, *Ultima ratio?*, cit., p. 172 ss.

scienza penalistica con le scienze contigue<sup>154</sup>. Passaggio indispensabile, si è detto, per dare un solido fondamento all'analisi funzionale delle premesse e delle conseguenze della legislazione penale proposta e positiva. Verifica che rappresenta un nuovo orizzonte operativo dell'*extrema ratio*<sup>155</sup>.

Non sono però mancati sforzi intesi ad esplorare altre vie. In particolare, si è messa in evidenza la necessità di intendere l'*extrema ratio* come principio bisognoso di letture non scollegate dalla specificità dei contesti – empirici e normativi – oggetto di intervento da parte del legislatore penale. A tal fine è in primo luogo necessaria una lettura del principio in esame, quale vettore normativo anti-utilitaristico e di protezione della libertà, alla luce della specificità del bene giuridico tutelato<sup>156</sup>. Solo così diviene infatti possibile mettere a fuoco, sul piano empirico, le peculiarità dei percorsi offensivi pronosticabili nell'ambito di un determinato contesto storico e sociale. Con il risultato finale di mettere l'*extrema ratio* con i piedi per terra, senza però smarrirne, al contempo, l'irrinunciabile portata garantistica di ostacolo alla subordinazione del singolo alla forza disciplinare della maggioranza e dello Stato<sup>157</sup>.

L'efficacia del modello analitico appena sintetizzato è legata a doppio filo all'esistenza di beni giuridici sufficientemente afferrabili o, comunque, idonei ad indirizzare processi ermeneutici in grado di dotare gli interessi tutelati di significati sufficientemente univoci<sup>158</sup>.

Risultato facilitato dal ricorso a processi di selezione ispirati alla centralità del momento personalistico: qui inteso soprattutto nella sua funzione di selettore logico-semanticamente di ciò che non possiede riferibilità diretta alla sfera di interessi di un soggetto individuale, collettivo o istituzionale che sia<sup>159</sup>. Un compito reso impossibile, invece, dall'affermarsi di costrutti meta-individuali che per la loro complessità funzionale o per la loro evanescenza assiologica finiscono per essere nulla più di un ricettacolo di istanze

---

<sup>154</sup> M. DONINI, *Scienza penale e potere politico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 96 ss., spec. § 7.

<sup>155</sup> Per tutti M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., p. 85 ss.; p. 281 ss.

<sup>156</sup> V. anche C. ROXIN, *El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen*, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2013, p. 15.

<sup>157</sup> V. però S. BACICALUPO SAGGESE, *La crisis de la filosofía del sujeto individual y el problema del sujeto de Derecho Penal*, in *Cuadernos de Política Criminal*, 1999, p. 67, p. 12 ss.

<sup>158</sup> B. SCHÜNEMANN, *El Derecho penal*, cit., p. 732 (edizione Kindle).

<sup>159</sup> In questo senso non pare arbitrario intendere il riferimento alla personalità quale criterio costitutivo dell'afferrabilità. Su questo concetto cfr. F. ANGIONI, *Contenuti e limiti* cit., p. 75 ss.

funzionali meta-empiriche o di doveri di conformazione dell'agire sociale, che soffocano in partenza ogni possibilità di dare spessore critico-limitativo all'*extrema ratio*<sup>160</sup>.

Se, forti di tali acquisizioni, si guarda alla realtà del diritto penale contemporaneo, il risultato è sconcertante, a fronte della moltiplicazione dei beni programmatori<sup>161</sup>, dell'insistenza con la quale la politica-criminale produce dettami deontologici della più varia natura (politica e morale)<sup>162</sup> e, in ultima analisi, per la diffusione di "rimpiazzati" normativi della stessa categoria del bene giuridico: quali indubbiamente sono gli obblighi di protezione di matrice sovranazionale, articolati dalla relativa giurisprudenza in una duplice forma, quali doveri: i) di evitare la commissione prevedibile di gravi delitti contro la persona; ii) di protezione della società. Obblighi performativi di cui anche l'ordinamento spagnolo sperimenta il capillare impatto: osservato dalla scienza penalistica senza riuscire a fugare i molti dubbi che questa novità sistematica suscita – in modo quasi paradossale – in punto di allineamento con alcune delle direttive garantistiche preordinate al divenire della politica criminale per scopi di tutela della libertà<sup>163</sup>.

In particolare, merita d'essere segnalato un passaggio della discussione in corso circa il significato e la portata politico-criminale del «*deber de protección de la sociedad*», in relazione al quale si è ritenuto di osservare, sul presupposto della tradizionale interpretazione del diritto penale come garanzia del reato contro gli abusi della maggioranza, che identificare la vittima in modo del tutto generale con la società nel suo complesso per poi attribuire ad essa «diritti di protezione contro la minoranza di individui pericolosi» significa sconfessare la lunga tradizione garantistica implicita nel riferimento al diritto penale come *Magna Charta* del delinquente<sup>164</sup>. Significa, ai più limitati fini di questa indagine, polarizzare il

<sup>160</sup> Sul punto il consenso può dirsi trasversale. Cfr. B. SCHÜNEMANN, *¿El Derecho penal*, cit., p. 732 (edizione Kindle); W. HASSEMER, *Perché punire è necessario*, cit., p. 152.

<sup>161</sup> B. MENDOZA BUERGO, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, cit., p. 81, a parere della quale gli oggetti di tutela del diritto penale del rischio non sono altro che la cristallizzazione concettuale di «mere perturbazioni e condotte indesiderate o 'moleste' per il modello di funzionamento di un determinato subsistema» sociale. V. anche J.M. SILVA SANCHEZ, *L'espansione*, cit., p. 78 ss. (per la critica ai cc.dd. delitti di accumulazione). Una critica fulminante della consistenza – teoria ed empirica – del *topos* sicurezza è svolta da C.E. PALIERO, *Sicurezza dei mercati o mercati delle (in)sicurezze?*, cit., p. 306 ss.

<sup>162</sup> C.E. PALIERO, *Il diritto liquido* cit., p. 1120 ss.

<sup>163</sup> C. TOMÁS-VALIENTE LANUSA, *Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH*, *InDret*, 2016, n. 3, spec. p. 42 ss.

<sup>164</sup> C. TOMÁS-VALIENTE LANUSA, *Deberes positivos*, cit., p. 44.

discorso politico-criminale su nozioni che la riflessione sull'*extrema ratio* ha già individuato come fattori esiziali per il destino del principio in esame: qual'è l'eclissi del riferimento al bene giuridico, nonostante la sua autonomia teorica rispetto al principio di *intervención minima*; al pari della perpetuazione di una nozione di vittima a tal punto astratta, coincidendo con l'intera società, da essere di fatto trasfigurata in una figura giustificativa della razionalità preventiva del sistema nel suo complesso e della sua attivazione a tutto campo.

Fattori espansivi che, a maggior ragione se politicamente amplificati<sup>165</sup>, caratterizzano la polemica dei fautori della modernizzazione del diritto penale contro l'eterodosso «discorso di resistenza» liberale. Opposto, attraverso il richiamo all'impianto garantistico che si assume proprio del diritto penale classico, alle derive tecnocratiche e simboliche che segnano la prassi del diritto penale moderno<sup>166</sup>. Esperienza contrastata in nome della insopprimibile necessità di rispetto della libertà individuale contro ogni abuso della potestà punitiva per finalità con essa incompatibili<sup>167</sup>, la cui affermazione è destinata a produrre risultati socialmente insostenibili, nel breve e nel lungo periodo, ulteriori alla mera negazione dell'autonomia come *ratio essendi* dell'idea di Persona, ma anch'essi meritevoli di impegno critico da parte della scienza penalistica<sup>168</sup>. Un impegno doveroso soprattutto agli occhi di chi ammette che l'*extrema ratio* veicoli all'interno del discorso sulle garanzie, una proiezione sociale che pur facendo salva la radice individualistica del principio, delegittima l'impiego della coercizione penalistica a fronte della sua constatata disfunzionalità per la tutela di esigenze collettive (che sono di tutti e di ciascuno).

La proclamazione del suo valore da parte di chi però ritiene che sia scoccata l'ora di superare l'ipoteca personalistica di cui è ancora oggi gravato il sistema penale – sebbene nei soli limiti necessari per rimediare alle disfunzioni sociali che si assumono connesse alla sua vigenza<sup>169</sup> – significa

---

<sup>165</sup> L. GRACIA MARTIN, *Prolegomenos*, cit., p. 54 s.

<sup>166</sup> J.M. PAREDES CASTAÑÓN, *Recension a GRACIA MARTIN Luis, Prolegómenos para la lucha por la modernización del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, *Pol. crim.*, n.2, R /, 1-27, RDPC, 2006, n.17, spec. p. 6; p. 8; p. 9 ss.

<sup>167</sup> W. HASSEMER, *Perchè punire è necessario*, cit., 152.

<sup>168</sup> J.M. SILVA SANCHEZ, *Sfide scientifiche e sfide politiche*, cit., p. 43. La «legislazione che si sta sviluppando al di fuori del nucleo tipico ed essenziale del diritto penale [...] è un campo buono per procedere [...] ad articolare osservazioni sulla base di criteri di efficacia relativa dello strumento penale prescelto e di altri alternativi ad esso».

<sup>169</sup> L. GRACIA MARTIN, *Prolegomenos*, cit., 73 ss.; 113; 128 ss.; 166 s.; 181 ss. e 207.

inquinare il dibattito con un argomento anfibio e spurio<sup>170</sup>: del tutto inidoneo a cauterizzare il rischio che sotto la spinta di teleologismi organizzativi di stampo pubblicistico confacenti al “nuovo” *mainstream* politico-ideologico, l'*extrema ratio* si trasformi nel suo opposto: in quella *sola ratio* di regolazione dei conflitti sociali che pur si continua a ritenere doveroso contrastare<sup>171</sup>.

### 8.3. Il ‘rischio’ politico-criminale tra regole e principi

Non si fa torto all’intelligenza dei protagonisti di questa ‘storia’ riducendo il merito del dibattito ad una questione circa l’identificazione dei limiti che il fondamento individualistico del diritto penale – *Magna Charta* del reo – può continuare a rivendicare come essenziale nota di legittimazione della potestà punitiva a fronte dell’emersione di istanze collettive d’ordine: qualunque sia il razionale che ne definisce il merito, se in discontinuità rispetto al nucleo intangibile dell’autonomia individuale, che per sua natura empirica/assiologica non ammette sacrifici, quant’anche bene intenzionati, di fronte ad istanze che la trascendono. Tema diversamente declinabile, riprendendo antiche suggestioni<sup>172</sup>, a partire dall’interrogativo in merito all’estensione della competenza politico-criminale, in prima istanza e con i suoi consueti modi non dialogici, quando si tratti di soddisfare taluni bisogni della società quale entità olistica. Questione di certo non elusa né dagli ‘individualisti’ francofortesi, né dai teorici del diritto penale minimo, le cui pagine mettono sufficientemente in guardia contro i rischi di soluzioni che negano la competenza elettiva della politica sociale ad affrontare il tema della difesa della società da ogni forma di insicurezza e, quindi, anche dal rischio criminale<sup>173</sup>. Ricetta che trova ulteriore consenso nell’idea che

<sup>170</sup> J. M. PAREDES CASTAÑON, *Recension*, cit., p. 24 s.

<sup>171</sup> J. M. PAREDES CASTAÑON, *Recension*, cit., p. 22.

<sup>172</sup> M. SBRICCOLI, «*Il diritto penale sociale*» (1855/1912), cit., p. 557 ss. (con riferimento al pensiero del liberale Luigi Lucchini a proposito delle proposte del positivista Enrico Ferri quale fautore di un sistema di «sostitutivi penali»).

<sup>173</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 65. V. anche L. EUSEBI, *L’insostenibile leggerezza del testo: la responsabilità perduta della progettazione politico-criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 1668 ss.; spec. p. 1680 ss.; p. 1682. In precedenza, F. BRICOLA, *Crisi del Welfare State e sistema punitivo*, in *Id.*, *Politica criminale e scienza del diritto penale*, Il Mulino, Bologna, 1997, p. 177 ss. V. anche W. NAUCKE, *Negatives Strafrecht*, cit., p. 130.

il garantismo, quale legge del più debole, impone alla politica penale di esercitarsi entro i limiti della stretta necessità (*nulla poena sine necessitate*) e alla politica sociale, invece, di massimizzare i contenuti dei diritti sociali<sup>174</sup>.

Con un rischio, però, al quale non sfugge alcuna proposta intesa a conservare intatto lo spazio di generale competenza – salvo eccezioni – della mediazione politica e dei suoi apparati in termini co-estensivi alle (ritenute) esigenze dell'ordine collettivo, altrimenti, come si presume, in balia dell'insicurezza e del *caos*.

Il sospetto è, infatti, che quella persistenza, lungi dall'esaurirsi nella salvaguardia non coercitiva delle condizioni che rendono possibile la sicurezza dei diritti ed il loro progresso, realizzi un effetto moltiplicatore di ciò che è meritevole di pena, risolvendosi, di conseguenza, nel volano di un diritto penale intrusivo; specie se quel progetto fa valere le sue indubbie prerogative costituzionali di 'sfondo' (art. 3/2 Cost.)<sup>175</sup>: idonee, in termini normativi, e dunque giustiziabili<sup>176</sup>, a qualificare espansivamente tanto l'idea della necessità, quanto il predicato restrittivo che la qualifica come presidio essen-

<sup>174</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 64.

<sup>175</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 72.

<sup>176</sup> La questione non è pacifica. Non v'è consenso, infatti, sull'esatto perimetro della giustiziabilità degli obbiettivi collettivi che godono di formale rango costituzionale. V., per tutti, L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie* cit., p. 78 ss. (che esclude, ad esempio, da tale novero l'art. 3/2 Cost. trattandosi di norma costituzionale che non è regola, «non essendone configurabile una specifica violazione», ma solo principio direttivo; che dunque formula un obbiettivo perseguibile «da politiche pubbliche, cioè da insiemi eterogenei ed indeterminati di possibili attività, nessuna delle quali è configurabile come [sua] attuazione oppure, se omessa, come [sua] violazione»). Questione di particolare rilievo. Fornisce, infatti, un'ulteriore conferma della (potenziale) correlazione tra l'ampia competenza politica garantita da siffatte norme e l'espansione dell'intervento penalistico: tanto sul piano legislativo, una volta che quella competenza sia esercitata a fondo, quanto su quello applicativo, quando a venire in rilievo sia il momento della c.d. interpretazione costituzionalmente conforme. Ipotesi nella quale è possibile censire, oltre alla pretermissione del momento individuale, anche una profonda incrinatura della separazione dei poteri. Su quest'ultimo punto si consenta il rinvio a G. MARRA, *La «politica penale giudiziaria» rivisitata*, cit., p. 273 ss. Da un più ampio angolo visuale, il tema evoca il rapporto tra le istituzioni democratiche e la legittimazione del diritto penale. Cfr. G. FIANDACA, *Spunti problematici di riflessione sull'attuale ruolo della scienza penalistica*, in M. DONINI, G. INSOLERA (a cura di), *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, Monduzzi, Bologna, 2005, p. 41 ss. Riflessione che mette in guardia contro le tentazioni di supplenza nei confronti della *lex parlamentaria* da parte di auto-proclamati custodi dell'unico diritto penale legittimo: qui meritevole di attenzione perchè, da un lato, 'ambienta' la crisi in cui versa l'*extrema ratio*, mentre dall'altro dimostra, una volta di più, che le fortune di quella formula non possono prescindere dalla messa in discussione della discrezionalità politica e, più radicalmente, della sovranità statale sulla società. Se questa rimane intatta,

ziale di un diritto penale liberale che si accontenta di «amministrare il male minore, di curare le piaghe e di correggere» i più vistosi difetti dell'ordine sociale, lasciando ad 'altri', e in primo luogo all'autonomia dei consociati, il compito di traghettare il legame sociale dal «regno del male minore e della necessità, a quello dell'utilità e della libertà»<sup>177</sup>. In breve: se la punizione, quale atto di autorità, è illegittima qualora esercitata fuori dai casi di stringente necessità, allora la coercizione penale risulta priva di giustificazione se, come le altre «cattive leggi e le viziose operazioni politiche», interviene laddove le «arti si mettono da sé medesime al necessario equilibrio»<sup>178</sup>. Presupposto fattuale che, se sfiduciato in termini non puntiformi e in base ad argomenti meta-empirici, modifica in radice la logica limitativa della stretta necessità, dato che «l'intervento legislativo», e quello penalistico in specie, non possono essere più «confus[i] con l'intrusione, disastrosa ed iniqua, di un interesse particolare sostenuto dal potere pubblico» nella sfera dell'autonomia individuale, trattandosi, al contrario, del rimedio esclusivo all'anomia sociale propria di quest'ultima<sup>179</sup>.

L'ambientazione costituzional-democratica del discorso sulla modernizzazione del diritto penale consente di mettere a fuoco un ulteriore focolaio di crisi per ogni sforzo inteso a recuperare l'idea dell'*extrema ratio* quale criterio di delegittimazione dell'esperienza del diritto penale intrusivo.

Un fattore all'apparenza paradossale, considerando che la sua radice risale al rango costituzionale che si intende assegnare a quella formula, quale principio selettivo dell'intervento penale legittimo<sup>180</sup>. La sorpresa è però destinata ad attenuarsi se, stando a quanto affermano i neo-costituzionalisti e i gius-realisti<sup>181</sup>, si riflette sul fatto che l'*extrema ratio* viene così inclusa all'interno di un contesto sistematico privo di gerarchie, la cui normatività vive di de-formalizzate operazioni di bilanciamento, alle quali è affidato il compito di dare ordine alla pluralità, destinate ad operare su materiali normativi – i principi – vaghi, dipendenti dal contesto e, dunque, quando il contesto è impegnato di sfiducia nei confronti dell'autonomia individuale, aperti a

---

alimentata da istinti benevolenti, la speranza di recuperare ad ruolo fisiologico la potestà punitiva è davvero flebile.

<sup>177</sup> P. AUDEGEAN, *Cesare Beccaria, filosofo europeo*, Carrocci, Roma, 2014, p. 189 s.

<sup>178</sup> Cfr., rispettivamente, C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., § II; ID., *Elementi di economia pubblica*, Tipografia Economia, Torino, 1852, § 27.

<sup>179</sup> P. AUDEGEAN, *Cesare Beccaria*, cit., p. 177.

<sup>180</sup> F. BRICOLA, *Carattere «sussidiario» del diritto penale e oggetto di tutela*, ID., *Politica criminale*, cit., p. 189 ss.

<sup>181</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 80; p. 120 ss.

processi di ridimensionamento degli spazi di garanzia delle libertà negative. Osservazione che suggerisce di interpretare la crisi dell'*extrema ratio* anche come conseguenza della sua natura di principio privo di fattispecie<sup>182</sup>.

Lacuna sulla quale, in vario modo, e non sempre in termini espliciti, si sono concentrati i critici dell'espansione del diritto penale e del ruolo sociale dell'idea punitiva, la cui riflessione, o parti significative di essa, può essere intesa come un robusto tentativo di ricondurre il principio di *extrema ratio* alla regola della «assoluta necessità», quale «prescrizione generale e/o astratta di cui siano configurabili l'osservanza e l'inosservanza»<sup>183</sup>.

Direzione verso la quale sembrano muoversi quanti radicano quel principio su schegge gius-naturalistiche e su rigorose inferenze logiche sviluppate a partire da quei nuclei primitivi – *id est*: postulati – «non ulteriormente dimostrabili»<sup>184</sup>: a maggior ragione se, come illustrano i progressi della comparazione, è vero che «nell'area del diritto muto», ove è ambientata l'antica idea giusnaturalistica, «il diritto consta di regole» che «esauriscono l'area del diritto»<sup>185</sup>.

Esercizio che oltre a riportare il discorso nel punto ove Cesare Beccaria l'aveva avviato calando l'idea della necessità di pena nella realtà degli ordini spontanei, la cui autonomia circoscrive la portata della prima in termini di assolutezza, consente anche, riannodando antichi fili, di rinviare l'idea della «Costituzione come forza scettica» nei confronti della coercizione quale mezzo d'ordinamento collettivo («*Machtskeptischen Verfassung*») <sup>186</sup>. Sensibilità che appartiene a pieno titolo alla primigenia filosofia garantistica del costituzionalismo che, nonostante l'evoluzione rappresentata dall'avvento della Costituzione sociale, continua a rappresentare un persistente nucleo di valore consegnato intatto da quella tradizione alla modernità<sup>187</sup>.

---

<sup>182</sup> W. NAUCKE, *Negatives Strafrecht*, cit., 37.

<sup>183</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 79.

<sup>184</sup> W. NAUCKE, *Der Begriffe* cit., p. 2. Nella riflessione di quest'autore il quadro risulta ulteriormente semplificato in ragione del fatto che il criterio fondamentale di una "nuova determinazione dei rapporti tra diritto penale e legge penale" è fissato dalla regola della necessaria "tutela dell'individuo contro la forza". Regola derivata dall'illustre autore dall'autonomia originaria della persona, che costituisce, quindi, il postulato dal quale la prima si ricava per via di deduzione logica. W. NAUCKE, *Negatives Strafrecht*, cit., p. 132.

<sup>185</sup> R. SACCO, *Il diritto muto*, cit., p. 77. V. anche p. 48; p. 108 ss.

<sup>186</sup> W. NAUCKE, *Negatives Strafrecht*, cit., p. 129.

<sup>187</sup> N. MATTEUCCI, *Organizzazione del potere e libertà*, Il Mulino, Bologna, 2016, spec. p. 310 ss.

## 9. Conclusioni

Il problema dell'eccessiva invadenza della potestà punitiva nella vita individuale e collettiva non ammette soluzioni che assegnano un merito esclusivo ad una delle parti in causa<sup>188</sup>.

Richiede di praticare l'arte della differenziazione per conservare il buono ed eliminare il vano che le due letture mettono in campo. Perlomeno se il fine reale è quello dichiarato di salvaguardare lo Stato di diritto e l'ordine delle libertà del quale è guardiano. Perché se è vero che «il discorso di modernizzazione» puntualizza l'imprescindibile necessità che la politica-criminale non esasperi la propria anima nera (securitaria), castigando la marginalità ed amplificando le diseguaglianze di censo e di ceto, anche come conseguenza di selettivi decreti di immunità di fatto o di diritto<sup>189</sup>, è altrettanto indubbio che anche il «discorso di resistenza» presenta lati oscuri: non escludendo, ad esempio, il reflusso delle istanze punitive in contesti operativi opachi (*Interventionrecht*)<sup>190</sup>, le cui stanze oscure celano densissimi rischi per la libertà individuale.

Potenziale che, peraltro, non è escluso possa funzionalmente saldarsi con le ricette auspicate dai modernizzatori, condividendo con questi l'idea dell'avvenuto superamento dello Stato-Leviatano: la direttrice politica che consente di intendere questa nuova fisionomia come espressiva di tratti benevolenti idea che con facilità evolve nell'indisponibilità a met-

---

<sup>188</sup> C.J. LASCANO, *La insostenible 'modernización del derecho penal' basada en la 'tolerancia cero' desde la perspectiva de los países 'emergentes'*, [www.defensesocial.org](http://www.defensesocial.org) (consultato il 15 gennaio 2017).

<sup>189</sup> L'osservazione deve fare i conti, almeno in Italia, con il fenomeno della c.d. supplenza giudiziaria quale forza dotata di autonomia funzionale e valoriale impiegata allo scopo di superare tali lacune. Da ultimo, si veda il quadro tracciato da D. BRUNELLI, *Divagazioni sulle "dimensioni parallele" della responsabilità penale, tra ansie di giustizia, spinte moralistiche e colpevolezza normativa*, in [www.penalcontemporaneo.it](http://www.penalcontemporaneo.it), 2016, spec. p. 8 ss. (anche per aggiornate indicazioni bibliografiche). Non si tratta però di un tema solo italiano. Cfr., almeno, A. GARAPON, D. SALAS, *La Repubblica penale*, cit., *passim*.

<sup>190</sup> W. HASSEMER, *Produktverantwortung*, cit., p. 22 s. Per una analisi critica si veda C.E. PALIERO, *L'autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici? Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 1220 ss. Sulla realtà di tale proposta nella politica penale spagnola cfr. P. R. CASEMEIRO, *The law and order approach to criminal law in the administrative sanctioning system*, in [www.penal.org](http://www.penal.org). (consultato il 22 gennaio 2017). Approccio, per vero, neppure nuovo, ID., *La evolución de la relación entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador en el España del siglo XIX y principios del siglo XX*, in *Revista de derecho penal y criminología*, 2003, p. 141 ss.

tere radicalmente in questione sul piano teoretico la prerogativa punitiva della sovranità politica<sup>191</sup>.

Un problema tutto sommato marginale nell'immagine della Scuola di Francoforte riflessa dallo specchio della dottrina penalistica spagnola.

Non è arbitrario ritenere che proprio il silenzio serbato sul punto valga però ad identificare il tratto conservativo che consente alla legge penale di prosperare quale strumento d'effettività d'ordini sociali politicamente garantiti, la cui messa in questione, in primo luogo sul piano empirico, schiude spazi di ri-legittimazione degli ordini spontanei emergenti dalla radice della volontaria coordinazione tra pari e, di conseguenza, ad una ragionevole tenuta programmatica del merito garantistico del diritto penale dello Stato di diritto – che, al di là della conservazione del nome, dà il peggio di sé quando la legittimità dell'azione pubblica si identifica nel rispetto della sola legge positiva valida – e del principio di *extrema ratio*, che dopo i decenni trascorsi vagando ramingo nel quadro della teoria del reato, si candida a far salva l'effettività di questo punto di equilibrio tra modernizzazione del diritto penale e salvaguardia del suo *ethos* liberale<sup>192</sup>.

Ciò non significa, come si è sempre osservato sulle rive del Meno, che la politica non possa farsi carico di esigenze di promozione, perequazione e tutela di una più coesa integrazione sociale, rispetto a quella granulare propria di modelli più individualistici, ma solo che quegli scopi non possono essere perseguiti politicamente attraverso il diritto penale e gli altri mille congegni inventati dalla politica-criminale della società punitiva per estendere l'area della "materia penale"<sup>193</sup>.

Letture che non può certo lasciare insensibile il penalista italiano<sup>194</sup>.

---

<sup>191</sup> C. PRITZWITZ, *Garanzie di libertà tramite una riduzione dell'intervento penale* cit., p. 12 ss. Si veda anche F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale*, Il Mulino, Bologna, 1990, spec. p. 11 ss.; A. BONDI, *Philosophieverbot. L'agonia del diritto penale moderno*, in *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2006, p. 99 ss.

<sup>192</sup> Si veda anche quanto più in generale osservato dal francofortese J. HABERMAS, *I fondamenti morali pre-politici dello Stato liberale*, in J. RATZINGER, J. HABERMAS, *Etica religione e stato liberale*, Morcelliana, Brescia, 2004, p. 21 ss., spec. p. 26 s.; p. 34 s.

<sup>193</sup> Cfr. W. NAUCKE, *I limiti del diritto penale* cit., p. 110. Neppure, per vero, attraverso un diritto sociale integrale. Cfr. K. LÜDERSSEN, *Regulierung, Selbstregulierung und Wirtschaftsstrafrecht*, (hrsg) E. KEMPF, K. VOLK, K. LÜDERSSEN, *Die Handlungsfreiheit des Unternehmers*, De Gruyter, Berlin, 2009, p. 241 ss.; spec. p. 316. V. anche L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., spec. p. 65.

<sup>194</sup> Una prima sperimentazione del positivo significato politico-criminale del funzionamento degli ordini spontanei, il cui modello elettivo è il mercato, è oggi condotta con riferimento all'analisi critica di alcuni aspetti della legislazione di contrasto alla proliferazio-

Non foss'altro che per la copertura costituzionale che è in grado di esibire; dato, altresì, il peculiare rilievo che l'esperienza costituzionale riveste agli occhi della dottrina italiana impegnata a discutere dei limiti del legittimo fondamento della potestà punitiva<sup>195</sup>.

Il tutto a partire dal riconoscimento dell'*extrema ratio* quale principio apicale dell'ordinamento penale<sup>196</sup>.

Principio che nella prospettiva anti-positivistica particolarmente coltivata dalla scuola di Francoforte, assistita da ampio riscontro nelle garanzie del pluralismo costituzionale (*in primis*: art. 2, comma 1 Cost.), si accredita quale fondamentale canone di garanzia contro gli eccessi della potestà punitiva, a tutela della realtà empirica del pre-positivo ordine delle autonomie, emergente dalla pratica delle libertà che si esercitano attraverso il coordinamento volontario delle diverse pretese individuali<sup>197</sup>.

Ipotesi che sfugge sia alle reprimende che i modernizzatori indirizzano al minimalismo penale perché, in fondo, attraverso quella apertura si esprime una vena democratica qual'è quella che percorre la *bürgerliche Gesellschaft*<sup>198</sup>, sia alle critiche indirizzategli in molte pagine della scuola di Francoforte, in ragione della caratura riformistica che questa lettura dell'*extrema ratio* sembra fin da ora rivestire<sup>199</sup>.

ne delle sostanze stupefacenti. In particolare, da quegli autori che ritengono opportuna la selettiva rimozione delle norme punitive in quanto, si osserva, il meccanismo della domanda e dell'offerta potrebbe allontanare la criminalità organizzata, dato il crollo dei profitti attesi, mentre il mercato legale avrebbe di per sé l'effetto di diminuire la pericolosità delle sostanze. Da ultimo si veda A. CADOPPI, B. SCARCELLA, *California Dreaming. Per una legalizzazione della cannabis e dei suoi derivati*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2016, spec. p. 7 ss. Chiave di lettura non estranea alla giurisprudenza di merito. Tribunale di Urbino - GUP, 12.3.2015, n. 39.

<sup>195</sup> In senso difforme, con specifico riferimento all'attualità di un sistema penale che ha perso il suo baricentro legale a favore del ruolo centrale del momento applicativo, si veda M. ROMANO, *Dogmatica e politica criminale, oggi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 783 ss.

<sup>196</sup> G. FORTI, *La riforma del codice penale nella spirale dell'insicurezza: i difficili equilibri tra parte generale e parte speciale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 69 s.

<sup>197</sup> La chiave di lettura dell'*extrema ratio* qui coltivata deve fare i conti con l'ostilità che incontra l'idea del diritto degli ordini spontanei in Spagna, in Italia e in Germania. Paesi dove quell'idea vive relegata in aree ereticali, per la riluttanza della riflessione sul diritto ad abbandonare "lo sfondo problematico della dottrina dello Stato" e della sovranità. G. LICCI, *Immagine di conoscenza giuridica*, Cedam, Padova, 2011, p. 126. Ma di ciò non può darsi qui ulteriore conto.

<sup>198</sup> S. CASSESE, *La democrazia e i suoi limiti*, Mondadori, Milano, 2017, p. 43. V. anche N. MATTEUCCI, *La rivoluzione americana: una rivoluzione costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1987.

<sup>199</sup> W. NAUCKE, *Negatives Strafrecht* cit., p. 82.