

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI SALERNO

DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE (SCUOLA DI GIURISPRUDENZA)



DIRITTO PUBBLICO, TEORIA DELLE ISTITUZIONI NAZIONALI ED EUROPEE
E FILOSOFIA GIURIDICA

CURRICULUM IN ETICA E FILOSOFIA POLITICO-GIURIDICA
XIII CICLO

TESI DI DOTTORATO

IL DIRITTO ALLA PROVA DEL NEMICO
INDAGINI SULLA CRISI DELLA DEMOCRAZIA PENALE
A PARTIRE DALL'OPERA DI GÜNTHER JAKOBS

Coordinatore
Ch.mo. Prof. Enzo Maria Marengli

Tutor:
Ch.mo. Prof. Geminello Preterossi

Dottorando:
Dante Valitutti

Anno accademico 2013/2014

INDICE

Considerazioni introduttive.....	p. 5
----------------------------------	------

CAPITOLO PRIMO

IL DIRITTO PENALE DEL NEMICO NELLA PRASSI ORDINAMENTALE: IL LIVELLO DELLA DESCRIZIONE

1. La criminalizzazione in uno stadio precedente la lesione del bene. La questione degli atti preparatori	8
1.1 Su alcuni aspetti della teoria del bene giuridico	8
1.2 Il nemico quale fonte di pericolo (per il bene).....	18
1.3 Le incertezze legate alla figura del tentativo e la necessità di dividere il campo penale in due sottosistemi distinti.....	36
1.4 Le norme (penali) quali regimi di aspettative.....	43
2. Il reato associativo: un caso particolare di diritto penale del nemico? Alcuni problemi di ordine filosofico---giuridico.....	52
2.1 Sulle ambiguità della natura giuridica del reato associativo	52
2.2 Il problema della condotta punibile.....	60
2.3 Reato associativo quale norma appartenente ad un regime giuridico d'eccezione?	66
2.4 Il bene comunità quale oggetto di tutela: possibili implicazioni filosofiche	74
3. I delitti contro la personalità dello Stato tra delitto politico e diritto penale del nemico. Un tentativo di ricostruzione critica	81
3.1 Il legame teorico tra Feindstrafrecht e Gesinnungsstrafrecht: l'area dei delitti al Titolo I Libro II c.p. come diritto penale dell'atteggiamento interiore	81

3.2 Genesi e forma dei reati contro lo Stato persona: un caso particolare del “Politico”	92
3.3 La seditio quale fonte ordogenetica dell’attuale sistema giuridico ex artt 241 e ss. c.p	107
3.4 La continuità del Feindstrafrecht rispetto alla tradizione del delitto politico.....	111

CAPITOLO SECONDO

LE BASI FILOSOFICHE DEL FEINDSTRAFRECHT: IL LIVELLO DELLA PRESCRIZIONE

1. Retribuire o neutralizzare? Il paradigma jakobsiano alla luce delle dottrine della pena	117
1.1 Uno sguardo sulla crisi dell’illuminismo penale: la caduta del principio di proporzionalità.....	117
1.2 Diritto penale classico vs moderno: due paradigmi opposti nello sviluppo teorico della pena.....	125
1.3 Le radici hegeliane del pensiero penale jakobsiano	132
2. Sorvegliare il nemico. Per una analisi biopolitica delle misure di sicurezza.....	146
2.1 Il carattere specialpreventivo delle misure di sicurezza: tra diritto penale del nemico e logica governamentale.....	146
2.2 Misure a carattere amministrativo o penale?.....	153
2.3 Il passaggio alle misure di prevenzione. Da una società disciplinare ad una società di controllo	159
2.4 Per una critica del concetto di devianza	162
3. La teoria della colpa in senso funzionale	166
3.1 La crisi del principio della libertà del volere	166

3.2 Sulla relazione tra colpa (Schuld) e fine (Zweck): la teoria penale del giovane Schmitt e la sua vicinanza alla scuola sistemica	177
3.3 La dignità quale valore costituzionale operante contro il giudizio di colpevolezza in senso funzionale	182

CAPITOLO TERZO

ALLA RICERCA DI POSSIBILI MEDIAZIONI TEORICHE: TRA DESCRIZIONE E PRESCRIZIONE

1. Significato e limiti dell'eccezione penale: il Feindstrafrecht come Ausnahmezustand.....	193
1.1 Eccezione (o emergenza) interna all'ordine?	193
1.2 La crisi del principio di legalità e i suoi effetti sullo stato di eccezione penale	203
1.3 Il Feindstrafrecht come iustitium? Limiti di un paradigma.....	210
2. Il nemico come non persona in diritto: un problema in termini giuridici e filosofici	218
2.1 La persona come soggetto funzionale.....	218
2.2 Jakobs e l'equiparazione della persona al soggetto: linee di continuità rispetto alla tradizione giuridica moderna.....	228
2.3 Il recupero del valore costituzionale del termine persona: tra artificializzazione giuridica e riflessione cristiana.....	237
Conclusioni: Il Feindstrafrecht come modello euristico di comprensione della crisi della democrazia penale	244
Bibliografia consultata	249

Faust:...Chi sei tu dunque?
Mefistofele: Una parte vivente di quella
forza che perpetuamente
pensa il Male e fa il Bene

GOETHE, Faust

Considerazioni introduttive

Diritto penale come difesa del singolo contro lo strapotere dell'apparato sanzionatorio statale, limite della politica criminale e *Magna charta del reo*. Da tali premesse ha preso forma, storicamente, "la narrazione" sul garantismo penale, la quale si è estrinsecata in istituzioni e norme, orientando la dottrina e la giurisprudenza. Tale "narrazione" è stata ed è riconosciuta come una conquista essenziale del pensiero giuridico e politico moderno, la quale ha favorito la "messa in atto", a livello normativo, del piano di valori sottesi alla filosofia dell'illuminismo. Stante questa genealogia, ammessa la centralità dogmatica, nella modernità giuridica, di quello che un alfiere del garantismo come Ferrajoli definisce "diritto penale minimo", ovvero il diritto delle tutele e dei diritti, il diritto della razionalità illuminista, è possibile riconoscere, oggi, l'esistenza di un altro diritto penale, diverso nei contenuti, ma altrettanto centrale nell'esperienza giuridica? Ha titolo e dignità legale cioè un diritto (penale) differente da quello che origina dalla tradizione illuminista e postilluminista? La risposta non potrebbe che essere negativa se si volesse rimanere fedeli ai dogmi dello Stato di diritto: principio di legalità con i suoi corollari, certezza della pena, personalità della responsabilità penale, sono tutti principi che disegnano tra gli altri un diritto ben circoscritto nelle sue garanzie che si pretende unico e senza alternative. In tal senso, però, si è proprio sicuri che, nel campo della legislazione ordinaria, non residuino elementi, istanze, le quali fanno del diritto penale un diritto, per certi aspetti, diverso da quello

proclamato? Sul punto, nella dogmatica penale, è emerso, fin dal 1985, un particolare indirizzo dottrinario facente capo al giurista e filosofo tedesco Günther Jakobs, professore e preside della facoltà di diritto dell'Università di Bonn. L'importanza dell'opera di Jakobs sta forse, come vedremo, proprio nella sua ereticità: attraverso la sua sfida alle ragioni del garantismo, è possibile, infatti, individuare, in alcuni punti del sistema penale, una razionalità giuridica diversa, diversa cioè da quella ordinaria e orientata al contrario in senso polemologico. Se, da Beccaria a Ferrajoli, si era pensato il diritto penale come uno spazio alieno alla logica dello scontro, dell'ostilità, Jakobs (ri)pone al contrario al centro del pensiero e della prassi penale la figura del nemico, che, se nel campo del diritto costituzionale e, soprattutto, internazionale ancora ben resiste, invero nel campo penale si era creduto di aver (quasi) del tutto eliminato. Su tale figura, sulla sua problematicità ontologica, Jakobs disegna così un (sotto)sistema particolare, che definisce *Feindstrafrecht* – diritto penale del nemico – rappresentandolo come uno dei due poli --- l'altro è il *Bürgerstrafrecht*, diritto penale del cittadino – dell'ordinamento penale. Senza voler anticipare ora questioni che saranno affrontate solo nel corso dell'analisi ci permettiamo di aggiungere che lo spirito generale sarà quello di criticare un autore servendosi di esso: è questo infatti ciò che faremo riguardo la produzione teorica jakobsiana, in particolare proprio in riferimento al *Feindstrafrecht* (diritto penale del nemico). E dunque nella prima parte del presente lavoro stabiliremo quali sono questi punti, dell'ordinamento penale, in attrito con la razionalità garantista e convergenti con la teorica sul *Feindstrafrecht*. Analizzeremo pertanto le fattispecie, presenti nel nostro codice, dei reati associativi, e, in unione con questi, dei reati contro la personalità dello Stato. Entrambi si caratterizzano per l'anticipo sistematico della tutela e per la spiritualizzazione del bene giuridico sotteso – il passaggio cioè, nella difesa penale, dalla sfera d'interessi del singolo a quella dello Stato. Solo successivamente, nel secondo capitolo, esamineremo le basi filosofiche del *Feindstrafrecht*, muovendoci cioè a livello della prescrizione, affrontando rispettivamente i concetti di pena e di colpa. In conclusione, tenteremo di agire parallelamente tra il livello della descrizione e quello della prescrizione

cercando di utilizzare il *Feindstrafrecht* quale modello euristico di comprensione della realtà penale attuale, della sua crisi legata al paradigma dell'emergenza e, in particolare, in relazione alla categoria, problematica, di persona/soggetto (di reato).

CAPITOLO PRIMO

Il Diritto penale del nemico nella prassi ordinamentale: il livello della descrizione

SOMMARIO: 1. La criminalizzazione in uno stadio precedente la lesione del bene. La questione degli atti preparatori. 1.1 Su alcuni aspetti della teoria del bene giuridico. 1.2 Il nemico quale fonte di pericolo (per il bene). 1.3 Le incertezze legate alla figura del tentativo e la necessità di dividere il campo penale in due sottosistemi distinti. 1.4 Le norme (penali) quali regimi di aspettative. 2. Il reato associativo: un caso particolare di diritto penale del nemico? Alcuni problemi di ordine filosofico---giuridico. 2.1 Sulle ambiguità della natura giuridica del reato associativo. 2.2 Il problema della condotta punibile. 2.3 Reato associativo quale norma appartenente ad un regime giuridico d'eccezione? 2.4 Il bene comunità quale oggetto di tutela nell'illecito di sistema: sue implicazioni filosofiche. 3. I delitti contro la personalità dello Stato tra delitto politico e diritto penale del nemico. Un tentativo di ricostruzione critica. 3.1 Il legame teorico fra *Feindstrafrecht* e *Gesinnungsstrafrecht*: l'area dei delitti al Titolo I Libro II c.p. come diritto penale dell'atteggiamento interiore. 3.2 Genesi e forma dei reati contro lo Stato persona: un caso particolare del "Politico". 3.3 La *seditio* quale fonte ordogenetica dell'attuale sistema ex artt. 241 e ss c.p. 3.4 La continuità del *Feindstrafrecht* rispetto alla tradizione del delitto politico.

1. La criminalizzazione in uno stadio precedente la lesione del bene. La questione degli atti preparatori

1.1 Su alcuni aspetti della teoria del bene giuridico

Alle origini della riflessione sul *Feindstrafrecht*, oggetto di studio, come ricordato, del presente lavoro, ritroviamo una relazione¹ presentata dallo

¹ G. Jakobs, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, in "ZStW", 1985. In queste pagine farò riferimento alla versione spagnola del seguente saggio, dal titolo

studioso tedesco Günther Jakobs alle giornate dei Professori di diritto penale, evento della penalistica tedesca tenutosi a Francoforte sul Meno nel maggio del 1985. Nel corso dei lavori, si fece largo, davanti alla comunità scientifica del tempo, la tesi circa l'esistenza di uno statuto speciale del diritto penale, rivolto non a cittadini ma a soggetti considerati alla stregua di nemici, cardini di una penalità alternativa. Tale posizione fu immediatamente sottoposta a diverse critiche, anche dure, da parte di tanti: il nemico e l'ostilità erano categorie considerate esclusivamente politiche, segnate da venature ideologiche, dunque non rapportabili alla scienza giuridica che si pretendeva neutra, chiusa nella sua dogmaticità².

Ciononostante il contenuto della relazione suddetta, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung* (La criminalizzazione in uno stadio precedente alla lesione di un bene giuridico) riuscì a sollevare, nonostante i dubbi e le non poche perplessità, diversi interrogativi sullo stato delle cose della scienza penale, aprendo un dibattito che si protrasse a lungo in dottrina. L'importanza di quell'intervento derivò probabilmente dall'aver affrontato questioni scomode, aperte e dibattute dalla penalistica, oggi come allora – il tema dell'imputabilità su tutte --- mostrandone le molte aporie non ancora risolte. Compito di chi scrive, in queste pagine --- le quali aprono un'osservazione filosofico giuridica su diverse questioni, assai complesse, della penalità odierna --- è affrontare le diverse suggestioni teoriche che quella relazione del 1985 sollevò, non solo da un punto di vista giuridico, ma filosofico.

Se per certi versi quindi ambiguo, e per questo contestato, il lavoro sulla *Kriminalisierung* ebbe comunque il merito di gettare una luce nuova su tutta una serie di concetti che si erano in qualche modo cristallizzati nella scienza penale, come quelli di soggetto di reato e di bene giuridico, tentandone una rilettura critica. Proprio in riferimento a quest'ultimo Jakobs, nell'intervento del 1985 e successivamente nel corso dei suoi

Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico, presente in G. Jakobs, *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, UAM Ediciones, Edit, Civitas, 1997, pp. 293-324.

² E. Bagicalupo, *Sui dogmi della dogmatica penale*, in "Dei Delitti e delle Pene", 1983, pp. 245-267.

lavori³, ha sempre assunto posizioni via via contrastanti rispetto alla parte maggioritaria della dottrina ⁴. Una delle questioni affrontate riguarda sostanzialmente quali siano le funzioni del diritto penale in relazione al suo oggetto di tutela: se cioè compito della pena sia quello di proteggere gli interessi della vittima, considerati come l'asse del sistema, o, come sostiene Jakobs, poter riconoscere nella *regolare vigenza della norma* l'obiettivo principale della leva penale. Sul punto, infatti, il giuspenalista di Bonn così argomenta: "il compito del diritto penale non può essere visto nell'impedire la lesione di beni giuridici. Suo compito è invece la conferma della validità della norma, dove validità è da equipararsi a riconoscimento"⁵. È evidente come già solo questo segni una svolta radicale: scendendo sul piano della prassi, infatti, secondo la dottrina jakobsiana, in riferimento, ad esempio, al caso di omicidio, la lesione portata al corpo della vittima non viene più ritenuta quale elemento principale per la configurazione del reato: con l'omicidio non si tutelerebbe infatti un oggetto specifico, come può essere quello dell'integrità della vita di Tizio o di Caio, ma il divieto generico di uccidere – ovvero la vigenza della norma. Quello che caratterizza il fatto (nel reato di omicidio) dunque sarà la messa in crisi non del bene (il corpo quale depositario del diritto alla vita) ma della vigenza della norma. Anche in relazione ad ipotesi meno invasive rispetto alla tutela della vita, come in caso di furto, per Jakobs, il diritto penale agisce "senza tenere in conto il suo titolare (...) principalmente per l'orientamento della tutela con riguardo alla proprietà nel contesto sociale"⁶.

³ Cfr. G. Jakobs, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurchnungslehre*, Berlin-- New York, De Gruyter, 1991.

⁴ Su tutti W. Hassemer, *Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e diritto naturale. Aspetti giuridici*, in "Dei Delitti e delle Pene", 1984, pp. 105 e ss.

⁵ Il passo seguente è riportato in A. Baratta, *Integrazione---prevenzione. Una nuova fondazione della pena all'interno della teoria sistemica*, in "Dei Delitti e delle Pene", 1984, p. 14.

⁶ Un'interpretazione analoga del furto è presente in Kant, per il quale "colui che ruba rende incerta la proprietà di tutti gli altri; egli priva dunque se stesso (secondo il diritto del taglione) della sicurezza di ogni proprietà possibile. Egli non ha nulla e nemmeno può acquistare nulla; eppure vuol vivere, il che non è altrimenti possibile che nella misura in cui gli altri lo mantengano". Cfr. I. Kant, *La metafisica dei costumi*, in G. Vidari (a cura di) Roma--Bari, Laterza, 2009, p. 166. Ma, andando oltre Kant, nel corso dell'intero pensiero penale moderno sovente si è considerato l'oggetto della tutela non il singolo diritto

Quello che emerge allora --- mettendosi in evidenza all'occhio dell'operatore e dell'interprete --- non è tanto la proprietà del singolo, ma il significato sociale della proprietà stessa. Dunque qualsiasi fatto, evento, che si realizzi nella dimensione penale, non può definirsi tale per essere una lesione di beni determinati: il fatto trova rilevanza penale perché lede la giuridicità nel suo complesso, per cui la pena rappresenta non una misura a carattere retributivo per un fatto ingiusto ma lo stadio finale di un processo di (ri)stabilizzazione normativa della società. In tale prospettiva, "la pena non è retribuzione di un male con un male, né dissuasione, cioè prevenzione negativa. La sua funzione primaria è invece la prevenzione positiva. La pena è prevenzione---integrazione nel senso che la sua funzione primaria è l'esercitare il riconoscimento delle norme e la fedeltà nei confronti del diritto da parte dei consociati"⁷.

Discuteremo più in avanti, approfonditamente, del concetto di pena, così come esso viene sviluppato nella prestazione teorica jakobsiana e in certa dogmatica penale a noi coeva, tentandone altresì una lettura metagiuridica; c'è da dire, comunque, che questa tendenza, definita da Eser come la manifestazione di una spiritualizzazione del concetto di *Unrecht* (illecito) in base alla quale "partendo da una lesione individuale" si arriva "ad una lesione istituzionale"⁸ non riguarda solo Jakobs ma investe parte della dottrina penale di area tedesca e continentale degli ultimi anni. In questa si è formata una concezione particolare, in margine alla teoria del reato,

soggettivo, ma il complesso di valori generali sottesi alla norma. Si veda in questo la categoria di "danno mediato" di genesi carrariana, la quale iscrive tra le funzioni della pena quella di ri---stabilire la fiducia nei consociati nella validità del precetto violato. Cfr. G. De Francesco, *Funzioni della pena e limiti della coercizione: caratteri ed eredità del classicismo penale*, in "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", 2007, pp. 611 e ss.

⁷ G. Jakobs, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurchnungslehre*, cit., p. 6 ss. Si veda anche A. Baratta, *Integrazione---prevenzione. Una nuova fondazione della pena all'interno della teoria sistemica*, cit., p. 7.

⁸ A. Eser, *Bene giuridico e Vittima del reato*, in "Rivista italiana diritto procedura penale", 1997, pp. 1061---1084. L'autore sottolinea (p. 1073) come tale spiritualizzazione del bene giuridico, in un'entità astratta indipendente dagli interessi lesi della vittima, derivi dall'influenza esercitata dalla scuola hegeliana: "Non sorprende che questa tendenza alla spiritualizzazione comunque non possa essere contenuta da una teoria giuridica, che a sua volta è stata fundamentalmente generata dall'impulso al generale e all'astratto. Dall'epoca della genesi dell'idea del bene giuridico nel diciannovesimo secolo ciò vale soprattutto per la teoria del diritto e del reato che si riallaccia ad Hegel".

secondo la quale “col considerare la vita o la proprietà della vittima concreta soltanto come oggetto della condotta, e nell’interpretare invece il bene giuridico vita o proprietà come mera figura avulsa dal soggetto leso in concreto ed istituzionalizzata, il bene giuridico non è più niente che possa trovare corrispondenza nell’individuo”⁹ : tale, infatti (il bene giuridico) diviene principio di carattere superindividuale, ponendosi fuori dall’orbita del soggetto. Questo ovviamente cambia radicalmente il modo di intendere il sistema penale – non a caso si parla di *amministrativizzazione del paradigma sanzionatorio*. Non più sistema delle garanzie individuali, quindi, esso è rappresentato quale modello di difesa sociale nel quale “ciò che conta, nella valutazione negativa del comportamento delittuoso e nella ascrizione di responsabilità penale ad un soggetto, non è tanto la cosciente e volontaria produzione di un evento lesivo di determinati beni o interessi degni di tutela, bensì il grado di intollerabilità funzionale della espressione simbolica di infedeltà nei confronti dei valori sanciti dall’ordinamento”¹⁰. Se la formula può apparire oscura – addirittura incomprensibile all’occhio del giurista più legato alla tradizione liberale –, il significato che vuole intendersi con essa appare relativamente chiaro: realizzando una condotta illecita quello che conta non è l’offesa al bene giuridico – considerato dimorante nella sfera degli interessi del singolo – ma la messa in discussione, che esplica il grado di intollerabilità funzionale, dei principi generali dell’ordinamento. Ciò determina un trasferimento dell’oggetto della tutela penale, che dagli interessi di soggetti giuridici, di vittime potenziali, vira verso complessi funzionali, così che “Anziché beni giuridici, il diritto penale protegge funzioni”¹¹.

⁹ A. Eser, *Bene giuridico e Vittima del reato*, cit., pp. 1073 e ss.

¹⁰ G. Jakobs, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zuruchnungslehre*, cit., p. 385, 394 ss.. Cfr. anche A. Baratta, *Integrazione---prevenzione. Una nuova fondazione della pena all’interno della teoria sistemica*, cit., p. 7.

¹¹ Sulla funzionalizzazione del diritto penale, sul suo passaggio dall’essere strumento di tutela di diritti soggettivi individuali a difesa di beni giuridici generali cfr. A. Eser, *Bene giuridico e Vittima del reato*, cit., ma anche G. De Francesco, *Funzioni della pena e limiti della coercizione: caratteri ed eredità del classicismo penale*, cit., pp. 611 e ss. Scrive sul punto De Francesco (pp. 615---616): “Il significato più profondo di tale evoluzione non si esauriva, peraltro, nella sola estensione sul piano quantitativo dell’ambito della tutela; insieme a questa, si andava delineando un differente approccio sul piano qualitativo al modo di

In questa direzione, come accennato, non solo Jakobs, ma diversi giuristi – tra i quali K. Amelung --- muovono verso una riconsiderazione del concetto di bene giuridico partendo da una prospettiva sistemica e funzionalistica. Per Amelung ad esempio “dannoso socialmente” è quel “fenomeno disfunzionale che impedisce o frappone ostacoli a che il sistema sociale risolva i problemi della sua conservazione”¹². È evidente, come sottolinea anche Fiandaca¹³, che l’interesse principale di teorie del bene come quelle di Amelung e di Jakobs, sia quello di (ri)fondare socialmente l’oggetto della tutela penale. “La reazione punitiva”, lungo tale direzione, avrà come missione principale non la difesa di interessi lesi ma “quella di ristabilire la fiducia e di riparare o prevenire gli effetti negativi che la violazione di norme produce per la stabilità del sistema e l’integrazione sociale”¹⁴. Come inquadrare allora una tale impostazione, presente nella scienza penale degli ultimi anni – ma che in realtà riprende questioni già dibattute fin dall’ottocento --- e comune a Jakobs, ad Amelung ed a altri? Sicuramente non secondo lo schema – classico in dottrina e legato alla tradizione illuminista e post---illuminista -- della *retribuzione*: per Baratta, infatti, “possiamo raccogliere le concezioni di questi autori sotto l’etichetta di teoria della

concepire la lesione dell’interesse protetto. Una volta allentato il legame con il modello del diritto soggettivo, si apriva la strada, invero, ad una considerazione del senso della tutela penale destinata a svilupparsi in una più vasta dimensione prospettica. Il bene da preservare mediante la pena godeva di tale qualifica – anche laddove coinciso con quello posto alla base di un diritto soggettivo – in virtù della sua capacità di tradursi in un valore di portata e significato non più esclusivamente individuali; un valore, in altri termini, che di fronte ad una configurazione dei rapporti sociali non più riducibile all’utopia illuministica di un’unione elementare intesa come somma di singoli individui, potesse venire, questa volta, vissuto e percepito in una dimensione collegata al livello più ampio e generale della salvaguardia dell’intera comunità. Il diritto penale, insomma, richiedeva sempre più un tipo di valutazione in ordine ai suoi fondamenti che potesse parlare al corpo sociale nel suo complesso, e di conseguenza una visione dello stesso ordinamento statale come entità funzionale al rispetto di un fascio di interessi in cui il momento individualistico del bene offeso potesse coniugarsi al profilo socio---politico dei suoi riverberi sulle esigenze della collettività”.

¹² K. Amelung, *Rechtsguterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt a.M, Athenaum, 1972, p. 361.

¹³ Cfr. G. Fiandaca, *Il “Bene giuridico” come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in “Rivista italiana diritto procedura penale”, 1982, pp. 42 e ss. L’autore nota (p. 60): “Forse il principale merito di Amelung consiste nel lamentare che le teorie del bene giuridico solitamente mancano di una solida base di teoria sociale: da qui una certa genericità e approssimazione nell’approccio del giurista al concetto di dannosità sociale”. ¹⁴ A. Baratta, *Integrazione---prevenzione. Una nuova fondazione della pena all’interno della teoria sistemica*, cit., p. 7.

prevenzione---integrazione o della prevenzione positiva e vedere in essa una nuova maniera di fondare il sistema penale”¹⁵. Seguendo questa ipotesi di discorso, allora, l’oggetto della tutela perde qualsiasi colorazione individuale, divenendo espressione di una funzione sociale. Invero, ad un’attenta analisi, questa non rappresenta, come detto, una novità assoluta nella vicenda teorica del bene giuridico¹⁶. Nel gettare un fugace sguardo sull’origine del termine *bene giuridico* osservandolo nella sua traiettoria storica e dottrina, si può riconoscere, infatti, già agli inizi dell’800, un tentativo di funzionalizzazione – rectius socializzazione --- della tutela penale.

Ricordiamo solo come nasce il concetto di bene giuridico: problema teorico affrontato inizialmente anche da Beccaria, il suo sviluppo completo, nella dottrina penale moderna, si deve ad un giurista tedesco, Birnbaum¹⁷ il quale, ai primi del XIX secolo, si trovò, da posizioni protoromantiche, a criticare la categoria di diritto soggettivo, parto dell’illuminismo giuridico, ritenendola inadatta a designare in maniera esclusiva l’oggetto della tutela penale. Per Birnbaum occorreva, infatti, un termine che esprimesse meglio quella carica di materialità, di concretezza, che l’astratta formula di diritto soggettivo non offriva. Emerse quindi il concetto di bene giuridico che, sviluppato inizialmente dalla dogmatica liberale, fu considerato da Liszt in poi, come quel particolare tipo di bisogno sociale meritevole di difesa da parte dell’ordinamento. L’istituzionalizzazione di tale bisogno prescindeva dalle considerazioni e dalla volontà del legislatore: si trattava, secondo la dottrina del tempo, di un elemento pre---giuridico, sociale. Dietro tale prospettiva si celava il desiderio di protezione di particolari *interessi* umani privi di qualificazione normativa. L’obiettivo era quello di avvicinare

¹⁵ Ivi, p. 5.

¹⁶ Sul concetto di bene giuridico la bibliografia è sterminata. Per una attenta lettura, del concetto, soprattutto nelle sue diverse derivazioni ideologiche e filosofiche, cfr. F. Stella, *La teoria del Bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi rispetto al tipo*, in “Rivista italiana diritto procedura penale”, 1973, pp. 3 e ss.

¹⁷ Ma nel delineare il concetto di bene giuridico altrettanto importanti furono Binding e von Liszt.

quanto più possibile le esigenze sociali dei singoli, ma anche dei corpi intermedi, alla realtà giuridica.

Il cambio di paradigma dunque – da diritto soggettivo a bene giuridico – comportò “una dilatazione dell’ambito della tutela al di là delle persone e delle cose. Tale dilatazione doveva essere conseguita non con una limitazione della sfera di tutela ai diritti soggettivi, ma con l’inclusione in essa di beni comuni, quali i principi religiosi e morali della collettività”¹⁸. Ciò ebbe --- ed ha tuttora --- un significato fondamentale: pur nascendo nell’ambito del liberalismo, il concetto di bene giuridico non si è caratterizzato solo in chiave liberale; nel corso della sua trattazione dogmatica esso, infatti, è stato oggetto di continui ripensamenti, (ri)concettualizzazioni, alcune abbandonate, altre considerate universalmente valide. Sicuramente esso rimane un termine afferrabile partendo da un’ipotesi di pensiero liberale --- come quella di Roxin, maestro indiscusso della scienza giuridica tedesca, il quale spiega come “la missione del diritto penale sta nell’assicurare ai suoi cittadini una convivenza libera e pacifica, garantendo tutti i diritti costituzionalmente garantiti”, tanto che “se questa missione è denominata, in maniera sintetica, protezione dei beni giuridici, per beni giuridici si intendono tutte quelle circostanze e finalità che sono necessarie per il libero sviluppo dell’individuo, la realizzazione dei suoi diritti fondamentali e il funzionamento del sistema statale”¹⁹. Se guardiamo a Roxin, dunque, si opera affinché il diritto penale non vada oltre la sfera d’interessi del singolo: in tal senso il bene giuridico è l’argine della politica criminale; c’è da dire, però, che la concezione roxiniana, come altre poste su posizioni analoghe nella dottrina, non ha monopolizzato di certo il campo. Quello di bene giuridico, infatti, è un termine polisemico, che non esaurisce la sua carica concettuale nella prospettiva esclusiva del

¹⁸ A. Eser, *Bene giuridico e Vittima del reato*, cit., p. 1069. Qui l’autore cita direttamente Birnbaum, sottolineando come “con la possibilità di sanzionare condotte, che in primo luogo sono moralmente illecite o che violano soltanto le norme ordinamentali dello Stato, si è tuttavia aperta una breccia anche nella distinzione kantiana tra diritto e morale”.

¹⁹ C. Roxin, *El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen*, in “Revista Electronica de Ciencia penal y Criminología”, 2013, pp. 1--27. La critica che ivi Roxin muove alla teoria del bene jakobsiana è quella di essere troppo “normativistica”, incurante degli interessi di tutela del singolo.

liberalismo politico e giuridico. Si può anzi dire, come affermano due autorevoli penalisti italiani quali Fiandaca e Musco, che “la tormentata e complessa vicenda della teoria del bene giuridico risulta contrassegnata, storicamente, dall’oscillazione tra orientamenti che ne privilegiano ora la funzione dogmatica e sistematica in rapporto ad un determinato orientamento positivo ora la funzione politico---criminale”²⁰.

Se un giurista come Roxin s’inserisce per sua parte nella corrente dottrina d’indirizzo liberale, altri vi si oppongono così come mostra il tentativo di Jakobs di rifondare la teoria del bene in un’ottica sistemica, considerando la dottrina (liberale) tradizionale incapace, nel suo astratto formalismo, di indicare quale sia la reale funzione del diritto (penale), che non sarebbe --- secondo i teorici della scuola sistemica --- difesa di beni ma di valori²¹.

Sia chiaro: le critiche al formalismo e all’individualismo liberali non sono certo una novità assoluta nella storia del pensiero penale e neanche possono essere ascritte al solo Jakobs; nel corso del ‘900, infatti, diverse sono state le scuole di diritto che svilupparono teorie penalistiche di tipo antiliberali. In Germania si conobbe ad esempio l’affermazione della scuola di Kiel²², la quale, oggetto oramai di damnatio memoriae perché vicina al regime nazionalsocialista, imputò al liberalismo dell’epoca di proporre un’idea, un’immagine del diritto troppo individualistica, neutrale, incurante del fatto che, secondo una prospettiva propulsiva e non statica del diritto penale, scopo di questo sarebbe non la tutela di generici quanto egoistici interessi umani ma al contrario contribuire a che, attraverso lo strumento

²⁰ G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto Penale. Parte generale*, Bologna, Zanichelli, 2004, p. 9.

²¹ È interessante notare, in riferimento alla teoria funzionalistica del bene, il parallelo – quantomeno a livello epistemologico --- con la “*Tirannia dei valori*” schmittiana: considerare l’oggetto della tutela penale in un’ottica funzionale, sistemica, significa infatti privilegiarne l’assetto assiologico, e al tempo polemologico, così che i valori vengono (im)posti attraverso lo scudo delle norme penali. Schmitt scrive: “L’espressione punto di attacco svela la potenziale aggressività immanente a ogni posizione di valori. Espressioni come punto di osservazione o punto di vista sono fuorvianti e danno l’impressione di un relativismo, relazionismo e prospettivismo illimitati, (...). Ma non appena si è consapevoli del fatto che qui sono in gioco anche punti di attacco, le illusioni neutralistiche cadono”. Cfr. C. Schmitt, *La tirannia dei valori*, Milano, Adelphi, 2007.

²² Cfr. G. Dahm, *Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft*, in “ZStW”, 1938.

sanzionatorio, si evitasse qualsiasi violazione del *dovere di fedeltà* nei confronti dello Stato etico. Dunque, i beni di volta in volta difesi non sono né possono essere quelli del singolo ma quelli rappresentanti i cosiddetti *valori popolari*, quali il carattere nazionale, la razza, l'ordine politico²³. Al centro della riflessione non vi potrà poi mai essere la persona: se essa esiste giuridicamente ed è tutelata è perché fa parte di un popolo considerato come unità organica²⁴.

Ma, parlare della scuola di Kiel oggi, della sua eredità culturale, ha ancora un senso per comprendere le dinamiche del diritto penale? Invero, discutere di essa significa segnalarne l'influenza, soprattutto implicita, sul pensiero penale contemporaneo; come si vedrà, nei fatti, anche da giuristi chiaramente lontani da posizioni di principio antiliberali, si pensò e si è pensato, non senza compromessi, al reato non come ad un fatto lesivo di beni individuali, della persona, ma come ad una fonte di pericolo per la società, per cui: "non si deve dire: il reato è sempre un fatto dannoso o pericoloso; ma bisogna dire: il reato è sempre un fatto che il legislatore reputa nocivo per la conservazione o per lo sviluppo della comunità sociale"²⁵.

Facendo riferimento alla prestazione teorica jakobsiana, già nei suoi inizi intorno alla riflessione sul *Feindstrafrecht*, ciò che si nota è proprio l'obiettivo di interpretare il diritto penale secondo una direzione funzionalistico/sistemica, interpretazione che pur evocando modelli passati --- come quelli proposti, appunto, dalla scuola di Kiel --- poggia in realtà su altre basi: una rilettura attenta di Luhmann e soprattutto della tradizione di pensiero hegeliana. Si osserverà, infatti, come il funzionalismo di Jakobs

²³ Cfr. G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto Penale. Parte generale*, cit., pp. 10 e ss.

²⁴ Vedremo come, nella concezione funzionale, la persona rappresenti unicamente una costruzione normativa, un sottosistema psicofisico, senza tenere in conto le esigenze del singolo individuo, sotteso alla persona stessa.

²⁵ F. Stella, *La Teoria del Bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi rispetto al Tipo*, cit., pp. 3 e ss. Ed è qui che viene riportato il seguente passo dell'Antolisei (F. Antolisei, *Il reato come offesa di un bene giuridico*), secondo il quale esisterebbe una sovrapposizione tra bene giuridico e scopo della norma (che Stella invece critica).

possa essere definito come un tipo di *funzionalismo neohegeliano*²⁶: in tal senso centrale è, nella riflessione del giurista di Bonn, la ripresa del valore della pena come funzione di ri---stabilizzazione sociale e normativa a seguito della lesione impressa dal (fatto di) reato: da ciò (ri)emerge il concetto --- di matrice hegeliana – della pena come *negazione della negazione*.

Questo ovviamente ha determinato delle prese di posizione contrarie: una critica che viene mossa al giuspenalista tedesco è quella di “voler sporcare il diritto con la politica”²⁷ privilegiando “un’inclusione del singolo nell’ordine per una sorta di idem sentire valoriale”²⁸: il sistema giuridico penale di Jakobs si presenterebbe in realtà come una dottrina di carattere etico, un *olismo organicista*, il quale “àltera profondamente la dialettica moderna fra individuo e Stato”²⁹ favorendo il secondo, nell’interpretazione, a discapito del primo – non più lo Stato come funzione garante dell’individuo ma l’individuo come parte dello Stato da cui trae legittimità politico---sociale e giuridica.

Ci sia permesso aggiungere che, se alcune di queste interpretazioni possono considerarsi in qualche modo condivisibili, in Jakobs l’analisi parte sempre da una ricognizione particolare degli istituti di diritto positivo, da cui poi si trae fondamento per una (ri)lettura critica dell’intero sistema. Ma, avanziamo con ordine.

1.2 Il nemico quale fonte di pericolo (per il bene)

In riferimento al problema della criminalizzazione in uno stadio precedente alla lesione del bene, tema intorno cui si sviluppa la relazione jakobsiana del '85 --- e qui oggetto di discussione --- viene individuato subito un primo bersaglio polemico: tale è rappresentato dalla categoria di

²⁶ Cfr. sul concetto di pena in Hegel, S. Moccia, *Contributo ad uno studio sulla teoria penale di G. W. F. Hegel*, in “Rivista italiana diritto procedura penale”, 1984, pp. 136 ess.

²⁷ C. Galli, *Delitto e politica: profili teorici e politici del loro rapporto*, in A. Gamberini---R. Orlandi (a cura di) *Delitto politico e diritto penale del nemico. Nuovo Revisionismo penale*, Bologna, Monduzzi, 2007, p. 56.

²⁸ Ivi, p. 58.

²⁹ *Ibidem*.

consumazione (del reato), verso la quale Jakobs mostra una certa insoddisfazione per come è stata oggetto di elaborazione dalla dottrina. Il concetto di “consumazione” è giudicato, infatti, eccessivamente formale, indeterminato, al punto da pregiudicare qualsiasi definizione, in senso esatto, del significato e dei limiti di qualsiasi stadio, momento, precedente alla lesione (del bene). Cos’è, infatti, e quando c’è consumazione del reato? Nella dottrina italiana più antica si stabilì come *il momento consumativo*, il momento cioè nel quale si perfeziona --- secondo il legislatore --- il reato, è contrassegnato, per ogni bene o interesse, sia in riferimento alla natura e ai caratteri propri del bene (oggetto di tutela dalla norma), sia in ragione del mezzo o della modalità attraverso cui si può determinarne la lesione³⁰.

Più di recente si è stabilito che esiste consumazione quando vi è “la compiuta realizzazione di tutti gli elementi costitutivi di una fattispecie criminosa”, in virtù di questo “si è in presenza di un reato consumato tutte le volte in cui il fatto concreto corrisponde interamente al modello legale”³¹. Proprio qui, però, seguendo l’analisi jakobsiana, nascono alcuni problemi d’ordine interpretativo: a cosa ci si riferisce quando si parla di compiuta realizzazione? E’ necessario inoltre che siano presenti tutti gli elementi costitutivi di una fattispecie? E’ poi tanto importante che vi sia l’offesa ad un bene specifico?

Per il giuspenalista di Bonn esiste un equivoco, generato in parte dalla vaghezza del concetto di reato consumato, il quale crea non pochi dubbi, rispetto ai termini della discussione. Si è sempre ritenuto, e Jakobs lo

³⁰ “Parte della dottrina”, scrivono Fiandaca e Musco, “distingue tra perfezione e consumazione: mentre il primo concetto alluderebbe alla verifica di tutti i requisiti richiesti dalla singola fattispecie legale, il secondo esprimerebbe l’idea che un reato già perfetto ha raggiunto la sua massima gravità concreta(...). Senonchè, nella sua pretesa differenziazione dei due predetti concetti si annida un equivoco: si confonde cioè il profilo dell’integrazione della fattispecie con quello della valutazione della gravità dell’offesa, giudizio quest’ultimo rilevante in sede di dosimetria della pena ex art. 133”. Cfr. G. Fiandaca--E. Musco, *Diritto Penale. Parte generale*, cit., p. 415. Si veda anche, sullo stesso argomento, V. Patalano, *Significato e limiti della dottrina del reato di pericolo*, Napoli, Jovene, 1975.

³¹ G. Fiandaca--E. Musco, *Diritto Penale. Parte generale*, cit., p. 415.

ricorda bene³², che la delimitazione del tentativo punibile e in generale il contenimento dell'incriminazione degli atti preparatori, fosse – e sia --- un principio cardine dello Stato di diritto, per cui di rado si poteva divenire oggetto di imputazione in base solo a ragionamenti di carattere ipotetico, senza prove, basati non sul fatto certo ma su quello presunto, che potrebbe realizzarsi ma che non si è ancora realizzato. Sicuramente, una eccessiva tendenza alla anticipazione della condotta punibile, ai fini della repressione, comporta *una soggettivazione* delle figure di reato: si è perseguiti quasi solo per ciò che si è e non per ciò che si fa. Allo stesso modo però, non si può negare che gli argomenti a favore dell'anticipazione, ossia la possibilità da parte dello Stato di intervenire in un momento precedente a quello finale dove la condotta delittuosa si realizza in tutta la sua forza ed efficacia, siano altrettanto forti. Jakobs evidenzia alcuni di tali motivi, osservando come, sovente nella prassi, e dunque rimanendo lontani dai principi generali, ci si muova anticipando il concetto di consumazione (del reato) – e dunque tradendone di fatto il significato originario --- per concedere alle forze di polizia l'opportunità di intervenire meglio, prontamente, prevenendo tutti quegli effetti dovuti al riverberare della condotta delittuosa: qui dunque la dimensione garantista del diritto sembra fare largo a quella repressiva e securitaria.

Esistono, infatti, – e la storia del nostro ordinamento è lì a testimoniare --- tutta una serie di ragioni per le quali non solo è legittimo ma è necessario adottare uno schema di intervento anticipato: i delitti relativi al traffico di stupefacenti, e soprattutto quelli riguardanti la sicurezza dello Stato appaiono in tal guisa come un caso paradigmatico. Ma, ciò che, secondo il giuspenalista tedesco, realmente conduce a un'anticipazione della soglia di punibilità --- muovendo con questo al punto centrale della discussione --- non è tanto “se gli atti parzialmente realizzati sono tali da esteriorizzare l'intenzione criminosa” ³³ verso particolari beni/interessi giuridici,

³² G. Jakobs, *Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*, cit., pp. 294 e ss.

³³ G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto Penale. Parte generale*, cit., p. 417.

appartenenti alla sfera del singolo, ma l'esigenza, *nell'anticipazione della condotta punibile*, di garantire *la vigenza della norma* e con essa la validità generale dell'ordinamento.

Siamo dunque tornati al sintagma iniziale, quello di bene giuridico: perché insistere tanto sull'importanza dell'anticipazione (della soglia di punibilità) in relazione ad esso? Ciò può essere compreso se si pone attenzione al modo in cui è sviluppata, da Jakobs, la relazione bene giuridico/autore (del reato). Nel corso dello studio sulle varie fasi della criminalizzazione in uno stadio precedente alla lesione del bene viene, infatti, sviluppato un particolare profilo inerente la figura dell'autore: a quest'ultimo Jakobs dà una caratterizzazione *originale* rispetto alla trattazione che ne offre la dogmatica classica. Chiariamo meglio: nel ragionamento jakobsiano si parte dall'oggetto della tutela, ovvero il bene giuridico --- considerato in una dimensione superindividuale, funzionale --- e, in rapporto a questo, s'individua l'autore del reato – o meglio *un tipo particolare di autore* – protagonista dell'offesa, il quale viene descritto come una *minaccia vivente* all'integrità del bene giuridico³⁴: esso è in grado cioè, per l'ordinamento, di rappresentare, *anche solo con la propria presenza*, un pericolo per il bene. In questo modo, Jakobs, riprenderebbe l'annosa questione della disputa tra i modelli di diritto penale del fatto e diritto penale dell'autore svolgendo l'analisi prevalentemente a favore del secondo.

Quello che rileva, infatti, più che l'oggetto (il bene) – da cui pure non si può prescindere nell'analisi --- è il soggetto della condotta (l'autore). Si è lontani dall'ipotesi, prevalente in dottrina, per cui il reato si realizza solamente nel momento della lesione o della effettiva messa in pericolo del bene? Di fatto quella jakobsiana più che una scienza del diritto sembra apparire come una *proposta di politica criminale* ³⁵ . Vediamo di approfondire i termini della questione. Se un (tipo di) autore rappresenta

³⁴ G. Jakobs, *Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*, cit., p.295.

³⁵ La critica è di M. Cancio Melià, *Feind "strafrecht"?*, in "ZStW", 2005, pp. 267-289.

un pericolo, nel senso che lo incarna – pensiamo alla figura del terrorista³⁶, in questo senso figura paradigmatica ---, ciò comporta che esso non si troverà mai ad avere una dimensione privata nel corso della sua esistenza: nessun lato, nessun aspetto della sua vita, sarà considerato irrilevante per lo Stato, ed ogni sua condotta, posta in essere in qualunque momento, acquisterà un significato di natura penale. Tutto ciò equivale a fare del reo non un individuo che per scelta, opportunità o costrizione si trova a commettere un delitto, per cui solo e nell'istante in cui lo compie va perseguito, ma un nemico – un *nemico del bene* --- e come tale *fonte di un pericolo*³⁷ per cui va combattuto, oltre ogni ragionevole dubbio e in ogni circostanza. Non esiste con esso alcuna possibilità di tregua: esso – *il nemico del bene* --- non è mai una persona ma è sempre una fonte di pericolo! Scrive Jakobs, assumendo questo come principio generale della sua analisi: “Quanto più intensamente si ottimizza la protezione di beni giuridici tanto più si definisce l'autore (del

³⁶ Parlando del terrorista né emerge tutto il profilo problematico: chi è costui dal punto di vista del diritto penale? Innanzitutto, se volessimo tracciarne una serie di caratteri, che lo connotano, tali potrebbero essere, riassuntivamente, così definiti: a) l'asimmetria del conflitto; b) il target; c) l'organizzazione cellulare---rizomatica; d) il simbolismo. È evidente come, da questi stessi caratteri, emerga un profilo assai diverso da quello del criminale comune. Scrive Maria Novella Campagnoli: “*L'asimmetria del conflitto* è la caratteristica che connota e accomuna tutte le forme di terrorismo e che – unitamente alla tipologia degli obiettivi (civili e non---militari) – consente di distinguere queste ultime da tutte le altre espressioni di violenza politica. Il terrorismo, difatti, è una forma di conflitto che coinvolge due o più contendenti tra i quali sussiste un sensibile sbilanciamento non solo di tipo quantitativo, vale a dire di forze militari, economiche e tecnologiche, ma anche di tipo qualitativo, ossia di *status*. La parte tecnicamente svantaggiata, infatti, si trova anche in una posizione politica di estrema inferiorità, in quanto è costituita da un esiguo numero di persone facente parte di un'organizzazione non---statale, (trans--- o sub---nazionale) che si contrappongono ad un nemico ben più potente, rappresentato dal regime politico di uno o più Stati. In tal senso, il terrorismo può anche essere definito come un particolare strumento offensivo che la parte più debole rivolge contro quella più forte, l'unico strumento in grado di azzerare lo squilibrio fra le forze in campo dal momento che, oltre ad essere incredibilmente efficace, è anche straordinariamente economico”. Centrale appare inoltre, nell'analisi, l'elemento del simbolismo: “Il simbolismo è senza dubbio una caratteristica fondamentale del terrorismo *tout court*. Questo aspetto è proprio di tutte le forme di terrorismo (si pensi alle Brigate Rosse, all'IRA, all'ETA...) per un semplice motivo: da un lato, perché si avverte sempre la necessità di sottolineare (con simboli di ogni genere) il forte vincolo di appartenenza che lega gli aderenti all'organizzazione e, da un altro lato, perché alla base di qualunque tipo di azione terroristica v'è il desiderio che la stessa venga avvertita come un gesto esemplare”. Cfr. M. N. Campagnoli, *Al di là dei confini, al di qua delle mura: il terrorismo suicida*, in “Teoria del Diritto e dello Stato”, 3, 2011, pp. 319 e ss.

³⁷ G. Jakobs, *Criminilización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*, cit., p.295.

reato) come nemico, privo di un ambito interno”³⁸. Sul punto è d’obbligo immediatamente segnalare l’assoluta lontananza da posizioni, come quella di Bricola, che, nel quadro dei valori costituzionali, e ispirando largamente la dottrina italiana, sostengono – al contrario di Jakobs --- che l’azione penale debba valere solo come *extrema ratio*: “La definizione da noi accolta del reato da un punto di vista sostanziale (come fatto lesivo di un valore costituzionalmente rilevante la cui significatività è elemento condizionante la misura astratta della pena criminale) introduce per il legislatore penale un margine di vincolo in sede di formazione della norma. In forza di esso, il legislatore, oltre a non poter incriminare fatti che si concretano nell’esercizio di un diritto costituzionale, salvo che per la tutela di un bene avente un superiore peso costituzionale ovvero di un bene che funge da limite previsto dalla norma costituzionale rispetto all’esercizio del predetto diritto, non può adottare la sanzione penale per fatti lesivi di valori che, senza essere antitetici alla Costituzione, non trovano in essa alcun riconoscimento esplicito o implicito”³⁹. Nell’anticipo della tutela dunque, occorrerebbe ponderare bene senza incorrere in incriminazioni illegittime perché sproporzionate – dal punto di vista dei valori, dei diritti sottesi al piano legale---costituzionale. È quindi importante capire quando l’azione incriminata sia effettivamente lesiva di quei valori costituzionali prima richiamati: “Il limite che vincola il legislatore in fase di formazione della norma penale non attiene esclusivamente alla scelta della qualificazione di illiceità penale, bensì anche alla graduazione della sanzione penale: è l’aspetto implicito nell’accenno alla significatività della lesione”⁴⁰.

Tornando a Jakobs, tuttavia, egli afferma, non senza reticenze, di essere costretto a prendere atto di una (scomoda) verità. Il suo si presenterebbe

³⁸ Ivi, p. 323.

³⁹ F. Bricola, *Teoria generale del reato. Estratto dal Novissimo Digesto Italiano*, Torino, Utet, 1973, p. 17.

⁴⁰ Ivi, p. 18. Secondo l’autore: “Le cadenze del ragionamento che sta alla base di ciò sono molto lineari: se è vero che la libertà personale ha un valore preminente nella Costituzione italiana, e che ogni restrizione della medesima anche a seguito di sanzione penale può avvenire soltanto per bilanciare la lesione di un valore costituzionalmente significativo, ne consegue logicamente che la restrizione della libertà personale potrà adottarsi in misura crescente secondo la stessa importanza del bene costituzionale offeso”.

come un intervento *descrittivo e non prescrittivo*⁴¹. Su questo però nutriamo dei dubbi. È fin troppo evidente che, quando si parla di *autore del reato come nemico del bene, come fonte di un pericolo*, ci si muova lungo un *asse normativo*: da qui i principi della tradizione liberale costituzionale e garantista sono completamente messi in discussione. Uno tra questi, appartenente alla tradizione giuridico--penale di matrice illuminista, che più viene delegittimato, a contatto con la riflessione jakobsiana, è senza dubbio il *principio della proporzionalità*. Cosa ci dice tale principio? Che vi deve essere innanzitutto equilibrio, tra delitti e pene, per cui esiste e deve essere sempre presente una geometria delle risposte sanzionatorie, nell'erogazione della misura repressiva. In questo senso, occorre rifarsi direttamente a Filangieri, uno dei padri dell'illuminismo penale, per il quale "Il delitto (...) non è altro che la violazione di un patto. A misura che il patto che si viola è più prezioso alla società, la pena dev'essere maggiore"⁴². Al delitto più grave quindi si dovrebbe comminare la pena più severa, e l'unica ed esclusiva misura della gravità di un delitto è rappresentata dal danno effettivo derivato dalla condotta, ricordando sempre che *cogitationis poenam nemo patitur*.

Senza dubbio è interessante, trattando di Jakobs, un suo confronto con le tesi di Filangieri, e di Beccaria soprattutto, il quale del pensiero giuridico illuminista fu uno dei massimi esponenti. Si osserverebbe, forse, una certa tendenza, immanente alla scienza penale: l'oscillare tra tutela delle garanzie e l'elaborazione di modelli di prevenzione, generale e speciale⁴³. Il diritto penale, infatti, nel corso della sua vicenda evolutiva, come vedremo, si è sovente caricato dell'onere di difendere o affermare la legittimità del potere

⁴¹ Sulle ambiguità della prestazione teorica jakobsiana, oscillante tra essere e dover essere, cfr. T. Hornle, *Dimensioni descrittive e normative del concetto di "diritto penale del nemico"*, in M. Donini--M. Papa (a cura di) *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 105--128.

⁴² Cfr. K. Seelmann, *Gaetano Filangieri e la proporzionalità tra reato e pena. Imputazione e prevenzione nella filosofia penale dell'Illuminismo*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", 1, 2001, p. 6. Secondo l'autore "Filangieri fa riferimento alla sua dottrina della legittimazione della pena in base alla perdita di un diritto, la quale sarebbe a sua volta conseguenza della violazione di un patto da parte del delinquente".

⁴³ Cfr. M. A. Cattaneo, *Pena, diritto e dignità umana. Saggio sulla filosofia del diritto penale*, Torino, Giappichelli, 1990.

politico – nelle sue varie manifestazioni e forme –, con questo però sacrificando gli interessi (di tutela) del singolo. In tal senso la dogmatica si è limitata, di frequente, a “codificare” nel linguaggio della scienza giuridica quelle tendenze, di carattere autoritario, che il diritto (penale) a contatto con la politica andava via via manifestando⁴⁴.

Guardando ai due autori sopra citati, la distanza con Jakobs pare comunque abissale: se per il filosofo milanese doveva sempre esserci un giusto equilibrio tra la risposta sanzionatoria e l'evento lesivo, ciò induce a ritenere che sono in errore coloro che (come Jakobs), pensano “che vera misura dei delitti (sia) l'intenzione di chi gli commette”, intenzione che può essere al medesimo tempo frutto di un'ontologia criminale o di una deviazione momentanea dall'ordine giuridico; al contrario “l'unica e vera misura dei delitti è il danno fatto alla nazione”⁴⁵. In Beccaria, infatti, pur esistendo una differenziazione tra classi di delitti, definiti come atroci o minori e regolati da regimi sanzionatori diversi, tale differenziazione deriva, sempre, dall'entità del danno che il fatto arreca alla società (e alla vittima) e non dal tipo di personalità del soggetto autore. Certo, non manca nella riflessione del giurista milanese l'esigenza, da parte dello Stato, di anticipare in qualche caso l'evento delittuoso: l'affermazione al principio del cap. XLI dei Delitti e delle pene “E' meglio prevenire i delitti che punirgli”⁴⁶ mostra anch'essa i caratteri di un principio generale. Ciò non toglie che “il proibire una moltitudine di azioni indifferenti non è prevenire i delitti che non possono nascere, ma egli crearne dei nuovi, egli è un definire a piacere la virtù e il vizio, che ci vengono predicati eterni ed immutabili”⁴⁷.

Nel trattare la questione del *tentativo punibile*, il rischio che si corre è proprio quello di cadere in una sorta di *psicologismo* per cui materia di coazione divengono i pensieri, la personalità del soggetto autore e non le

⁴⁴ Cfr. S. Sbriccoli, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860--1990)*, in *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972--2007)*, Milano, Giuffrè editore, 2009.

⁴⁵ C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, Milano, Rizzoli, 1998, p. 69 (Cap. VII).

⁴⁶ Ivi, p. 146.

⁴⁷ Ivi, p. 147.

azioni concrete di questo⁴⁸. Di ciò è consapevole lo stesso Jakobs quando si domanda se gli atti, le manifestazioni di volontà precedenti alla realizzazione di un comune delitto possano rientrare nella sfera privata del soggetto – accertatane l'irrilevanza penale --- e dunque essere intangibili o se invece, rappresentando comunque una minaccia (virtuale) per l'ordine pubblico -- pensiamo alla costituzione di un'organizzazione (criminale) ---, siano destinati ad essere comunque oggetto di repressione⁴⁹. In questo senso, dunque, assoluta rilevanza assume nell'analisi l'approfondimento del concetto di *atto preparatorio* di cui una prima importante teorizzazione si deve a Francesco Carrara⁵⁰. La Corte Costituzionale (C. Cost. n. 177/1980) che si è espressa sul punto, ha identificato *l'atto preparatorio* come quella “manifestazione esterna del proposito criminoso che abbia un carattere strumentale rispetto alla realizzazione, non ancora iniziata, di una figura di reato”. Nella dottrina sono state elaborate alcune griglie concettuali. Così sono nati, tra gli altri, i controversi *reati di sospetto* e i *reati ostativi*, attraverso i quali “il legislatore incrimina condotte prodromiche rispetto alla realizzazione dei comportamenti che effettivamente ledono o pongono in pericolo il bene protetto” per cui “la funzione delle relative norme è quella di frapporre un impedimento al compimento dei fatti concretamente lesivi”⁵¹. Non si capisce però, ed è qui che nascono le maggiori controversie di natura interpretativa, se nella categoria di *fatti concretamente lesivi* rientri anche *l'attività cognitiva* del soggetto autore, insomma la *personalità dello stesso*. Il pericolo, come ci ricorda tra gli altri Cancio Melià, è che assumendo l'attività cognitiva, come fa Jakobs in riferimento al *nemico del*

⁴⁸ Cfr. G. Jakobs, *Criminilización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*, cit., pp. 297 e ss.

⁴⁹ Nel codice penale tedesco, al quale Jakobs si riferisce agli artt. 129 e 129 a è punita, come vedremo, finanche la manifestazione psicologica di adesione ad una organizzazione illecita.

⁵⁰ Cfr. G. Fiandaca---E. Musco, *Diritto Penale. Parte generale*, cit., p. 421. In riferimento, si legge: “il primo criterio, escogitato dal grande Francesco Carrara in una fase del suo pensiero, definisce preparatori tutti gli atti che, ancorchè idonei rispetto alla commissione del reato, siano contrassegnati da una perdurante equivocità (...). Alla stregua del secondo criterio, (...), sono da considerare preparatori tutti gli atti che rimangono nella sfera del soggetto attivo (...). Il terzo criterio dell'azione tipica (...) qualifica esecutivi solo e soltanto gli atti che danno inizio all'esecuzione della condotta descritta dalla fattispecie di parte speciale”.

⁵¹ Ivi, p. 152

bene, quale fonte di minaccia e dunque passibile di tutela (penale), si vada verso un diritto che contrasta sotto diversi punti con i principi di *materialità* e di *offensività* della condotta. Se entrambi sono considerati quali principi che fondano il diritto penale, è evidente come con essi si escludano “ipotesi di responsabilità per i meri pensieri” e dunque “l’inammissibilità di un diritto penale fondato (solo) sull’atteggiamento interno dell’autore”⁵².

Tocca allora fare chiarezza aiutandoci con quanto sostenuto, nel suo monumentale lavoro sulle radici giusfilosofiche del *garantismo penale*, da Luigi Ferrajoli. “In base a questo principio” --- di *materialità* --- “nessuna offesa, per quanto grave, può essere riconosciuta come penalmente rilevante senza un’azione che ne sia la causa” e ancora, “i reati, siccome presupposti di pene, non possono consistere in atteggiamenti o stati d’animo interiori,(...) ma devono concretarsi in azioni umane” e tali devono essere “empiricamente osservabili”⁵³. Il *principio di materialità* così inteso, così come quello di *offensività*, fondano, secondo Ferrajoli, su due presupposti: *l'utilitarismo giuridico* e, questione fondamentale, la “separazione assiologica tra diritto e morale”⁵⁴.

Non vi è dubbio, infatti, che una proposta teorica come quella jakobsiana, sebbene non esplicitamente, possa favorire una confusione tra sfera giuridica ed etica, determinando una *moralizzazione del diritto* e di converso una *legalizzazione della morale* così che l’azione penale diventa “fattore di coesione del sistema politico---sociale in forza della sua capacità di restaurare la fiducia collettiva, scossa dalle trasgressioni, nella stabilità dell’ordinamento e quindi di rinnovare la fedeltà dei cittadini nei confronti delle istituzioni”⁵⁵. Ma, posto che nel sistema penale, come vedremo, esistono settori dove tale promiscuità – tra diritto politica e morale --- è viva

⁵² M. Cancio Melià, *Feind “strafrecht”?* cit. Si veda del seguente saggio la versione italiana contenuta in M. Donini---M. Papa (a cura di) *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, cit., pp. 65 e ss.

⁵³ L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma---Bari, Laterza, 2011, p. 483.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ A. Baratta, *Integrazione---prevenzione. Una nuova fondazione della pena all'interno della teoria sistemica*, cit., p. 9.

e presente, è possibile affermare che, nella teorica sul reato, tutto in Jakobs si riduca ad una criminalizzazione dell'autore visto quale nemico? Veramente non c'è spazio per un diritto penale del fatto?

Si farebbe torto a Jakobs, se non si riconoscesse che, da giurista e da operatore del diritto, egli non tenti di mediare – anche se solo in parte – con quella tradizione giuridica di tipo continentale cui egli stesso sente di appartenere. In tal senso può esserci anche – ed è qui che nasce la frattura tra *diritto penale del nemico* e *diritto penale ordinario* (o del cittadino) -- un “criminale comune”, che a differenza *dell'autore del reato quale nemico*, pur trovandosi in una situazione di attacco al bene ha comunque diritto ad una sfera privata libera da controlli: esso rimane nonostante tutto *soggetto di diritto* senza essere disumanizzato. Scrive Jakobs: “alla definizione dell'autore come nemico del bene giuridico, (...) si può qui contrapporre una definizione dell'autore come cittadino”⁵⁶.

L'autore (del reato) non è tale dunque solo perché entità potenzialmente pericolosa per la tutela di beni giuridici (chiariamo sempre che il concetto di bene perde qui qualsiasi dimensione individualistico/liberale) ma esso sarebbe anche, di converso, un cittadino il cui status, e le garanzie connesse, non consentono (allo Stato) di interferire troppo nella sua sfera privata. Si dovrà, quindi, secondo Jakobs, nel caso si tratti con dei cittadini, quando questi commettano dei reati, fare i conti con la presenza di uno *statuto minimo dell'autore* -- un insieme di diritti, libertà e garanzie che proteggono il singolo dall'intervento invasivo del potere statale. Il problema, però, a nostro giudizio, consiste nel (ri)definire ogni volta e con precisione, i limiti ed i contenuti di tale statuto – ciò che viene definito come *la sfera civile interna*⁵⁷.

È fondamentale allora capire quando i pensieri, l'attività cognitiva, presentino un grado di offensività tale da assumere una dimensione

⁵⁶ G. Jakobs, *Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*, cit., p.295.

⁵⁷ Ivi, p. 297. Sul concetto di *sfera civile interna* in Jakobs, è interessante tentarne un confronto con le analisi recenti sul soggetto, quale luogo del riconoscimento politico. Su questo cfr. G. Preterossi, *Editoriale. Ciò che resta del soggetto*, in “Filosofia Politica”, 3, 2011, pp. 357---364.

d'interesse penale. Quando ciò avviene, lo Stato --- secondo Jakobs --- interviene riducendo l'ambito privato del soggetto che così perde il proprio status di cittadino e le garanzie connesse, convertendosi in un nemico. Nel momento stesso, infatti, in cui lo Stato interferisce profondamente nella sua sfera privata, là termina la posizione del cittadino come soggetto (di diritto); senza la possibilità di avere una dimensione privata, non sottoposta continuamente al controllo statale, semplicemente il cittadino non esiste, esistendo solo *il nemico del bene*. Perché si giunga a tale conclusione è necessario che, il soggetto, considerato quale nemico, ispiri scarsissima fiducia sulla legittimità del suo comportamento, presente e futuro⁵⁸.

La domanda da porsi allora è quando la sfera privata del soggetto possa ritenersi libera da controlli, autonoma, e quando invece acquisti rilevanza penale e dunque costretta a essere oggetto di eterodirezione. Non sarebbe opportuno per lo Stato individuare prima e tenere costantemente sotto osservazione poi, attraverso efficaci strumenti di detenzione, coloro i quali ritiene pericolosi considerata la loro natura?

Ma, ciò è in linea con le logiche di uno Stato di diritto e, soprattutto, chi decide concretamente quando un soggetto è o diviene pericoloso? Tutti interrogativi cui Jakobs costantemente cerca di offrire risposta – non solo egli ovviamente, essendo quello di pericolosità uno dei concetti storicamente più dibattuti dalla scienza penale ⁵⁹ . Ci sia permesso aggiungere che in Jakobs la decisione sullo status del criminale/nemico non è, come in Schmitt, esattamente nella titolarità del sovrano, ma, nell'ottica sistemica, nasce e si sviluppa – automaticamente – lungo la trama ordinamentale. Su questo però torneremo.

⁵⁸ E' interessante analizzare il nesso, in Jakobs, tra spersonalizzazione e pericolosità. Tanto più il soggetto è ritenuto pericoloso, tanto più ne viene messa in discussione l'ontologia civile, rendendolo di fatto un non---cittadino. In questo modo il non---cittadino si trova ad essere in qualche modo eterodiretto dall'ordinamento. Cfr. G. Jakobs, *Individuum und Person*, in "ZStW", 2005, pp. 247 e ss.

⁵⁹ Cfr. E. De Cristofaro, *Legalità e pericolosità. La penalistica nazifascista e la dialettica tra retribuzione e difesa dello Stato*, in "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", 2007, pp. 1031 e ss.

È chiaro, comunque, che se si dà per acquisito il dato che “un legislatore giudizioso non regola mai i processi che sono fuori dalle sue possibilità di controllo quando chiunque sa che questo controllo non è possibile”⁶⁰, sarà sempre difficile stabilire con certezza il tipo di condotta punibile, quando questa precede, anche di molto, l’effettiva lesione del bene. Quando si discute di questo, sovente --- ed è il rischio in cui incorre parte della dottrina --- si finisce di sviare verso una specie di *naturalismo* per cui, assodato che “l’essere umano è definito (...) come un sistema psico---fisico che tiene come limite la pelle”⁶¹, ciò significa che si possono avere delle notizie, da parte degli organi pubblici, anche sul tipo di condotta che il soggetto potrà avere in futuro solo partendo dai “dati interni di questo sistema” e ciò potrà accadere “a partire dal soggetto stesso o con la sua collaborazione”⁶².

Indubbiamente però – e qui Jakobs pare convergere --- un diritto penale che fondi le ragioni del suo intervento solo sugli aspetti naturalistici – se per questi intendiamo gli attributi psico---fisici del soggetto -- è destinato a essere inefficace: ciò che rileva, ai fini dell’azione penale, non possono essere solo le circostanze sensibili, naturali, relative alla persona ma le relazioni normative⁶³ che la vedono coinvolta. Se dunque è da rifiutarsi una visione del soggetto di tipo *ontologico---sostanziale*, ciò significa che “non esiste alcun impedimento per abbandonare il concetto naturalista del soggetto e determinare la portata del sistema normativamente”⁶⁴ . Sul punto, anche la dottrina italiana ha optato, nel tempo, per una definizione in senso normativo del soggetto (di reato), che non esaurisce il problema ma che è di grande utilità per una comprensione immediata: esso è semplicemente “colui il quale realizza un atto conforme ad una fattispecie astratta di reato”⁶⁵. Si è discusso inoltre di capacità penale, ammettendo però che “trapiantare anche in diritto penale categorie originariamente

⁶⁰ G. Jakobs, *Criminilización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*, cit., pp. 295 e ss.

⁶¹ Ivi, p. 296.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ Qui si comincia a delineare il normativismo jakobsiano, mutuato da Luhmann. Cfr. N. Luhmann, *Rechtssoziologie*, trad. it. *Sociologia del diritto*, Roma---Bari, Laterza, 1977.

⁶⁴ G. Jakobs, *Criminilización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*, cit., p. 297.

⁶⁵ G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto Penale. Parte generale*, cit., p. 141.

elaborate nel settore civilistico (...) nessuna vera utilità arrecano ai fini di una migliore comprensione della materia”⁶⁶ --- osserveremo però in seguito quanto una concezione (solo) normativa del soggetto possa evocare dei rischi, in tema di garanzie, nei riguardi del soggetto stesso.

Rimanendo allora all'interno della teorica sul reato, in riferimento al soggetto della condotta, quando si discute del problema dell'anticipazione (della condotta punibile), quest'ultima non è e non può essere compresa solo come una questione di dogmatica, riservata agli studi di diritto positivo, ma abbraccia il campo della filosofia giuridica: è un problema che interpella la speculazione filosofica stabilire infatti gli effetti --- umani, sociali, giuridici --- derivanti dalla riduzione dell'ambito privato (del soggetto) – fino al suo totale annullamento. Alla riduzione, infatti, seguirà inevitabilmente una *spersonalizzazione* di colui che è sottoposto alla misura⁶⁷. Qualsiasi individuo, è la sintesi del discorso jakobsiano, mancante della sua sfera civile interna, non può dirsi un cittadino ma soltanto *un'entità biologicamente definita*⁶⁸.

La questione, infatti, è che “la depersonalizzazione comporta la legittimazione dello Stato a tutto ciò che ritenga utile e necessario, senza che i beni e i diritti fondamentali della persona – che ormai non c'è – possano entrare in un bilanciamento con gli interessi della collettività”⁶⁹. Se un tale discorso può senza dubbio apparire biasimevole, in fondo, è nella logica delle cose che, nel momento in cui si parla di misure di detenzione preventiva, di anticipo della tutela, di criminalizzazione, si stia discutendo di forme giuridiche intellegibili – seppur per gradi diversi --- solo partendo da una logica di scontro (con l'altro) e non di rieducazione (dell'altro). Ciò che nel corso dello scritto sulla *Kriminalisierung*, e, come vedremo, in altri

⁶⁶ Ivi, p. 142.

⁶⁷ G. Jakobs, *Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*, cit., p.298.

⁶⁸ Sulla Differenza tra individuo e persona si fonda gran parte della visione jakobsiana sul *Feindstrafrecht*. Cfr. G. Jakobs, *Individuum und Person*, cit. Tale differenza, come vedremo, riverbera sul modo d'intendere le teorie della pena e della colpa.

⁶⁹ A. Cavaliere, *Diritto penale “del nemico” e “di lotta”: due insostenibili legittimazioni per una differenziazione, secondo tipi d'autore, della vigenza dei principi costituzionali*, in A. Gamberini--R. Orlandi (a cura di) *Delitto politico e diritto penale del nemico. Nuovo Revisionismo penale*, cit., p. 278.

lavori, Jakobs chiamerà diritto penale del nemico – *Feindstrafrecht* --- differisce dal diritto penale ordinario essenzialmente per il fatto che il suo scopo è quello della protezione dei *valori sociali* sottesi all’ordinamento: l’interesse per il singolo, la sua libertà, i suoi diritti, è totalmente assente. Nel *Feindstrafrecht*, il singolo – inteso come soggetto pienamente dotato di diritti – semplicemente non esiste.

Volendo dunque tentare una prima interpretazione, di quanto detto finora, si può osservare come, nella prestazione teorica jakobsiana, “la tradizionale generalità del diritto penale tende a frammentarsi in una casistica biopolitica che differenzia i destinatari in base al loro grado di pericolosità⁷⁰.

In virtù di questo discorso emergono con forza due nodi teorici fondamentali: il primo rappresentato dal rapporto tra la sicurezza della collettività e la difesa dei diritti individuali, il secondo dalla relazione tra la dimensione interna e quella esterna del soggetto (di reato)⁷¹. In riferimento al binomio sicurezza/garanzia, se lo Stato moderno si è trovato spesso a dover scegliere tra assicurare (diritti) o proteggere (se stesso), è evidente come l’intera questione degli atti preparatori rivesta un’importanza decisiva. A costo di ripetersi, il problema, in relazione al fenomeno della criminalizzazione in uno stadio precedente la lesione del bene, è intendere quest’ultima non solo da un punto di vista dogmatico, ma valutarne i suoi effetti sulla natura complessiva del sistema. A tal proposito --- nota Demetrio Crespo --- “Dietro la problematica del Diritto penale del nemico” e dunque anche dietro la questione dell’anticipazione della punibilità, “si cela l’annosa questione relativa alla tensione tra libertà e sicurezza. Nel modello del Diritto penale del nemico questa contrapposizione si risolve unilateralmente a favore della sicurezza”⁷². È quindi necessario coniugare

⁷⁰ L. Bazzicalupo, *Politica. Rappresentazioni e tecniche di governo*, Roma, Carocci, 2013, p. 82.

⁷¹ Tale intesa come relazione tra l’elemento psicologico/intenzionale dell’autore e la sua condotta materiale, produttiva dell’evento. Cfr. G. Fiandaca---E. Musco, *Diritto Penale. Parte generale*, cit., pp. 275 e ss.

⁷² E. D. Crespo, *Il “diritto penale del nemico” Darf Nicht Sein!*, in “Studi sulla questione criminale”, 2, 2007, p. 39.

l'analisi filosofica con lo studio particolare dei tipi normativi: non si può secondo chi scrive capire fino in fondo la teorica sul reato, sulla pena, sul bene se non sposando un determinato approccio assiologico. “Dietro la contrapposizione tra sicurezza e libertà”, afferma ancora Demetrio Crespo, “si celano tradizioni filosofiche---politiche differenti, le quali concepiscono i termini della relazione in modo diverso, ovvero il liberalismo e il comunitarismo”⁷³.

Riguardo poi al rapporto tra sfera interna ed esterna – elemento psicologico e materiale del reato – le implicazioni filosofiche sono addirittura maggiori così come maggiore sarebbe la differenza tra diritto penale ordinario e diritto penale del nemico. A questo proposito sempre Jakobs affronta il tema riguardante *il principio di accessorietà*⁷⁴, così come esso viene sviluppato dalla dottrina. Il risultato di questo è che, in caso di concorso (di persone nel reato), “la divisione del lavoro dal lato dell'autore è una questione interna dei partecipanti”⁷⁵. Ciò significa che “la condotta atipica del semplice partecipe non ha rilevanza penale autonoma, ma l'acquista nella misura in cui accede alla condotta principale o tipica dell'autore”⁷⁶. Ciò però conduce ad un punto critico: è possibile, “rinunciare per principio e senza condizioni alla considerazione dell'aspetto soggettivo del fatto (di reato) o di qualsiasi altro processo interno”⁷⁷, anche in relazione a chi, essendo semplice partecipe, non è autore principale? Ad esempio, nello stadio precedente o immediatamente successivo alla costituzione di un'organizzazione terroristica, ma anche nel caso di un semplice disegno criminoso riguardante due o più soggetti, i pensieri, le motivazioni personali di ognuno dei partecipanti – indipendentemente dal loro ruolo di capi o di gregari dell'organizzazione – possono essere considerati solo dei meri accadimenti privati o al contrario essere configurati come dei prodromi a dei reati veri e propri? In merito alla

⁷³ Ivi p. 41. In seguito osserveremo quanto e come il *Feindstrafrecht* risponda ad una logica organicista e comunitaria.

⁷⁴ Cfr. G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto Penale. Parte generale*, cit., pp. 454 e ss.

⁷⁵ G. Jakobs, *Criminilización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*, cit., p. 299.

⁷⁶ G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto Penale. Parte generale*, cit., p. 454.

⁷⁷ G. Jakobs, *Criminilización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*, cit., p. 299.

questione, Jakobs pare sgombrare il capo da equivoci: solo nel *Feindstrafrecht* possono essere puniti i pensieri, l'attività cognitiva, l'intenzione personalistica che, come vedremo, Bettiol definisce *Gesinnung*, ammettendo quindi che la soglia dell'intervento statale possa – nel *Feindstrafrecht* --- situarsi in un momento precedente l'azione stessa, e addirittura prescindere da essa. Per Jakobs, quindi, in caso di costituzione di un sodalizio criminale, le motivazioni del soggetto agente sono sempre oggetto di valutazione e di repressione, ai fini del reato. Ciò in verità sarebbe confermato anche dalla legislazione ordinaria, dove, nel caso tedesco, vede punito “Chiunque fonda un'associazione i cui scopi o la cui attività siano diretti a commettere reati o partecipa ad una tale associazione come membro, la propaganda o la sostiene”⁷⁸. Come rileva attenta dottrina “Il semplice partecipare ad associazioni di tal fatta desta preoccupazione nella società civile tedesca, che incarica il legislatore di *punire anticipatamente* coloro che abbiano propositi criminosi senza che pongano in essere alcun atto degno di considerazione per il diritto penale”⁷⁹.

Al contrario, invece, “in un regime di libertà sono esenti da responsabilità non solo i cogitationes, ma tutte le condotte che si realizzano nell'ambito privato e, inoltre, tutte le condotte esterne che sono di per se irrilevanti”⁸⁰. Si evidenziano, allora, sostanzialmente due punti: il primo è che nella teorica jakobsiana sullo stadio precedente la lesione del bene esiste ed è ben chiara l'esigenza di porre l'accento sul carattere garantista del diritto penale, ma questo è, tuttavia, prerogativa esclusiva del *Bürgerstrafrecht* (diritto penale del cittadino): in esso non solo è tutelata e riconosciuta la sfera interna, ma viene data anche la possibilità, al soggetto, di sottrarsi a qualsiasi controllo ritenuto illegittimamente lesivo di diritti acquisiti.

Inoltre, e qui andiamo alla seconda questione, ammettendo come nella complessità delle società attuali esiste un'oggettiva difficoltà di tenere

⁷⁸ Si tratta dell'art. 129 del codice penale tedesco (StGB) prima richiamato.

⁷⁹ N. Bartone, *Mandato di arresto europeo e tipicità nazionale del reato*, Milano, Giuffrè editore, 2003, p. 273.

⁸⁰ G. Jakobs, *Criminalizzazione en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*, cit., p. 300. In questo senso come vedremo il reato associativo s'inscrive in una logica di diritto penale del nemico.

costantemente sotto osservazione le condotte dei più, ed è altresì assai difficile aspettarsi un comportamento uniforme, standardizzato, da parte di tutti, di conseguenza non sarà sempre facile stabilire gli aspetti psicologici di ogni azione – che si presume illecita. Riconosciuto questo, regola generale, secondo Jakobs, è che in un regime ordinario di garanzie, i pensieri di ognuno saranno sottoposti ad un' eventuale intervento e censurati solo nel momento in cui si realizza la condotta --- che a quei pensieri inerisce – quando questa è produttiva di un fatto lesivo. Nel *Bürgerstrafrecht*, dunque, “Il reato, è prima di tutto, condotta umana, sia essa attiva od omissiva: una condotta tipica, in quanto conforme ad una fattispecie dolosa o colposa la quale trasgredisce un dovere imposto dalla legge penale a tutela di un interesse giuridico, e che, in assenza di cause di giustificazione, è altresì antiggiuridica”⁸¹. Quanto esposto è in linea con l'interpretazione tradizionale. Come nota anche Morselli “Per lungo tempo la teoria del reato è rimasta influenzata da impostazioni e prospettive filosofiche, e precipuamente idealistico---hegeliane, con la conseguenza che il centro della ricostruzione dogmatica è stato indebitamente ricoperto dal concetto di azione”⁸². In particolare, in riferimento a Hegel, il concetto di azione è importante come ricorda sempre Morselli “non tanto perché egli ne sia l'ideatore – già Aristotele nell'Etica nicomachea aveva basato l'azione umana sulla previsione e sulla volontà, in ciò seguito da Tommaso d'Aquino, nella Summa theologica I---II, 6---12 -- quanto piuttosto perché la dogmatica giuridica tedesca ha la sua inequivoca origine nella concezione filosofica hegeliana”⁸³. In Jakobs, pur esistendo un forte legame col filosofo

⁸¹ E. Morselli, *Condotta ed evento nella teoria del reato*, in “Rivista italiana diritto procedura penale”, 1998, pp. 1081 e ss. Ricordiamo sempre che *l'interesse giuridico* qui ricordato nell'ottica jakobsiana equivale invece alla *vigenza della norma*.

⁸² *Ibidem*. Aggiunge però l'autore: “Nonostante che un simile concetto, calato nella realtà giuridica, si sia subito rilevato incapace di coprire vaste zone della fenomenologia delittuosa – quali soprattutto i fatti colposi, nei quali il risultato dell'azione non è coperto dalla volontà dell'agente, e i fatti omissivi, nei quali il reato si realizza senza alcuna realizzazione o manifestazione esteriore, e gli stessi fatti dolosi, quando non siano sorretti dall'intenzione, come avviene nel c.d. dolo indiretto e in quello c.d. eventuale – la dottrina ha continuato, e tuttora in buona parte continua, a polarizzare la teoria del reato sul concetto di azione”.

⁸³ *Ibidem*.

di Stoccarda, tutto ciò è vero solo in parte: il concetto di azione⁸⁴ riveste sì una fondamentale importanza, ma solo nel *Bürgerstrafrecht* (diritto penale del cittadino).

Ricapitolando: le restrizioni riguardanti l'aspetto interno -- l'area che copre i pensieri, la vita privata del soggetto -- investono coloro i quali siano considerati di volta in volta dei nemici. Ciò è possibile perché essi non assicurano una garanzia (cognitiva) minima al rispetto delle norme, non sono socialmente, giuridicamente affidabili. Da ciò si configura il diritto penale del nemico. Verso tutti gli altri è possibile, da parte dello Stato, valutare l'aspetto psicologico di una condotta se e solo se tale si converte in un evento pericoloso: in quest'ultimo caso si parla di *condotta in grado di perturbare*⁸⁵.

1.3 Le incertezze legate alla figura del tentativo e la necessità di dividere il campo penale in due sottosistemi distinti

Si consideri ora la figura del tentativo⁸⁶: può accadere, infatti, che l'autore si rappresenti nella mente la realizzazione di un progetto criminoso ma nella pratica non riesca a metterlo in pratica o per inidoneità degli strumenti utilizzati o per la mancanza dell'oggetto (del bene) da attaccare. È possibile, in questo caso, l'anticipo della tutela?

⁸⁴ Sul concetto di azione scriverà Hegel nei suoi *Lineamenti* (§ 118): "L'azione inoltre siccome trasposta in esteriore esserci, il quale secondo la sua connessione nella necessità esterna si sviluppa da tutti i lati, ha *conseguenze* molteplici. Le conseguenze, intese come la *figura* che ha per *anima* il fine dell'azione, sono il *suum* (ciò che appartiene all'azione), -- ma in pari l'azione, intesa come il fine posto nell'*esteriorità*, è data in preda alle potenze esteriori, le quali vi congiungono tutt'altro da quel ch'essa è per sé, e la spingono a conseguenze remote, estranee. È parimenti il diritto della volontà, *imputare* a sé soltanto il primo, poiché soltanto quelle conseguenze risiedono nel suo *proponimento*". È d'obbligo ricordare che, nella dogmatica penale tedesca, il concetto di azione, pur riconoscendosi nella concezione hegeliana, ha conosciuto diverse espressioni. Si va, infatti, dalla caratterizzazione casuale---meccanicistico---naturalistica, sviluppata da von Liszt e da Beling, a quello ontologico---finalistica teorizzata, sempre in area tedesca, da Welzel a quella sociale di Jescheck. Cfr. E. Morselli, *Condotta ed evento nella teoria del reato*, cit. e, soprattutto, G. Fiandaca---E. Musco, *Diritto Penale. Parte generale*, cit., pp. 189 e ss.

⁸⁵ G. Jakobs, *Criminalizzazione en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*, cit., p. 302.

⁸⁶ Sul reato tentato, tra gli altri cfr. T. Delagu, *La struttura del reato tentato*, in "Annali", 1937, ma anche Petrocelli, *Il delitto tentato*, Padova, Cedam, 1966, o Del Corso, *Il Tentativo nel codice Zanardelli*, in "Rivista italiana diritto procedura penale", 1990.

Jakobs in merito assume una posizione chiara: se la rappresentazione è socialmente irrilevante e se questa viene punita come un tentativo, è chiaro come nella fattispecie “si castigano rappresentazioni, non fatti”⁸⁷. Dunque, ci chiediamo, la figura del tentativo appartiene forse all’area del *Feindstrafrecht*?

La domanda non è assolutamente peregrina: nell’insistere su questo, nel rimarcare l’assoluta impossibilità in un diritto penale ordinario – o del cittadino --- di punire la comune attività cognitiva quando questa non abbia rilevanza penale, c’è, infatti, tutta l’ansia – da parte di Jakobs --- di stabilire una linea di confine: il timore infatti per il giuspenalista tedesco è che si giunga ad ibridazioni tra i differenti modelli, laddove invece “un diritto penale del nemico chiaramente delimitato è meno pericoloso – dalla prospettiva dello Stato di diritto – della commistione di tutto il diritto penale con frammenti di discipline proprie del diritto penale del nemico”⁸⁸. Riconosciuto che il diritto penale del nemico è un sistema autonomo, all’interno dell’ordinamento generale e che in questo si fa strada il principio dell’autore – e non del fatto – Jakobs nota come la formula del tentativo, come riportata dalla norma presente nel StGB, si presti a dei fraintendimenti. Il dispositivo di questa stabilisce: “Commette tentativo di un delitto chi, conformemente alla sua rappresentazione del fatto, dia immediato inizio alla realizzazione del tipo”⁸⁹. Per Jakobs però non è sufficiente questo per legittimare l’anticipo della soglia di punibilità: in un diritto penale ordinario la responsabilità per un illecito deriva sempre dal fatto che la condotta esterna sia oggettivamente lesiva di beni e interessi, tale che essa integri un accadimento certo giuridicamente, indipendentemente dalle *rappresentazioni dell’autore*. Quando queste sono

⁸⁷ G. Jakobs, *Criminizzazione en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*, cit., p. 304 e ss.

⁸⁸ G. Jakobs, *Diritto penale del nemico*, in M. Donini---M. Papa (a cura di) *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, cit., p. 27.

⁸⁹ G. Jakobs, *Criminizzazione en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*, cit., p. 305. Jakobs si riferisce all’art. 22 StGB. Una formula leggermente diversa presenta la fattispecie italiana, all’art. 56 c.p. che stabilisce: “Chi compie atti idonei, diretti in modo non equivoco a commettere un delitto, risponde di delitto tentato, se l’azione non si compie o l’evento non si verifica”.

penalmente irrilevanti, il fatto semplicemente non costituisce reato e l'autore non è soggetto ad alcuna imputazione. L'azione sarà allora punibile quando si manifesta in una condotta esterna e quando questa conduce ad un fatto giuridicamente significativo.

Nulla di nuovo in fondo rispetto alle considerazioni della dottrina maggioritaria. In relazione ai motivi per cui un'azione mancante di presupposti esterni, concreti, non sia né possa essere considerata punibile, lo stesso Ferrajoli, infatti, afferma: "la proibizione di atti interni e in generale la responsabilità penale senza azione contraddicono sotto ambedue questi aspetti il principio di utilità"⁹⁰; questo in virtù del fatto che "una proibizione può essere inutile non soltanto perché l'atto proibito non cagiona alcun danno, ma anche perché essa non serve ad impedirlo, essendo destinata a rimanere inefficace per l'assoluta impossibilità di controllarne l'osservanza"⁹¹. "Solo le azioni esterne", aggiunge il Ferrajoli "e non anche gli atti interni, possono essere efficacemente proibite e prevenute dalla legge"⁹².

Jakobs, dal suo punto di vista, individua, all'interno della disciplina del tentativo, un rischio nascosto: quello cioè che, nella configurazione della norma, il legislatore non presti le attenzioni adeguate, immettendo regimi di trattamento sanzionatorio difformi rispetto alla normativa ordinaria. Probabilmente qualche ragione esiste. Indubbiamente si può notare – anche e soprattutto sulla base di una certa omogeneità strutturale con il tentativo – come il reato di attentato abbia conservato, nella legislazione italiana, caratteristiche simili ad un diritto penale del nemico, in ragione delle quali attraverso di esso ci si è mossi inizialmente "al fine di colpire anche gli atti più remoti, purchè espressione di una volontà intesa a ledere il bene protetto"⁹³. Per chi scrive, nello stabilire le pene corrispondenti all'esecuzione degli atti preparatori, è comunque necessario riuscire a capire quando e come questi atti siano prodromici ad un evento

⁹⁰ L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., p. 484.

⁹¹ *Ibidem*.

⁹² *Ibidem*.

⁹³ G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto Penale. Parte generale*, cit., p. 440.

effettivamente lesivo e fare attenzione a non anticipare eccessivamente la soglia di punibilità, evitando di cadere in regimi giuridici speciali che, di fatto, alterano l'intelaiatura del Codice.

Dal punto di vista di Jakobs se viene mossa una critica rispetto ad alcuni punti della dogmatica tradizionale, e della legislazione che ad essa si ispira, lo si fa volendone salvaguardare – paradossalmente --- il minimo profilo garantista. Quello che può non essere condiviso però – dell'interpretazione jakobsiana --- è che quest'opera di tutela delle garanzie può essere realizzata solo attraverso una netta distinzione tra *Bürgerstrafrecht* e *Feindstrafrecht*. Solo distinguendo tra i due differenti regimi si faciliterebbe, per Jakobs, il compito dell'operatore e dell'interprete e, in generale, la corretta tenuta del sistema penale. Nei due sistemi, infatti, i criteri di imputazione seguono linee opposte: nel *Bürgerstrafrecht* si è puniti per un fatto di cui si è direttamente responsabili, nel *Feindstrafrecht* la mancanza del fatto è (quasi) una regola, per cui, ai fini dell'imputazione, la responsabilità per l'illecito sfugge a qualsiasi criterio circa l'offensività e la materialità della condotta⁹⁴.

In un regime di imputazione ordinario – il *Bürgerstrafrecht* --- secondo Jakobs, vige la necessità di stabilire con certezza dei limiti al controllo dei pensieri. L'attività cognitiva, infatti, assumerà rilevanza solo e nell'istante in cui trova realizzazione, ovvero si trasforma in una azione concreta, in un comportamento fisico. Ciò, ovviamente, non fa altro che rilanciare la domanda sul quando e come possa intervenire lo Stato per rispondere ad un illecito. Può farlo ad evento commesso o solo meramente pensato?

È chiaro che, su tale interrogativo, la dottrina si è divisa ed è quasi condannata a dividersi, e le tesi suindicate non fanno altro che alimentare lo scontro tra coloro che, dichiarandosi garantisti, hanno come regola

⁹⁴ Nello stabilire l'esistenza di due poli opposti all'interno dell'ordinamento penale Jakobs sembra porre poca attenzione al problema della relazione tra i due sottosistemi: cosa e chi decide, infatti, in concreto, istituzionalmente, il passaggio da un ambito all'altro? Secondo quali criteri? Con quali garanzie? La soluzione parrebbe trovarsi nella logica sistemica, secondo cui nemico o cittadino non sono categorie immutabili, pre---definite, ma variabili a seconda delle esigenze di tutela e soprattutto a seconda del grado di aspettative (giuridiche) che il singolo è capace di soddisfare nel caso di specie.

generale *nulla poena, nulla crimen, nulla lex poenalis, nulla necessitas sine actione* e chi invece si mostra favorevole ad un provvedimento preventivo, precedente alla commissione del fatto (di reato).

La questione potrebbe essere compresa facendo nostra una posizione antropologica: l'essere ottimisti o pessimisti, avanzare cioè un'ipotesi positiva o negativa in relazione alla natura umana. Scrive Bettiol: "La propensione verso il male dell'uomo ci spiega il reato senza intaccare il principio della sua libertà"⁹⁵. È evidente, infatti, che una posizione negativa (o positiva), in merito alla condizione antropologica del singolo, possa riverberarsi sul modo d'intendere il sistema penale: "Il reato non è un semplice devianza, non è un fatto puramente dannoso, ma è un qualche cosa di veramente cattivo o malvagio e insieme imprevedibile in quanto frutto della libera volontà dell'uomo"⁹⁶. In particolare, seguendo il Manzini, sempre Bettiol parla del reato come "tutela del minimo etico indispensabile al vivere sociale"⁹⁷.

Jakobs individua un principio: assumendo come punto fermo la separazione tra *Bürgerstrafrecht* e *Feindstrafrecht*, colui che, protagonista principale o mero partecipe, agente comunque non in qualità di nemico, non è più in condizione, per impedimenti interni o esterni, di evitare che la propria condotta, evolvendo, vada a configurare un pericolo, una minaccia per l'ordinamento, allora e solo in quell'istante, è dichiarato soggetto all'imputazione. In questo caso l'anticipo della tutela avviene solo se la condotta posta in essere è effettivamente lesiva o meglio se essa è potenzialmente idonea a produrre il danno.

Ma cosa succede nel caso dei cosiddetti reati di pericolo astratto? L'esperienza di questi dimostra che esiste un'anticipazione della soglia di punibilità precedente alla lesione del bene: ciò che viene punito non è la

⁹⁵ G. Bettiol, *Ottimismo e pessimismo in tema di prevenzione del reato*, in *Scritti giuridici*, I, Padova, Cedam, 1966, p. 238.

⁹⁶ Ivi, p. 239.

⁹⁷ *Ibidem*. Vedremo come la concezione bettioliana del diritto penale, in particolare rispetto ai delitti contro la personalità dello Stato, nel dare prevalenza all'aspetto interno, psicologico, del reato, possa, come il *Feindstrafrecht*, favorire, per certi aspetti, la trasformazione del criminale in nemico.

realtà del fatto ma l'alta probabilità che questa si verifichi a seguito della condotta. Come possono convivere allora tali reati con lo spirito del Bürgerstrafrecht, modellato sui criteri della materialità e dell'offensività della condotta? Non si corre il rischio, di nuovo, nel disciplinare alcuni tipi di illeciti, di una contaminazione con la logica del Feindstrafrecht, o comunque con un diritto penale di particolare indice repressivo?

Se, in merito, alcuni si sono espressi ritenendo addirittura il pericolo una rappresentazione, un'idea, un parto della mente umana, lungi dall'essere qualcosa di concreto, reale⁹⁸, è evidente come sui reati di pericolo possano sorgere delle discussioni. In questo senso ci si domanda se essi siano fino in fondo compatibili con la logica di uno Stato di diritto.

Secondo noi – e su questo Jakobs mostra una certa condivisione --- non si tratta di porre in discussione la figura del reato di pericolo, la quale pare in linea con un regime di garanzie (ricordando sempre che è necessario distinguere tra delitti di pericolo, tentativo e attentato) ma piuttosto è necessario verificare tutti quei reati – quella *classe problematica di delitti* --- in cui si criminalizza una condotta o in cui una condotta da criminalizzare addirittura non c'è ⁹⁹ . Se può esistere ed in effetti sussiste, in un ordinamento liberale, un reato alla cui base vi è una azione solo astrattamente e non concretamente pericolosa, è perché ciò che emerge, ai fini dell'imputazione, non sono gli aspetti psicologici dell'azione (il disegno o progetto criminale ispirati dalla personalità deviante dell'autore), ma l'essere della condotta *oggettivamente* – secondo uno schema prognostico --- fonte di minaccia per l'ordinamento.

Ad esempio, sulla legittimità delle fattispecie di pericolo, un maestro della dottrina penale come Antolisei scrive: “Il pericolo (o minaccia) ed il danno (o lesione) rappresentano due fasi attraverso le quali d'ordinario passa il reato nel suo svolgimento”, dunque “il reato in un primo stadio mette in

⁹⁸ Cfr. V. Patalano, *Significato e limiti della dommatica del reato di pericolo*, cit.

⁹⁹ Si faccia qui riferimento a tutta quella vasta gamma dei delitti di opinione, architravi del diritto penale politico, presenti nel nostro ordinamento, che, quasi sempre, latitano dal punto di vista (del diritto penale) del fatto. Cfr. C. Fiore, *I reati di opinione*, Padova, Cedam, 1972 e, dello stesso autore, più di recente, *I reati di opinione in AA.VV., Diritti dell'uomo e sistema penale*, Napoli, Esi, 2003.

pericolo, minaccia l'interesse protetto dal diritto; in un secondo stadio, che però non si verifica sempre, il reato lede l'interesse anzidetto, produce cioè un danno" ¹⁰⁰ . Ciò che interessa dunque, in entrambi i momenti, è l'estrinsecazione di una condotta, anche solo astrattamente pericolosa. Quando invece non viene rispettato tutto questo, cadendo il principio del fatto – quand'anche esso sia virtuale perchè fondato su di una mera valutazione prognostica --- si arriva per Jakobs alla punizione non di atti ma di autori pericolosi, considerati quali nemici: non più *Bürgerstrafrecht* ma *Feindstrafrecht*.

Nondimeno, sulla questione comunque "sono note le tradizionali difficoltà di distinguere tra reati di danno e reati di pericolo nella misura in cui il bene protetto perde di spessore materiale e si sublima in una entità di tipo ideale"¹⁰¹. È evidente che, quando il bene viene sottoposto ad un processo di spiritualizzazione, perdendo cioè connessione con la sfera di interessi del singolo, è assai difficile discernere – verso di esso --- il danno dal pericolo. In concreto cioè c'è una soglia oltre la quale l'elasticità propria del diritto penale del fatto – il suo campo d'applicazione --- non basta più: occorre far ricorso ad un altro paradigma.

Se dunque esiste – nella posizione di Jakobs e, in generale, in quella di altri autori della dottrina contemporanea¹⁰² --- l'esigenza di marcare un confine, un limite che faccia chiarezza e soprattutto aiuti a risolvere i problemi d'ordine interpretativo e fattuale --- da una parte i nemici, dall'altra i cittadini, da una parte regimi di prevenzione speciale, dall'altra la presenza di garanzie di tutela, anche in caso di reati commessi --- ciò però, è bene chiarirlo, non significa che al nemico non sia riservato alcun trattamento giuridico. Sul punto, nota Galli: "piuttosto che come colui che è esterno

¹⁰⁰ F. Antolisei, *Reati formali e materiali, reati di pericolo e di danno*, in "Rivista Penale", 1922, pp. 5 e ss. ma anche V. Patalano, *Significato e limiti della dottrina del reato di pericolo*, cit. C'è da dire che sulla struttura del reato tentato la dottrina italiana ha da sempre assunto posizioni via via divergenti, per cui non è possibile stabilire una interpretazione unitaria.

¹⁰¹ E. Morselli, *Condotta ed evento nella teoria del reato*, cit., p. 1109 e ss.

¹⁰² Per certi aspetti, in Italia, vedremo, posizioni analoghe a quelle di Jakobs assume Massimo Donini che parla, in riferimento alla fattispecie associativa, di *diritto penale di lotta*.

all'ordine, o che ne sta sulla soglia, il nemico viene trattato come una differenza interna all'ordinamento, come una funzione prevista a priori, che genera una deviazione calcolabile dalla neutralità"¹⁰³. Nemico è chi è sta dentro l'ordinamento, ma a un livello più basso o ai margini.

Tutto ciò conduce Jakobs a prendere una posizione chiara contro le (secondo la sua interpretazione) equivocità del sistema penale. Egli afferma: "Il diritto penale del nemico deve essere separato dal diritto penale del cittadino in un modo tanto chiaro da evitare il rischio che esso possa infiltrarsi attraverso l'interpretazione sistematica o l'analogia o in qualsiasi altra forma nel diritto penale del cittadino"¹⁰⁴. Quindi, paradossalmente, rispondendo ad un'esigenza garantistica e di civiltà.

Secondo chi scrive, ammesso pure che gli atti preparatori appartengano in prevalenza all'area del *Feindstrafrecht*, ne va comunque riaffermato il carattere eccezionale limitando il loro utilizzo a casi particolari come "le sole ipotesi in cui si tratti di tutelare beni di elevatissimo rango costituzionale"¹⁰⁵; inoltre, in merito al loro utilizzo, è necessario assumere come parametro il rispetto di ragionevoli canoni di proporzionalità, per cui l'incriminazione (in uno stadio precedente alla lesione del bene) va vagliata "in relazione all'importanza della finalità di tutela perseguita"¹⁰⁶. Il problema però, come visto, è che proprio quel canone di proporzionalità nel *Feindstrafrecht* non si dà.

1.4 Le norme (penali) quali regimi di aspettative

Se la questione degli atti preparatori occupa qui il campo della riflessione

¹⁰³ C. Galli, *Delitto e politica: profili teorici e politici del loro rapporto*, in A. Gamberini---R. Orlandi (a cura di) *Delitto politico e diritto penale del nemico. Nuovo revisionismo penale*, cit., p. 57.

¹⁰⁴ Stante dunque questo rischio, sotteso agli ordinamenti moderni, bisogna fare attenzione, al riprodursi, all'interno del diritto penale ordinario, di fattispecie cariche d'ambiguità e, in generale, va rivista l'intera questione dell'incriminazione degli atti preparatori.

¹⁰⁵ F. Viganò, *Diritto penale del nemico e diritti fondamentali*, in A. Bernardi, B. Pastore, A. Pugiotto (a cura di) *Legalità penale e crisi del diritto, oggi*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 132.

¹⁰⁶ Ivi, p. 133.

principale, esistono casi, situazioni che presentano, data la vastità del loro spettro applicativo, altrettanta importanza per l'analisi. Si parta da una considerazione: "se una condotta non può essere oggetto di criminalizzazione in qualità di atto preparatorio rispetto alla lesione di un bene determinato" ¹⁰⁷, nondimeno essa può rappresentare un danno rispetto a beni d'interesse generale. Essa può cioè mettere in dubbio il principio della *regolare validità dell'ordinamento*. Si osservi, a tal proposito, il caso degli attacchi mossi alla *pace pubblica*¹⁰⁸: nel StBG esistono, secondo Jakobs, diverse fattispecie – come le ipotesi della minaccia (*Bedrohung*), dell'istigazione contro settori della popolazione o dell'apologia della violenza, dell'incitazione all'odio razziale --- che, nel loro dispositivo, fanno riferimento alla pace dell'ordinamento quale bene supremo da preservare; quest'ultima, intesa quale condizione imprescindibile per la regolare vigenza delle norme, incarna alla perfezione quella tendenza alla spiritualizzazione del concetto di *Unrecht* (illecito) di cui all'inizio: una transizione dalla difesa di beni individuali alla protezione di valori superindividuali.

Gli artt. 241, 140, 130 e 131 contenuti nel StGB rappresentano, secondo questa logica, delle norme di accompagnamento il cui fine (in)diretto consiste proprio nella tutela della *pace giuridica*, cui si legano. Scrive Jakobs: "Nei delitti con un illecito meramente parziale (la minaccia, l'istigazione alla violenza) non si violano le norme principali, ma le norme di accompagnamento la cui missione è garantire le condizioni di vigenza delle norme principali"¹⁰⁹.

Ed è su questo punto che la prestazione teorica jakobsiana, secondo la quale, sostanzialmente, una norma è efficace se fornisce ciò che deve fornire, ovvero l'assicurazione circa l'aspettativa (che le norme vengano rispettate), si avvicina, e di molto, alla teoria luhmanniana, la quale sostiene

¹⁰⁷ G. Jakobs, *Criminalization en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*, cit., p. 313.

¹⁰⁸ Il concetto di pace pubblica (quale bene giuridico oggetto di tutela) è ben presente nell'ordinamento tedesco, cui l'interesse di Jakobs è rivolto. Cfr., sul punto N. Bartone, *Mandato di arresto europeo e tipicità nazionale del reato*, cit.

¹⁰⁹ G. Jakobs, *Criminalization en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*, cit., p. 314.

che “avere strutture di aspettative in grado di compiere una selezione e di diminuire la complessità e la contingenza, è una necessità esistenziale” per cui “la mancata realizzazione delle aspettative può sorprendere in modo negativo o positivo ma, indipendentemente dagli effetti del caso singolo, essa mette in discussione la aspettativa delusa”¹¹⁰.

Il caso delle disposizioni di cui agli artt. 241, 140, 130 e 131 StGB in questo senso si mostra come esemplificativo: la loro operatività consisterebbe, più che nella difesa di beni specifici, appartenenti alla sfera del singolo, nel garantire che la validità generale dell’ordinamento non sia (mai) messa in discussione.

Nella concezione jakobsiana, ciò che si definisce come vigenza della norma, non si riduce allora a una relazione biunivoca tra la norma e il singolo (autore o vittima) ma è legata alle aspettative che in essa serba l’intero sistema. In questo senso, la stessa vigenza della norma non dipende solo dalla sua posizione in seno all’ordinamento (secondo la logica dello *Stufenbau* kelseniano), e neanche solo dalla condotta dei soggetti (pensiamo al realismo americano che deduce la normatività dal comportamento dei giudici), ma dalla fiducia (circa la propria operatività) che la circonda, che è capace di ispirare nei confronti di uno come di tutti. Siamo ben lontani dunque dalle logiche del normativismo kelseniano: con Jakobs, infatti, si rinnega la pura normatività (*reine Normativität*) e si afferma invece che la validità (di una norma) è soprattutto *Wirklichkeit* sommata a *Normativität* (*verwirklichte Normativität*): “Diritto vigente è una relazione reciproca tra persone fondabile come giusta o comunque pur sempre come plausibile, che nel complesso e in misura rilevante viene praticata – normatività concretamente realizzata”¹¹¹.

¹¹⁰ N. Luhmann, *Rechtssoziologie*, cit., trad. it. *Sociologia del diritto*, Roma--Bari, Laterza, 1977, p. 40 e ss. Scrive l’autore: “Di fronte alla contingenza semplice si formano strutture di aspettative più o meno rigidamente stabilizzate. (...) Di fronte alla doppia contingenza sono necessarie strutture di aspettative di genere diverso, costruite in modo assai più complesso e ricco di presupposti, vale a dire le aspettative di aspettative”.

¹¹¹ G. Jakobs, *Diritto penale del nemico? Una analisi sulla condizioni della giuridicità*, in A. Gamberini--R. Orlandi (a cura di) *Delitto politico e diritto penale del nemico. Nuovo revisionismo penale*, cit., p. 111 e ss. Una posizione diversa assume Ferrajoli, il quale afferma: “Chiamerò *vigore* la validità solo formale delle norme quale risulta dalla regolarità

Dice bene Baratta quando segnala, al centro della riflessione jakobsiana, il ruolo e la presenza della *fiducia istituzionale*, quale categoria di ascendenza luhmanniana¹¹²: tale – *la fiducia istituzionale* --- è considerata infatti come “forma di integrazione sociale che, nei sistemi complessi, sostituisce le forme spontanee di affidamento reciproco degli individui in comunità elementari”¹¹³.

La *fiducia istituzionale* sostituisce così la *fiducia personale* tra gli individui: ecco allora che “la vigenza delle norme può essere compromessa (anche solo) per l’annuncio di una futura violazione; un annuncio simile viola una norma di accompagnamento”¹¹⁴. Da qui l’interesse di Jakobs per alcune particolari fattispecie di reato: il ruolo di queste si giustificerebbe in base al fatto che “la fiducia nelle norme non esiste, (...) senza una base cognitiva”¹¹⁵. Chi incita all’odio razziale, chi compie minacce, chi promuove la violenza, non lede, attraverso la propria condotta, solo dei precetti particolari, rivolti alla tutela del singolo, ma mette in discussione la base cognitiva su cui si basa la validità di un ordinamento, e lo fa creando un clima sfavorevole alle norme ed al fatto che esse pretendano ubbidienza¹¹⁶. Qui il diritto (penale) assumerebbe nella sua massima dimensione un significato metagiuridico, di matrice simbolica, così che in questo “assumono particolare rilevanza – per fare solo un esempio – in diversi settori di disciplina, talune fattispecie incriminatrici di condotte consistenti nella mera espressione di idee ed opinioni come ad esempio i delitti di istigazione all’odio razziale o quelli di esaltazione o apologia degli autori di

dell’atto normativo; e limiterò l’uso della parola *validità* alla validità anche *sostanziale* delle *norme prodotte*, cioè dei loro significati o contenuti regolativi”. Cfr. *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., p. 353.

¹¹² Categoria che ritroveremo nell’analisi dei reati contro la personalità dello Stato.

¹¹³ A. Baratta, *Integrazione---prevenzione. Una nuova fondazione della pena all’interno della teoria sistemica*, cit., p. 6.

¹¹⁴ G. Jakobs, *Criminizzazione en elestadio previo a la lesión de un bien jurídico*, cit., p. 315.

¹¹⁵ *Ibidem*. Tali norme (artt. 241, 140, 130 e 131 StGB) rappresentano proprio quella base cognitiva su cui si fonderebbe l’ordinamento.

¹¹⁶ Scrive Zuccalà: “La disobbedienza in quanto violazione colpevole di un precetto legislativo, è azione che comporta un castigo”. Cfr. G. Zuccalà, *Profili del delitto di attentato*, in “Rivista italiana diritto procedura penale”, 1977, p. 1253.

determinati delitti”¹¹⁷. Si delinea così una parte speciale – del sistema penale --- nella quale l’interesse, sotteso alle norme, non è solo quello della mera repressione di fatti antigiuridici, ma altresì quello rivolto a dare “l’impressione tranquillizzante di un legislatore attento e risoluto”; vale a dire, cioè, “che in questi contesti predominano le funzioni latenti, su quelle manifeste, o, in altri termini, che si ha una discrasia tra gli obiettivi invocati dal legislatore – e dagli agenti politici che costituiscono la maggioranza – e l’agenda reale, che si cela dietro quelle dichiarazioni espresse”¹¹⁸. In sintesi, nella sua dimensione simbolica¹¹⁹, il diritto (penale) tende a farsi politica criminale con ciò sacrificando ogni garanzia di tutela.

Bisogna però riconoscere che alcuni teorici generali, come Hart, relativizzano la questione della fiducia – nella vigenza delle norme --- sostenendo che sovente “l’affermazione che una persona ha un obbligo in base ad una certa norma e la predizione che essa probabilmente soffrirà a causa della disubbidienza possono divergere”¹²⁰. Non sempre l’aspettativa circa la vigenza di una norma, anche quando questa trovi quotidiana conferma, basta a far sì che la norma stessa sia (sempre) rispettata. Ciò è ammesso anche da Jakobs. Ciononostante, se anche all’annuncio di una futura violazione non corrispondesse un comportamento concretamente idoneo, l’annuncio, le minacce andrebbero comunque sanzionate in virtù dell’effetto intimidatorio che creano.

Non si corre il rischio però, con simili asserzioni, di virare verso un diritto (penale) che non tenga in nessun conto i principi della materialità e dell’offensività della condotta? Insomma, ricadiamo nel campo del *Feindstrafrecht*? Cosa significa affermare, come fa Jakobs, che “la pena per la condotta incriminata deve essere adeguata alla circostanza che si tratta di

¹¹⁷ M. Cancio Melià, “*Diritto penale del nemico?*”, in M. Donini---M. Papa (a cura di) *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, cit., p. 71.

¹¹⁸ *Ibidem*.

¹¹⁹ Dimensione simbolica da cui, come osserveremo, seguendo sempre l’analisi di Cancio Melià, genererebbe un diritto penale del nemico/d’emergenza.

¹²⁰ H. L. A. Hart, *The Concept of law*, London 1961, trad. it. *Il concetto di diritto*, Torino, Einaudi, 2002, pp. 62 e ss. Scrive l’autore: “Il concetto di obbedienza, come molti altri concetti apparentemente semplici usati senza essere esaminati, non è privo di complessità”.

una pena per la violazione non di una norma principale, ma di una norma di accompagnamento”¹²¹ ? Forse che la risposta dello Stato debba commisurarsi a seconda della gravità della condotta? Parlare poi sempre di norma principale o di norma di accompagnamento può ingenerare dei fraintendimenti.

Sicuramente chi pone in pericolo la stabilità delle norme, minacciando, o incitando all’odio razziale sarà sì responsabile, ma, ci pare di capire, non quanto e non come chi costituisce o partecipa attivamente ad un’associazione criminale o terroristica. Se si ammette che il bene principale è quello della *pace giuridica*, presupposto indispensabile per aversi una *stabilizzazione cognitiva delle norme*, la gravità di ogni condotta dipenderà allora dalla capacità di danneggiamento della *pace giuridica* stessa. Ma ciò è in linea con la logica di uno Stato di diritto? Davvero, nel caso di norme come quelle degli artt. 130, 131 e 140 del StGB¹²², ci troveremmo in un (pieno) regime di libertà e garanzie? Qui Jakobs – e noi con lui -- sembra avvertire i maggiori dubbi, riconoscendo come alcune norme possono darsi (e trovare giustificazione) solo “in relazione a tempi di crisi o, più precisamente, in relazione a periodi in cui vi è una crisi di legittimazione” nei quali “si deve tollerare una sospensione passeggera della libertà al fine di assicurare (...) un suo ristabilimento”¹²³. Si tratta forse di evocare uno stato di eccezione (penale)? Scrive ancora Jakobs: “non discuto che anche queste società” (le società moderne) “tengono la necessità di garantire i propri valori (...) ciò che discuto è che sia necessario o ragionevole soddisfare tale esigenza attraverso lo strumento del diritto penale”¹²⁴.

Se si vuole colpire chi minaccia o chi destabilizza l’ordine attraverso proprie affermazioni, o prese di posizione ideologiche, l’unico strumento disponibile, ci sembra di capire, non è quello rappresentato dal diritto

¹²¹ G. Jakobs, *Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*, cit., p. 318.

¹²² Figure di reato analoghe nell’ordinamento italiano sono quelle presenti agli artt. 241 e ss. c.p., che saranno oggetto di analisi.

¹²³ G. Jakobs, *Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*, cit., pp. 321 e ss.

¹²⁴ Ivi, p. 322.

penale ordinario ma da uno di tipo eccezionale, stra---ordinario ¹²⁵ . Torneremo su questo punto, e, soprattutto, osserveremo quanto il *Feindstrafrecht* possa corrispondere ai canoni di uno *Ausnahmezustand*.

Ci sia consentito ritornare alla questione degli atti preparatori riflettendo sul loro *bilanciamento*¹²⁶ rispetto ai principi costituzionali. Se esistono forti dubbi in merito alla legittimità della proposta teorica jakobsiana, è comunque inconfutabile che nelle legislazioni penali degli ultimi anni sempre di più acquisti rilevanza il tema degli atti preparatori che, senza timore di smentite, coinvolgono tanti profili inerenti lo statuto teorico del *Feindstrafrecht*.

Pur ammettendo questo, alcuni notano come, anche quando si è fatto largo uso di un'incriminazione anticipata, questa è dovuta sottostare al "rispetto di un principio costituzionale duro di offensività, secondo cui la sanzione penale è sempre subordinata all'offesa di un bene giuridico, nelle due alternative forme della lesione e dell'esposizione a pericolo" ¹²⁷ . *L'opposizione amico/nemico*, si è scritto, "non può costituire, sul piano costituzionale, una valida ragione distinguendi in funzione derogatoria di quel principio"¹²⁸(di offensività).

In effetti, come visto, anche Jakobs giunge ad affermare che "senza una condotta che sia tanto esterna quanto capace di perturbare, non esiste ragione alcuna per effettuare un intromissione nella sfera interna dell'autore e, in particolare, nell'ambito soggettivo della sua condotta"¹²⁹. Ma, su questo, non esiste uniformità di vedute in dottrina. Come rileva Viganò "il sistema penale italiano conosce da sempre una enorme quantità

¹²⁵ Si pensi sempre alle diverse fattispecie del reato presenti, soprattutto agli artt. 241 e ss c.p. dell'ordinamento italiano, e che molti ritengono non in linea con un regime di garanzie, dunque eccezionali, emergenziali. Cfr. S. Moccia, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, Esi, 1995.

¹²⁶ Cfr. F. Viganò, *Diritto penale del nemico e diritti fondamentali*, in A. Bernardi, B. Pastore, A. Pugiotto (a cura di) *Legalità penale e crisi del diritto, oggi*, cit., pp. 107-147.

¹²⁷ G. Demuro, *Il "Diritto penale del nemico" e i diritti fondamentali nell'era del terrorismo*, in A. Bernardi, B. Pastore, A. Pugiotto (a cura di) *Legalità penale e crisi del diritto, oggi*, cit., p. 158.

¹²⁸ *Ibidem*.

¹²⁹ G. Jakobs, *Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*, cit., pp. 302 e ss. Il problema è che tale intromissione è invece ammessa quando si tratti di nemici.

di incriminazioni di atti preparatori, passati nella quasi totalità indenni al vaglio della Corte costituzionale”¹³⁰. Che la Suprema corte --- ipotesi invero paradossale --- in questi ultimi anni abbia legittimato qualsiasi deroga al principio di offensività?

Di sicuro essa si è mossa “preferendo sempre argomentare, quando intendesse dichiarare illegittima una data norma incriminatrice, in termini di violazione di altri principi costituzionali”¹³¹. In effetti, sulla questione dell’incriminazione degli atti preparatori, diverse cose sono ancora da chiarirsi: pur ammettendo di nuovo con Jakobs --- seppur in linea teorica --- che essi appartengano in prevalenza al campo del *Feindstrafrecht*, assumere il principio di offensività per decidere se un atto sia o no lesivo di beni e interessi e, in base a quello, stabilire se si è in un regime di *Bürgerstrafrecht* o di *Feindstrafrecht*, può essere fuorviante: “la verità è che sulla stessa definizione, e sull’esatta portata applicativa, del principio di offensività regna presso la stessa dottrina penalistica la più ampia incertezza”¹³².

Non vogliamo né pretendiamo discutere qui, in poche righe conclusive, temi così complessi – come l’esatta natura dogmatica del principio di offensività. Ci basti aggiungere che, nella tradizione italiana, l’offensività “è innanzitutto limite alla tutela, è un prodotto della cultura dell’ultima ratio”¹³³. In tal

¹³⁰ F. Viganò, *Diritto penale del nemico e diritti fondamentali*, in A. Bernardi, B. Pastore, A. Pugiotto (a cura di) *Legalità penale e crisi del diritto, oggi*, cit., p.125.

¹³¹ Ivi, p. 126.

¹³² *Ibidem*.

¹³³ M. Donini, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in “Diritto penale contemporaneo”, 4, 2013, p. 7. Scrive l’autore (pp. 23---24) “L’aspetto oggi più controverso, piuttosto, riguarda le stesse pre---condizioni dell’offensività, i limiti all’impiego d’incriminazioni più arretrate dello stesso pericolo astratto---presunto – come gli illeciti di rischio o basati sulla mera precauzione, sul superamento di limiti---soglia etc. – ovvero fattispecie di pericolo astratto che non diano spazio alla prova dell’inoffensività in concreto o a forme di esclusione della responsabilità per esiguità, che non consentano condotte riparatorie perché nulla vi è da riparare se non una violazione, etc., così imponendo che la cifra vera dell’incriminazione sia costruita sull’inosservanza di un precetto, più che sulla lesione di un interesse: trasformando il paradigma della tutela di beni in forme di tutela ad essa alternative e costruite più sull’irregolarità, o sul disvalore soggettivo di azione, di intenzione, d’autore etc. Il giudizio politico su tali limiti è ciò che rende spesso non facilmente giustiziabile il principio: dalla punibilità dell’incesto a quella delle sperimentazioni sull’embrione, dall’incriminazione di certe forme di negazionismo alla tutela penale dei sentimenti, dalla criminalizzazione del mero possesso di materiale (pedo)pornografico, stupefacente etc., a quella degli accordi criminosi distanti dalla stessa programmazione di un determinato delitto---scopo: precondizioni che lasciano intravedere

senso è d'obbligo segnalare una crisi latente --- del principio di offensività e con esso della *cultura dell'ultima ratio* --- crisi che conduce – come vedremo – a una legalità alterata e, di conseguenza, all'emersione e al consolidamento di prassi securitarie di tipo emergenziale. Come bene dice Donini “Se la tutela rischia di non essere più neppure di beni, ma di garanzie periferiche alla tutela di possibili beni, è chiaro che l'offensività è messa in crisi: non è neppure più in gioco la sua realizzazione”¹³⁴. Sulla questione insomma bisognerebbe nuovamente tornare alle parole di Jakobs, secondo cui: “il sistema penale, nella sua attuale configurazione, nasconde in non pochi punti un superamento dei limiti che caratterizzano uno Stato di diritto”¹³⁵. Ecco allora l'obiettivo che ci si può porre in questo primo capitolo: stabilire e riconoscere --- se possibile e nei limiti di una ricerca che, pur indagando

l'obiettivo di colpire figure d'autore: il terrorista, il pedofilo, il neonazista; oppure condotte immorali. Si tratta di forme regressive della tutela che la anticipano a situazioni che l'idea dell'offensività pensava di avere lasciato alle spalle delle sue pre---condizioni”.

¹³⁴ Ivi, p. 24. Ci sia permesso aggiungere che il principio di offensività in origine disegna un certo tipo di razionalità penale, in cui “posto che il diritto penale trova legittimazione soltanto nella tutela di beni socialmente rilevanti, ai fini della sussistenza di un reato non basta la realizzazione di un comportamento materiale, ma è necessario che tale comportamento leda o ponga in pericolo i beni giuridici”. In riferimento poi alla relazione tra bene giuridico e principio di offensività “Nell'ambito di un diritto penale veramente rispettoso dei principi di legalità, materialità e tassatività, la categoria del fatto tipico dovrebbe, pertanto, assolvere l'ulteriore funzione di ancorare i modelli delittuosi (e le correlative forme di offesa) a tipi di comportamento basati – a loro volta – su ben definite tipologie *empirico---criminologiche*. Da questo punto di vista, è auspicabile che il processo di selezione legislativa dei fatti punibili utilizzi il più possibile (e, comunque, in misura ben maggiore di quanto finora non avvenga) i dati offerti dalla ricerca criminologica in ordine alle caratteristiche, l'origine e l'evoluzione che i fatti da incriminare presentano nella realtà sociale”. Insomma, “tra le principali funzioni della categoria del fatto tipico vi è quella di descrivere specifiche modalità di aggressione ai beni penalmente protetti. Ciò vuol dire che *la tipicità del fatto si riconnette intimamente alla lesione del bene giuridico*: sicchè, il riferimento al bene tutelato svolge, a sua volta, un'essenziale funzione ai fini della stessa determinazione del concetto di tipicità”. Cfr. G. Fiandaca---E. Musco, *Diritto Penale. Parte generale*, cit., p. 3 e p. 160.

¹³⁵ G. Jakobs, *Criminilización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*, cit., p. 323.

questioni di diritto penale, conservi natura filosofica --- quali siano questi punti e verificare se davvero, quando discutiamo di essi, siamo al di là di un regime di garanzie.

2. Il reato associativo: un caso particolare di diritto penale del nemico? Alcuni problemi di ordine filosofico---giuridico

2.1 Sulle ambiguità della natura giuridica del reato associativo

Avendo discusso di atti preparatori, è emersa tutta la difficoltà di stabilire con precisione i termini e le modalità riguardo la pericolosità di una condotta in relazione a determinati casi, nei quali l'intervento dello Stato tenta di prevenire l'esito delittuoso, incorrendo sovente però in trattamenti di particolare indice repressivo.

Nel caso dei reati associativi (o di organizzazione, o di sistema), il quadro - circa la valutazione della condotta punibile --- tende a complicarsi ulteriormente: in essi, infatti, forte è il rischio di criminalizzare non atti, comportamenti concreti, ma mere manifestazioni di pensieri, volontà, intendimenti. Dunque, negli illeciti di sistema, così definiti, è necessario innanzitutto verificare quel grado di adempimento ai canoni di determinatezza, materialità ed offensività ad opera delle relative fattispecie.

E' giusto riconoscerlo: in materia associativa, ad uno strutturale difetto di determinatezza delle norme, si associa un'amplissima discrezionalità da parte degli organi giudiziari, per cui sovente si assiste ad un fenomeno di formazione giudiziale delle fattispecie, che non consente alle fattispecie stesse di fissarsi in maniera certa. Il reato associativo si presenta così come una norma avente natura aperta, proteiforme, soggetta ad una notevole elasticità applicativa.

Diversi, come nota Spagnolo, addirittura suggeriscono di "eliminare dal nostro ordinamento tali fattispecie ritenute pericolose perché carenti sul

piano della tipicità e fonte, nella pratica, di distorsioni applicative ed abusi”¹³⁶. Nonostante obiezioni di questo tipo, il reato associativo sembra non conoscere crisi: secondo Cerulo “l’espansione dei reati associativi assume, da un lato, le sembianze più appariscenti della loro crescita esponenziale, dall’altro, quelle più recondite d’un proliferare di fenomeni eterogenei all’interno della singola fattispecie, che tutto include senza nulla definire”¹³⁷.

Non spetta a noi approfondire, in maniera dettagliata, questioni di carattere tecnico---dogmatico: qui si tratterà di discutere dei reati associativi, ma con l’occhio attento dello studioso di filosofia del diritto. Cercheremo di capire cioè quale sia il ruolo di tali reati in relazione allo statuto teorico del *Feindstrafrecht*, e, più in generale, riguardo alle possibilità di un trattamento giuridico---penale dell’inimicizia. La risposta in verità, osservando le questioni sollevate da Jakobs nei suoi studi sulla colpa e sul regime di imputazione¹³⁸, sembrerebbe essere assai chiara: volendo tentare una tassonomia delle varie fattispecie appartenenti ad un ipotetico diritto penale del nemico, quello associativo, per come è stato oggetto di elaborazione teorica, e per come si è andato esprimendo nella prassi applicativa, pare individuare proprio una di quelle norme su cui fondare un (sotto)sistema speciale, che esorbita da una logica di sistema ordinaria. È davvero così?

Se ciò che si mette in evidenza, nella prestazione teorica jakobsiana, è il tentativo di isolare settori particolari dell’ordinamento, organizzandoli secondo una razionalità giuridica asimmetrica, sostanzialmente diversa da quella comune, nel caso dei reati associativi ci troveremmo proprio di fronte a norme il cui obiettivo non è ispirato alle funzioni tipiche del diritto penale ordinario¹³⁹, ma alla logica della lotta, dello scontro con l’altro, il

¹³⁶ G. Spagnolo, *Criminalità organizzata e reati associativi: problemi e prospettive*, in “Rivista italiana diritto procedura penale”, 1998, p. 1161.

¹³⁷ A. Cerulo, *Il Trionfo dei reati associativi e l’astuzia della ragione*, in “Indice Penale”, 2004, pp. 1006 e ss.

¹³⁸ Cfr. G. Jakobs, *Schuld und Prävention*, Tubinga, Mohr, 1976.

¹³⁹ Cfr. L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., in particolare pp. 858--859.

diverso, colui che insieme con altri ci minaccia ed a cui non si deve ne si può garantire alcun rispetto dei diritti e delle prerogative.

“E’ opinione largamente condivisa” scrive Insolera “quella che individua nella tipologia dei delitti associativi, ed in quelli di attentato, le fattispecie di elezione per contrastare organizzazioni politiche ostili, che si pongono cioè in contrasto con una determinata realtà istituzionale”¹⁴⁰. Il diritto qui non opererebbe *ponendosi a garanzia della differenza*¹⁴¹, ma cercando di escludere, di annichilire l’altro, ritenuto politicamente (e socialmente) avverso. Nei riguardi di quest’ultimo si può notare come “la mancata integrazione nel contesto sociale provoca l’inserimento in un gruppo sottoculturale relativamente omogeneo, rispetto al quale gli episodi di violenza politica si rivelano all’analisi come frutto di un sistema di valori tipici del gruppo ma divergenti ed opposti rispetto a quelli della collettività”¹⁴².

Quello dei reati associativi appare allora, scandagliandolo bene, come uno spazio giuridico segnato da un processo di *politicizzazione delle norme*. Se è così, verso coloro i quali si macchiano di tale crimine – di associazione --- “Si può dire che siamo in presenza di veri nemici dello Stato? Persone verso le quali la funzione dialogica della pena perde senso perché hanno essi deciso di combattere contro lo Stato o la società?”¹⁴³.

Nell’area dei delitti associativi, il diritto sembra perdere, infatti, la sua veste di tecnica sociale, tramutandosi in strumento di battaglia per la sopravvivenza dello Stato. È forse eccessivo affermare tutto questo? Se la principale funzione del diritto è quella di garantire¹⁴⁴ l’individuo, nelle sue tante differenze, nel reato associativo si sfugge a tale logica, immanente al

¹⁴⁰ G. Insolera, *Reati associativi, delitto politico e terrorismo globale*, in “Diritto penale e Processo”, 11, 2004, p. 1325.

¹⁴¹ Cfr. D. Corradini, *Filosofia del conflitto*, in Atti del XVIII Congresso nazionale della Società italiana di filosofia giuridica e politica, Milano Giuffrè, 1995. L’autore indica nei criteri generali del diritto quello di essere “garante di tutte le differenze che si aggiungono alla differenza ontoassilogica tra i soggetti”.

¹⁴² S. Panagia, *Il delitto politico nel sistema penale italiano*, Padova, Cedam, 1980, p. 211.

¹⁴³ M. Donini, *Il Diritto penale di fronte al “nemico”*, in “Cassazione Penale”, 2, 2006, p. 746.

¹⁴⁴ Cfr. L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit.

giuridico¹⁴⁵. È bene chiarirsi: qui non si vuol mettere in dubbio la funzione del reato di organizzazione, quello che si discute è lo statuto ontologico di questo, la sua (difficile) appartenenza ad un regime (penale) ordinario. Ma procediamo con ordine.

Se guardiamo al passato, non sempre vi è stato giudizio unanime sulla pericolosità, sulla radicalità della minaccia incarnata dalle forme dell'associazionismo politico/criminale: basti andare alle valutazioni di Croce, per il quale "è impossibile (...) dimostrare che la regola della più meschina e più biasimevole organizzazione differisca, sostanzialmente, da quella della più alta e più nobile"¹⁴⁶. Al di là delle considerazioni dettate dal filosofo napoletano in materia ¹⁴⁷, considerazioni che comunque riprenderemo, rimane un velo di incertezza: già dal principio infatti lo sviluppo normativo dell' illecito di sistema fu assai travagliato, e altrettanto incerti furono i tentativi d'interpretazione dogmatica.

Inizialmente, come sottolinea Polaino---Orts¹⁴⁸, la dottrina concentrò le sue attenzioni intorno al *paradigma dell'autore individuale*: nei delitti in cui interveniva più di un soggetto si partiva sempre, nella costruzione dell'imputazione, dal punto di vista dell' *Autore considerato singolarmente*. Con fatica si riconobbe una *responsabilità collettiva* del fatto (di reato): alcuni seguitarono a considerare l'autore principale come l'individuo che partecipa, atomisticamente, all'azione in sé considerata e produttiva dell'evento, attribuendo al singolo individuo tutta la responsabilità penale – a nulla perciò rilevava il dato dell'appartenenza a un gruppo. Quanto riferito rifletteva una tendenza ben presente e radicata nel diritto penale, una tendenza tanto forte da cristallizzarsi in un principio generale: "il tipico autore del Codice penale è l'individuo il quale solo risponde per un proprio

¹⁴⁵ Ad essere censurato infatti, nell'illecito di sistema, è proprio il fatto che un gruppo di individui si rivela essere portatore di una differenza radicale nei riguardi dello Stato.

¹⁴⁶ Cfr. B. Troncarelli, *Croce e la giuridicità delle associazioni criminose*, in "Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto", 1993, pp. 237---252.

¹⁴⁷ Posizioni tra l'altro analoghe a quelle di altri autori, autorevolissimi, della scienza giuridica novecentesca, come Kelsen e Santi Romano.

¹⁴⁸ M. Polaino---Orts, *Delitos de organizaciòn como derecho penal del enemigo*, in G. Jakobs---M. Polaino---Orts (a cura di) *Terrorismo y Estado de Derecho*, Bogotá, Universidad Externado, 2009.

illecito e per la propria colpevolezza”¹⁴⁹. Tutto questo nel tempo fu però messo in discussione: anche nella dogmatica più tradizionale, infatti – nella quale per lungo tempo si evitò la teorizzazione di un illecito di sistema¹⁵⁰ – si fece largo l’ipotesi circa l’elaborazione di un’ imputazione collettiva. Il fatto (di reato) in tal senso divenne non più ascrivibile esclusivamente a un soggetto, preso individualmente, ma anche all’organizzazione illecita cui il soggetto stesso decide di partecipare.

Invero non mancarono accenti polemici durante il corso del dibattito dottrinario: tornando a Jakobs, egli affermò essere in errore chi – come Kindhauser o Seelmann --- seguitava a ritenere che l’azione delittuosa, anche quando commessa in seno ad una organizzazione, avesse sempre paternità individuale; per il giuspenalista di Bonn, infatti, una condotta diventa punibile anche solo se essa si limita ad essere mero strumento per l’esecuzione di un’altra condotta, diversa dalla prima, ma che si inserisce nello stesso quadro delittuoso: l’organizzazione criminale è il quadro, il sistema, il prisma attraverso cui comprendere ed in cui si inseriscono le singole azioni.

Oggi nessuno più osa contestare il principio dell’imputazione collettiva e con esso l’efficacia e l’esistenza del reato di organizzazione. Questo anche perchè “Le fattispecie associative sono strumenti processuali assai duttili: orientano l’indagine e riconducono ad unità episodi criminosi altrimenti irrelati”¹⁵¹. Addirittura l’illecito di sistema avrebbe un disvalore superiore, rispetto alle altre figure di reato, così che “il nemico è l’organizzazione, la sua rete, la struttura”¹⁵². È chiaro come una siffatta caratterizzazione del reato associativo assuma un significato decisivo: se il nemico è l’organizzazione, allora si è nemici (dello Stato) solo perché si partecipa ad

¹⁴⁹ Sullo sviluppo dogmatico del reato associativo (in chiave politica) si veda anche G. Fiandaca--E. Musco, *Diritto penale. Parte speciale*, Bologna, Zanichelli, 2007, pp. 34--65.

¹⁵⁰ Basti pensare che un giurista come Lampe --- cui si deve una importantissima costruzione sistematica del reato di organizzazione – ritenne che “*il diritto penale è un diritto di carattere individuale*”. Cfr. E. J. Lampe, *Systemun---recht und Unrechts systeme*, in “ZStW”, 1994, pp. 683 e ss.

¹⁵¹ A. Cerulo, *Il Trionfo dei reati associativi e l’astuzia della ragione*, cit., p. 1009.

¹⁵² G. Insolera, *Reati associativi, delitto politico e terrorismo globale*, cit., p. 1326.

essa, non esistendo grossi margini di differenza tra i partecipanti, per cui "una lotta efficiente ad una organizzazione non si attarda sulla differenziazione tra ruolo marginale e centrale"¹⁵³ dei singoli, siano essi protagonisti capi o semplici comparse.

Riconosciuto dunque che l'imputazione è collettiva oltre che individuale, bisogna intendersi sulle qualità, sulle caratteristiche dell'associazione criminale, sulla quale si fonda l'intera teorica dell'illecito di sistema. Due sono allora gli elementi da tenere in considerazione: quello oggettivo, inerente la struttura dell'associazione, e quello soggettivo in riferimento ai fini illeciti della stessa.

In quest'ottica, si è sostenuto che "Una associazione criminale è, innanzitutto, un'istituzione, un'impresa rivolta a fini illeciti, differente dalla mera somma delle persone fisiche che perseguono i suoi scopi"¹⁵⁴. Facendo riferimento a Lampe, le organizzazioni criminali si presenterebbero come dei *sistemi antiggiuridici*, come delle *costruzioni sociali con un fine asociale*¹⁵⁵. Percorrendo questa linea interpretativa, l'associazione criminale non può essere vista come un fenomeno aleatorio, legato ad un evento isolato, mostrandosi invece come un'istituzione giuridica con personalità propria, una propria dinamica interna ed una struttura indipendente, secondo la formula che la vuole ora *Stato nello Stato* ora *Antistato*¹⁵⁶. C'è da aggiungere però che sull'elemento oggettivo dell'illecito di sistema, riguardante come detto la struttura dell'associazione, grande dibattito si è sviluppato, in dottrina, e non si è arrivati mai, definitivamente, a conclusioni certe. Sulla questione allora solo alcune fugaci considerazioni.

Se l'associazione criminale è tale dunque perché organizzata, dotata di una struttura stabile, l'assumere tale dato (oggettivo) da solo può non bastare, questo perché, in definitiva, "l'associazione per delinquere si risolve nella giustapposizione della dimensione finalistica intrinsecamente

¹⁵³ *Ibidem*.

¹⁵⁴ M. Polaino-Orts, *Delitos de organizaciòn como derecho penal del enemigo*, in G. Jakobs-M. Polaino-Orts (a cura di) *Terrorismo y Estado de Derecho*, cit.

¹⁵⁵ E. J. Lampe, *Systemun-recht und Unrechtssysteme*, cit., pp. 686, 704, 716, 719 e ss.

¹⁵⁶ Cfr. G. Fiandaca, *La mafia come ordinamento giuridico. Utilità e limiti di un paradigma*, in "Foro it.", V, 1995, pp. 21 e ss.

criminosa al dato materiale neutro dell'esistenza del sodalizio" ¹⁵⁷ . Riaffermata sempre l'importanza del carattere soggettivo, finalistico (nel reato di associazione), per cui la struttura esiste in funzione del fine, osserviamo quali dubbi può sollevare il dato dell'organizzazione. In realtà, nonostante in molti abbiano presentato l'associazione per delinquere come un sottosistema particolare, un ordinamento nell'ordinamento, addirittura un contropotere¹⁵⁸ dello Stato, ciò non è stato esente da critiche: come segnala Catania "non è per niente sufficiente constatare un certo tipo di organizzazione sociale per riconoscere, richiamare, e, in qualche senso ascrivere il giuridico"¹⁵⁹. La posizione di Catania richiama, polemicamente, quella di Santi Romano, ispiratore dell'istituzionalismo, il quale giunse tra i primi a teorizzare il ruolo e l'importanza giuridica del fenomeno associativo/criminale ¹⁶⁰ . Scrive Santi Romano: "é noto come, sotto la minaccia delle leggi statuali vivono spesso, nell'ombra, associazioni, la cui organizzazione si direbbe quasi analoga, in piccolo, a quella dello Stato: hanno autorità legislative e esecutive, tribunali che dirimono controversie e puniscono, agenti che eseguono inesorabilmente le punizioni, statuti elaborati e precisi come le leggi statuali. Esse dunque realizzano un proprio ordine, come lo Stato e le istituzioni statualmente lecite" ciò comporta che "Il negare a tale ordine il carattere della giuridicità non può essere che la conseguenza di un apprezzamento etico, in quanto siffatti enti sono spesso delittuosi o immorali; il che sarebbe ammissibile, ove fosse dimostrata quella dipendenza necessaria e assoluta del diritto positivo dalla morale, che, secondo noi, (...) è invece inesistente"¹⁶¹.

Traspare dalla riflessione romaniana, una scelta di fondo assolutamente neutrale rispetto alle forze in campo, rappresentate dallo Stato e dalla criminalità. Ma Santi Romano non è l'unico a riconoscere e a dare rilevanza

¹⁵⁷ A. Cerulo, *Il Trionfo dei reati associativi e l'astuzia della ragione*, cit., pp. 1027 e ss.

¹⁵⁸ Di nuovo ci permettiamo di rinviare a G. Fiandaca, *La mafia come ordinamento giuridico. Utilità e limiti di un paradigma*, cit.

¹⁵⁹ A. Catania, *Lo Stato moderno. Sovranità e giuridicità*, Torino, Giappichelli, 1996, p. 80.

¹⁶⁰ Un altro importante studioso ad aver offerto un contributo in questo senso è stato Gianfranco Miglio.

¹⁶¹ S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, Sansoni, 1967, pp. 123-124.

(giuridico---sociale) al fenomeno dell'associazionismo criminale: emerge, infatti, su questo punto, tutta la sua personale vicinanza – quantomeno a livello iniziale¹⁶² --- con le tesi di Croce, prima soltanto richiamate. Secondo il filosofo napoletano, infatti, “il diritto di un’associazione a delinquere ha, contro a sé, il diritto di una società più vasta; soggiacerà a questo secondo, come al più forte (...) ma vive come diritto e soggiace come diritto”¹⁶³. L’idea della giuridicità delle organizzazioni criminali si fonderebbe, crocianamente, sulla distinzione tra diritto e morale per cui non esisterebbe alcuna *sostanziale differenziazione gerarchica* tra lo Stato e le organizzazioni (criminali), entrambe forme *dell’attività individuale*¹⁶⁴, e quindi “nel campo giuridico – allorchè il concetto s’intenda con rigore filosofico, e cioè in tutta la sua estensione --- rientrano non solo le azioni, che gli uomini compiono in conformità delle leggi e dello Stato, ma quelle che compiono in conformità di ogni altra regola: non solo lo statuto o legge fondamentale dello Stato, ma anche le regole dei giochi; non solo le organizzazioni della Chiesa e dello massoneria, ma quelle anche della mafia e della camorra”¹⁶⁵.

Secondo noi – assumendo su questo la posizione di Catania --- il pericolo che si cela rispetto a visioni del giuridico così *oggettivistiche* (diritto uguale organizzazione) come per Santi Romano – ovvero visioni che fondano il diritto sul *fatto---istituzione* -- o così *neutralistiche* come per Croce – le quali vedono il diritto solo come azione *utilitaria e amorale* dell’individuo – è che, se ogni ordine è lecito in base esclusivamente al fatto che serva alla realizzazione dell’individuo o perché esso “esterna simbioticamente il rapporto comando---obbedienza” fissandolo in una *Gestalt* definita, “non

¹⁶² È importante riconoscere che le interpretazioni di entrambi gli autori, Croce e Santi Romano, nella lettura complessiva del fenomeno associativo criminale sono, seppur simili nella forma sostanzialmente differenti nella sostanza, perché mutuano da scenari epistemologici diversi: filosofico quello crociano, giuridico quello romaniano.

¹⁶³ B. Croce, *Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell’economia*, Napoli, Ricciardi, 1926, p. 40.

¹⁶⁴ Cfr. B. Troncarelli, *Croce e la giuridicità della associazioni criminose*, cit., pp. 239 e ss. Qui l’autrice lascia supporre, su quest’argomento, un legame diretto tra Croce e l’istituzionalismo di Santi Romano.

¹⁶⁵ B. Croce, *Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell’economia*, cit., p. 46.

dovremmo neppure parlare di una contrapposizione tra ordinamento giuridico e criminalità organizzata”, dovendo discutere invece di “coesistenza di ordinamenti giuridici che siano ora espressione dello Stato, ora espressione di organizzazione di tipo camorristico, mafioso etc”¹⁶⁶. Possiamo osservare che questo non è completamente esatto. L’organizzazione criminale, in sé considerata, genera invece *destabilizzazione sociale*, la quale è l’opposto dell’ordine giuridico: tale ordine, al contrario, si palesa quando “vi sia a grosse linee una grande convergenza di comportamenti che in un modo o nell’altro sia in sintonia con le prescrizioni delle regole del sistema stesso”¹⁶⁷.

Da un certo punto di vista, l’associazione criminale rappresenta dunque non la forma particolare di un *ordine giuridico (il)legale* ma l’antitesi stessa di qualsiasi ordinamento: essa si mostra come un *elemento di rottura*, scardinando la tela di principi, valori, norme, rappresentanti la morale pubblica, e che lo Stato pone in essere. In questo senso, le organizzazioni criminali “tendono sempre a fornire modelli di comportamento che sono necessariamente e logicamente in contrasto con quelli ufficiali dell’ordinamento giuridico dello Stato stesso”¹⁶⁸. Se di sistema si vuol discorrere, a proposito delle associazioni criminali, questo si presenta più come un *sistema disfunzionale*¹⁶⁹ che come un corrispettivo dell’ordinamento giuridico dello Stato.

2.2 Il problema della condotta punibile

Verificata allora tutta la problematicità dell’assunzione di un termine come quello di organizzazione in riferimento alle molteplici forme

¹⁶⁶ A. Catania, *Lo Stato moderno. Sovranità e giuridicità*, cit., p. 80.

¹⁶⁷ Ivi, p. 81.

¹⁶⁸ Ivi, p. 82.

¹⁶⁹ M. Polaino---Orts, *Delitos de organizaciòn como derecho penal del enemigo*, in G. Jakobs---M. Polaino---Orts (a cura di) *Terrorismo y Estado de Derecho*, cit. Le organizzazioni criminali, infatti, con i loro traffici illeciti, minano l’economia regolare drenando risorse essenziali per il soddisfacimento degli interessi pubblici. In questo senso si può dire che svolgono una *funzione disfunzionale* rispetto allo Stato e i suoi interessi. La cronaca offre quotidianamente prova di questa realtà, soprattutto in Italia.

dell'associazionismo politico/criminale¹⁷⁰, rimaniamo allo statuto dei reati associativi: l'obiettivo, come si è riferito all'inizio, è verificare tutte le condizioni a che il delitto associativo possa inserirsi nel quadro del *Feindstrafrecht*, ispirato ad una *logica giuridica* diversa da quella comune. Chiariamo meglio questo punto cominciando ad analizzare quale sia la condotta effettivamente punibile, nell'illecito di sistema.

Sebbene argomento dibattuto da molti, si è arrivati ad attribuire *idoneità lesiva* al mero *atto di adesione*, ritenendolo già in sé perfetto, capace di destabilizzare, attraverso il *medium associativo*, l'ordine sociale. In dottrina nondimeno c'è stato chi, andando contro l'opinione dominante, ha considerato quello di adesione (all'associazione criminale) un atto meramente preliminare, inidoneo a fondare l'imputazione: visto in quest'ottica, l'atto di associarsi rappresenterebbe solo una *fase intermedia*, un atto preparatorio in vista di delitti ben più complessi, quali quelli contro la pace pubblica di cui l'organizzazione criminale è protagonista e soggetto---autore. L'incriminazione (dell'adesione), nel reato associativo, rappresenterebbe dunque una forma anticipata ¹⁷¹ di punizione, un intervento dello Stato che serba nel suo orizzonte finale la prevenzione dei delitti/scopo¹⁷².

¹⁷⁰ Problematicità rilevata non solo in dottrina ma anche in giurisprudenza, come segnala tra l'altro Cerulo, il quale ricorda come "La stabilità del vincolo, nella prassi giurisprudenziale, pare supplire il dato più tangibile dell'organizzazione, spesso enunciato, buon ultimo, come mero accessorio. La stabilità e la permanenza sono riferite alla *societas sceleris*, laddove il requisito dell'organizzazione si presenta svalutato, scarnificato, spogliato di ogni parvenza di concretezza". Cfr. A. Cerulo, *Il Trionfo dei reati associativi e l'astuzia della ragione*, cit., p. 1029.

¹⁷¹ Sul paradigma dell'anticipazione della tutela, in riferimento ai delitti associativi, cfr. G. De Vero, *I reati associativi nell'odierno sistema penale*, in "Rivista italiana diritto procedura penale", 1998, pp. 385---413.

¹⁷² La categoria dei *delitti scopo* è molto dibattuta in dottrina perché inerisce alla relazione tra partecipazione del singolo all'organizzazione e attività illecita della stessa. Scrivono Fiandaca e Musco "Uno dei nodi cruciali dell'intera problematica dei reati associativi riguarda il rapporto tra il fatto dell'appartenenza all'associazione ed il concorso nei reati oggetto del programma dell'associazione criminosa. Si tratta di stabilire se la partecipazione alla deliberazione del programma sociale criminoso implichi per ciò solo la responsabilità per i singoli delitti programmati, anche se poi non si sia preso materialmente parte alla loro concreta commissione. Dottrina e giurisprudenza sono tendenzialmente orientate ad escluderlo, ritenendo insufficiente la semplice partecipazione alla associazione ai fini della responsabilità concorsuale. Ed invero una corretta impostazione del problema non può partire dalla semplice appartenenza

In questo modo iniziano però tutti i problemi di tenuta rispetto ai principi di uno Stato di diritto: criminalizzando la semplice adesione a un gruppo, è inevitabile che si deroghi al diritto di libera associazione, diritto garantito costituzionalmente. Occorrerà allora prevedere un bilanciamento tra diritti e garanzie di sicurezza? Inutile illudersi: come nota David Cole “quella tensione che costantemente ricorre tra libertà e sicurezza, mentre non deve essere sopravvalutata, nemmeno può essere negata in maniera assoluta”¹⁷³.

“E’ evidente” – sottolinea sempre Polaino---Orts – “che il delitto di organizzazione è, in quanto misura di un Diritto penale del nemico, eccezionale. Ciò che per tutti i cittadini è un esercizio dei diritti fondamentali (di associazione e di pensiero) per il delinquente che si associa con altri al fine di commettere delitti detto esercizio è vietato”¹⁷⁴. È possibile dunque criminalizzare qualsiasi condotta consistente nell’atto di riunione insieme con altri, senza deviare da un modello di *Rechtsstaat*? In questo senso, “E’ innanzitutto il fatto associativo come tale, nella sua compiuta dimensione collettiva, che va esaminato in ordine alla compatibilità dapprima con la libertà di associazione e quindi con i principi di determinatezza, materialità ed offensività”¹⁷⁵.

all’associazione, ma dall’attività svolta all’interno dell’associazione criminosa (...). È un dato di esperienza che la esecuzione dei cosiddetti reati---scopo poggia su un insieme di attività che sono direttamente riconducibili alla sfera e al modo di operare della associazione. Ora, queste attività per così dire comuni si pongono certamente come casualmente rilevanti rispetto al compimento dei reati---scopo”. Cfr. G. Fiandaca---E. Musco, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., pp. 38---39.

¹⁷³ D. Cole, *Enemy Aliens*, in M. Donini---M. Papa (a cura di) *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, cit., p. 245. Più in là l’autore scrive: “Noi amiamo la libertà e la sicurezza, ma, allo stesso tempo, riconosciamo che talvolta è necessario limitare l’una per favorire l’altra (...) Quando una società democratica intacca l’equilibrio che esiste tra libertà e sicurezza in un modo che distribuisce su tutti, uniformemente, costi e benefici, è relativamente possibile confidare nel fatto che il processo politico alla fine raggiungerà un equilibrio adeguato”.

¹⁷⁴ M. Polaino---Orts, *Delitos de organizaciòn como derecho penal del enemigo*, in G. Jakobs---M. Polaino---Orts (a cura di) *Terrorismo y Estado de Derecho*, cit. La categoria di delinquente pare qui avere una dimensione particolare: l’aderire ad una organizzazione illecita spesso, infatti, riveste il soggetto partecipante di una connotazione criminale che prima dell’adesione egli non possedeva. È l’organizzazione dunque a definire il profilo criminale del singolo membro e non viceversa.

¹⁷⁵ G. De Vero, *I reati associativi nell’odierno sistema penale*, cit., p. 386.

Evidentemente, quello che viene messo in discussione, non è il diritto di associazione – caposaldo della modernità liberale – ma l’abuso che se ne fa, l’aggiramento dei presupposti fondamentali cui il diritto – di associazione --- è sottoposto. Riunirsi insieme con altri appare come una condotta neutrale: nella maggior parte dei casi, infatti, l’atto di associarsi ad un qualsiasi tipo di gruppo, non possiede alcuna rilevanza penale. Per legittimare qualsiasi restrizione che sia tale da consentire una normativa di eccezionale rigore, è necessario che l’organizzazione realizzi un clima di tensione di tale entità che il suo solo permanere, anche senza il compimento di azioni di particolare efferatezza, rappresenti un pericolo per lo Stato.

Seguendo tale ragionamento, nessun dubbio pare esserci allora: rendere illegale l’associazione criminale è un atto costituzionalmente dovuto, oltre che necessario, che realizza una funzione di pura sicurezza¹⁷⁶. Il problema però sussiste quando ci si trovi davanti ad associazioni che non presentano immediatamente, o nascondono, i fini illeciti della loro organizzazione. In questi casi, secondo De Vero, “decisiva è la possibilità di ricondurre le figure legali ai tassativi divieti contenuti nella seconda parte dell’art. 18 o nella dodicesima disposizione finale della Carta costituzionale; ma non va esclusa l’eventualità di un ulteriore ricorso all’art. 18, primo comma, Cost., ove un’attenta operazione ermeneutica conduca a ravvisare una sostanza intrinsecamente criminosa del programma associativo al di là della squama del linguaggio legislativo”¹⁷⁷.

Andando al di là di quelle che si presentano come delle mere tecniche interpretative, a noi pare non essere un errore (ri)affermare che buona parte della materia dell’associazionismo criminale sia assiologicamente governata dalla logica dello scontro, della lotta, che investe il giuridico. “In questa realtà” scrive di nuovo Insolera “si possono cogliere tratti di un diritto penale del nemico, in esso il profilo della lotta a certe forme di

¹⁷⁶ Cfr. M. Polaino-Orts, *Delitos de organizaciòn como derecho penal del enemigo*, in G. Jakobs-M. Polaino-Orts (a cura di) *Terrorismo y Estado de Derecho*, cit.

¹⁷⁷ G. De Vero, *I reati associativi nell’odierno sistema penale*, cit., p. 399.

criminalità prevale rispetto alle giustificazioni riguardanti l'altro diritto penale"¹⁷⁸.

Non è sempre facile comunque riuscire a individuare quelle condotte che, pur abusando di un diritto legittimo, come quello di associazione, serbano la volontà di un disegno de---stabilizzante rispetto all'ordine legale. Se ad esempio un'associazione per delinquere non presenta una struttura che sia solida, permanente, ma al contrario volatile, indefinita, l'aderire ad essa determina egualmente il profilo criminale di un soggetto? Nota sempre De Vero: "Ora, è proprio la condotta di partecipazione ad esporsi ai dubbi di sufficiente determinatezza e di adeguatezza del contributo arrecato dal socio all'evento lesivo in termini di personalità della responsabilità penale"¹⁷⁹.

È indubbio, allora, che, nella tipizzazione dei reati associativi, si celi un pericolo: quello cioè che venendo messi da parte i *principi di offensività e di materialità* della condotta, si ricada sistematicamente in un regime particolare, nel quale il paradigma punitivo prescinde dall'azione concretamente commessa, fondandosi *sull'appartenenza al gruppo*. In questo senso i reati di associazione possono legittimamente definirsi come *delitti di status*. Non importa dunque il fatto, l'azione commessa, ma le qualità intrinseche del soggetto, il suo *essere parte* di una fazione avversa, ostile (allo Stato)¹⁸⁰.

In virtù di questo, è assai facile riconoscere come una prima categoria di delitti di organizzazione sia costituita dal *delitto di appartenenza ad una banda armata*, il quale delitto rappresenta il più chiaro esempio di *crimine di status*. Attraverso il reato in questione s'imputa al soggetto non un fatto specifico ma il possesso di una posizione in seno all'associazione – la banda armata – vero bersaglio dell'azione penale. Il dato dell'appartenenza all'associazione assume allora un peso relevantissimo nella costruzione

¹⁷⁸ G. Insolera, *Reati associativi, delitto politico e terrorismo globale*, cit., p. 1325. Qui, nell'altro diritto penale evocato da Insolera, si possono forse riconoscere le forme del *Bürgerstrafrecht* teorizzato da Jakobs.

¹⁷⁹ G. De Vero, *I reati associativi nell'odierno sistema penale*, cit., p. 409.

¹⁸⁰ Cfr. di nuovo M. Polaino-Orts, *Delitos de organizaciòn como derecho penal del enemigo*, in G. Jakobs-M. Polaino-Orts (a cura di) *Terrorismo y Estado de Derecho*, cit.

dell'imputazione. In questo senso, inoltre, il delitto di organizzazione si presenta come un tipo di reato particolare, possedendo una connotazione *fondamentalmente simbolica*¹⁸¹: con esso cioè non si violano soltanto delle regole specifiche, ma si sfida – partecipando all'organizzazione --- l'ordine legale nel suo complesso. L'associazione criminale, attraverso l'utilizzo coatto della violenza, provoca, infatti, sul suo stesso campo, lo Stato – che della violenza si considera weberianamente monopolista --- segnando di fatto l'apertura al conflitto con esso.

Pare dunque, a una prima analisi, che proprio negli illeciti di sistema si giunga a quel punto massimo in cui “la sfera della politica coincide con la sfera del rapporto amico---nemico”¹⁸². È evidente, infatti, come nella lotta contro le organizzazioni criminali, lo Stato, la politica, attraverso lo strumento penale, agiscano secondo uno schema preciso, consistente “nell'attività di aggregare e difendere gli amici e di disaggregare e combattere i nemici”¹⁸³. In tal senso, nella disciplina dei reati associativi, l'obiettivo è proprio quello di *disaggregare e combattere i nemici*. Si pensi al regime della responsabilità penale, ma anche ad alcuni strumenti processuali utilizzati: se l'intervento penale si aziona già al momento dell'adesione, e se, ai fini di questo, a nulla importa l'essere soggetti attivi o passivi, rispetto all'esecuzione di un determinato reato, ma importa solo

¹⁸¹ Sul valore simbolico delle associazioni criminali, viste come contropotere in lotta contro il monopolio politico dello Stato, si veda oltre che il già citato M. Polaino---Orts, *Delitos de organizaciòn como derecho penal del enemigo*, in G. Jakobs---M. Polaino---Orts (a cura di) *Terrorismo y Estado de Derecho* cit., anche G. Fiandaca, *La mafia come ordinamento giuridico. Utilità e limiti di un paradigma*, cit.

¹⁸² N. Bobbio, *Teoria generale della Politica*, Torino, Einaudi, 1999, p. 112. Spiega l'autore, relativizzando la posizione euristica schmittiana, “Nonostante la pretesa di valere come definizione globale del fenomeno politico, la definizione di Schmitt considera la politica secondo una prospettiva unilaterale, ancorchè importante, che è quella del particolare tipo di conflitto che contraddistinguerrebbe la sfera delle azioni politiche”. Nel caso in esame dunque, lo strumento penale avrebbe una funzione servente – e non centrale --- rispetto all'emergere del conflitto che caratterizza la sfera delle azioni politiche. Secondo Donini “La problematicità di questa tesi, che rimane oggettivamente di grande interesse e attualità, risiede però altrove, vale a dire nel rapporto di autonomia radicale che viene instaurato tra politica e diritto. Chi decide lo stato di eccezione, ovvero la guerra e con ciò anche l'avversario politico, è sottratto a regole giuridiche in questa scelta: la politica è giuridicamente libera e nessuna Costituzione, vale a dire nessun giudice costituzionale, potrà permettersi di metterle il bavaglio”. Cfr. M. Donini, *Il Diritto penale di fronte al “Nemico”*, cit., p. 739.

¹⁸³ N. Bobbio, *Teoria generale della Politica*, cit., p. 112.

essere membri (dell'organizzazione), è fin troppo chiaro come la leva penale si indirizzi, nei confronti delle associazioni criminali, al fine di disarticolargli, di disaggregarne la struttura interna. Tutto questo, è bene premetterlo, nella prevalenza dei casi è sicuramente legittimo. Indubbiamente però, quando si diventa attori del reato solo perché si è ritenuti (presunti) membri di organizzazioni considerate ostili, senza alcun previo accertamento, il rischio è quello di virare verso una soggettivazione dell'illecito, secondo la logica del *Feindstrafrecht*¹⁸⁴.

2.3 Reato associativo quale norma appartenente ad un regime giuridico d'eccezione?

Dunque, *il paradigma della lotta* pare inevitabilmente condizionare l'intera area degli illeciti di sistema, diventando uno degli assi centrali attraverso i quali comprendere certe tendenze attuali di politica criminale. Come sottolinea in merito Donini “non esiste solo il diritto penale della colpevolezza, (in parte erede di quello che una volta era il diritto penale della retribuzione), ma anche quello della lotta, della pericolosità e della neutralizzazione”¹⁸⁵. Ma il paradigma della lotta può condizionare il giuridico senza correre il rischio di snaturarlo?

Sempre rimanendo sulle posizioni di Donini, è possibile notare come “le politiche criminali e quelle penali sono orientate a uno scopo. Esse usano quindi il diritto, e segnatamente il diritto penale, come strumento per un fine. Tale fine è sempre di tutela (di beni giuridici, essenzialmente) ma non è necessariamente solo un fine di giustizia. Il diritto penale, infatti, è utilizzato anche come strumento di lotta in funzione della difesa e della pace sociale”¹⁸⁶.

Qui ritorniamo alle riflessioni di partenza: se nel campo dei delitti associativi il fine ontologico del diritto muta, ciò significa rendere la

¹⁸⁴ In questo ultimo senso emergono, inquietantemente, delle similitudini con il *Tatertyp*. Cfr. G. Dahm, *Der Methoden streit in der heutigen Strafrechtswissenschaft*, cit.

¹⁸⁵ M. Donini, *Il Diritto penale di fronte al “Nemico”*, cit., p. 736

¹⁸⁶ *Ibidem*.

normativa riguardante le organizzazioni criminali un diritto ingiusto? E secondo quali canoni? Riflettiamo un istante sul concetto di lotta nel penale. Nei fatti esisterebbero, secondo Donini, addirittura cinque forme di diritto che egli definisce come: *di lotta, di emergenza, o (almeno in parte) del nemico*. Una di tali forme sarebbe segnata proprio da tutte quelle situazioni “solitamente collocabili nell’ambito del delitto politico, terroristico, mafioso o della criminalità organizzata”¹⁸⁷. In questo senso “esistono forme di un diritto penale di lotta che, entro certi limiti o almeno per l’intervento di alcuni organi pubblici, appaiono legittime, pur potendo trasformarsi in manifestazioni di un diritto di guerra”¹⁸⁸.

Occorre allora prendere nota del problema – riguardante l’associazione diritto/guerra nell’illecito di sistema --- all’interno di una riflessione più ampia, senza dimenticarne i profili tecnico---dogmatici. Prima però è d’obbligo un ulteriore rapido chiarimento.

Il concetto di lotta, qui evocato in rapporto al contenimento del fenomeno organizzativo/criminale, non è un concetto che, nel pensiero moderno, ha genesi giuridica bensì politica. Uno dei suoi massimi teorici è stato Julien Freund, che non era un giurista di formazione ma un sociologo ed in particolare uno dei più autorevoli allievi di Schmitt. Nel delineare il concetto di lotta, Freund si muove in un campo d’analisi che ha come oggetto il *Politico*, declinato in senso schmittiano. Così egli scrive a riguardo: “Elle est la forme irrationnelle et indéterminée des conflits” così che in essa (la lotta) “Tout est possible, tout est permis”¹⁸⁹. Argomenta sempre il sociologo francese: “La lutte constitue en politique un phénomène permanent pour plusieurs raisons. La plus péremptoire se fonde sur le fait que l’inimitié est insurmontable. Cela veut dire que la lutte constitue la dialectique entre l’ami et l’ennemi (...) La notion de lutte implique la présence d’un adversaire, d’un rival ou d’une opposition”¹⁹⁰.

¹⁸⁷ Ivi, pp. 741 e ss.

¹⁸⁸ *Ibidem*.

¹⁸⁹ J. Freund, *L’essence du Politique*, Paris, Sirey, 1965, p. 542.

¹⁹⁰ Ivi, p. 545.

Se quindi *la politique est lutte*, dunque forma dell'agire senza regole giuridiche certe, la lotta non dovrebbe trovare cittadinanza nella cittadella del diritto penale, quantomeno di quello ordinario d'impronta liberale. Si può affermare allora, sulla scorta di quanto detto, che l'illecito di sistema, fondato proprio --- come nota Donini --- sulla logica del conflitto, della lotta, sia una norma appartenente a un *regime (giuridico) d'eccezione*?

Non sembra avere dubbi Insolera, che afferma: "Nel contesto del diritto penale dello stato di eccezione, (...) ruolo centrale è svolto dai delitti associativi"¹⁹¹. Anche per Moccia "la legislazione penale contro la criminalità organizzata rappresenta la tipica espressione di normativa emergenziale con tutti i difetti che connotano questo tipo di provvedimenti"¹⁹². Quali sarebbero allora le caratteristiche atte a rendere il delitto associativo una figura giuridica d'eccezione? *L'approssimazione, la caoticità, il rigorismo repressivo, la simbolicità, la caduta in termini di garanzie*¹⁹³.

Come già rilevato, *nell'eccezionalità del reato associativo*, un ruolo decisivo assume lo strutturale difetto di determinatezza che è tale da favorire una formazione giudiziale della fattispecie. Altresì, sempre riguardo al carattere stra---ordinario dell'illecito di sistema, determinante appare l'incertezza circa il grado d'indipendenza ed autonomia del reato di associazione rispetto ai delitti---scopo. Se per De Vero "La struttura del reato associativo va dunque definitivamente puntualizzata nei termini di un'unitaria fattispecie plurisoggettiva, che si articola in una pluralità di condotte dotate di efficienza causale variamente connotata rispetto al prodursi del Gesamterfolg del sodalizio criminale"¹⁹⁴, discutendo del principio del fatto altri hanno, contrariamente, ritenuto che nell'illecito di sistema manchi un evento certo cui ricondurre le singole condotte, senza il

¹⁹¹ G. Insolera, *Reati associativi, delitto politico e terrorismo globale*, cit., p.1326.

¹⁹² S. Moccia, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, cit., pp. 53 e ss.

¹⁹³ *Ibidem*.

¹⁹⁴ G. De Vero, *I reati associativi nell'odierno sistema penale*, cit., p.408.

quale il reato di organizzazione appare, ad un'analisi superficiale, addirittura un *non-reato*, senza dubbio una fattispecie anomala.

Secondo alcuni, il fatto del reato – nei delitti associativi – si mostrerebbe come *un'entità giuridicamente indefinita*, addirittura il pretesto per la neutralizzazione di un soggetto pericoloso¹⁹⁵. È chiaro che, rimanendo fedeli ad un'interpretazione rigorosa ed ortodossa del principio del fatto, nessuno può divenire oggetto di imputazione soltanto per essere parte – o per pensare di far parte --- di un sistema, o gruppo di persone, ritenuto ostile (allo Stato).

Nonostante i rilievi mossi, comunque, crediamo sia difficile poter affermare che nei delitti di organizzazione un fatto non sussista o sia totalmente assente. Il punto è stabilire un equilibrio nella relazione tra l'azione, il fatto – penalmente rilevante – e il soggetto agente. Lo stesso Kelsen ammette “che delle norme possono riferirsi agli individui senza riferirsi ai loro comportamenti”¹⁹⁶. Spiega il giurista praghese che “il comportamento dell'individuo contro il quale la sanzione è diretta può non trovarsi tra le condizioni della sanzione. Questo è il caso in cui un individuo o vari individui sono considerati responsabili per un illecito commesso da un altro, specialmente quando viene stabilita una responsabilità collettiva; ciò vale a dire che gli individui debbono essere puniti non perché essi hanno commesso l'illecito, ma perché appartengono al gruppo a cui appartiene il delinquente”¹⁹⁷.

Già il prendere parte, l'associarsi di un soggetto ad una struttura criminale può rappresentare sotto certi aspetti un fatto obiettivo fondamentale ai fini dell'imputazione: si può dunque criminalizzare un

¹⁹⁵ Cfr. M. Polaino-Orts, *Delitos de organizaciòn como derecho penal del enemigo*, in G. Jakobs--M. Polaino-Orts (a cura di) *Terrorismo y Estado de Derecho* cit. Tale è l'idea dell'autore, il quale continuamente rilancia il carattere polemologico delle norme sui reati associativi, architrandovi di un vero e proprio trattamento giuridico dell'ostilità. Per quanto riguarda la fattispecie associativa, dunque, si tratterebbe secondo l'autore di posizionarla a pieno titolo nell'area del *Feindstrafrecht*.

¹⁹⁶ H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Wien, 1934, trad. it. *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 2000, p. 225.

¹⁹⁷ *Ibidem*.

individuo in base al suo solo status di membro, se egli partecipa attivamente e direttamente agli atti (illeciti) dell'organizzazione.

La dottrina ha cercato, in riferimento a questo problema, di elaborare due modelli di imputazione, che sono l'uno opposto all'altro. Nel primo, si ha un trasferimento automatico della responsabilità penale dall'associazione al singolo membro così che l'adesione all'organizzazione da sola determina l'attribuzione dei reati (scopo) commessi dalla stessa; nel secondo la responsabilità penale, in seno all'associazione, è legata all'attività effettivamente svolta dal singolo membro, per cui si possono criminalizzare solo quelle condotte che sono realmente attribuibili al soggetto.

La questione, come si può vedere, presenta comunque notevoli difficoltà interpretative: se guardiamo al panorama degli illeciti di sistema come a una terra di confine, in cui le garanzie liberali classiche vengono di volta in volta sacrificate in nome della sicurezza, si è sempre su di un crinale. Ci troviamo di fronte ad una figura giuridica dello stato di eccezione o, come invece afferma qualcuno, davanti ad un processo di positivizzazione dell'eccezione stessa per cui "la lotta alla criminalità, dunque, non si presenta più come un fenomeno sociologico, un momento pratico dell'azione di polizia (...). Non è neppure un aspetto contingente ed eccezionale di qualche legge d'emergenza relegata dal pensiero ortodosso nelle illusioni o nelle forme del diritto transitorio. È piuttosto un concetto normativo che investe le funzioni ordinarie del diritto penale e la stessa dimensione giurisdizionale del diritto, oltre che del processo penali"¹⁹⁸.

Tali considerazioni hanno trovato, invero, un'eco diffusa: anche Spagnolo ritiene che "non stiamo vivendo una fase transitoria o di emergenza. La crescita quantitativa e qualitativa delle associazioni criminali è il riflesso della trasformazione strutturale che caratterizza tutta la vita economica moderna"¹⁹⁹.

¹⁹⁸ M. Donini, *Diritto penale di lotta. Ciò che il dibattito sul diritto penale del nemico non deve limitarsi a esorcizzare*, in "Studi sulla questione criminale", 2, 2007, p. 57.

¹⁹⁹ G. Spagnolo, *Criminalità organizzata e reati associativi: problemi e prospettive*, cit., p. 1161.

Diversi, e autorevoli esponenti della dottrina, hanno cercato di inscrivere il reato di organizzazione nella normale prassi giuridica, negandone l'eccezionalità: non più *diritto transitorio* ma *figura ordinaria* della penalità presente e futura, nazionale ed internazionale: "si tratta", scrive sempre Spagnolo a riguardo dell'associazionismo criminale, "di un fenomeno generale, irreversibile, che porterà anche nel settore criminale ad associazioni transnazionali sempre più estese e totalizzanti capaci con i loro enormi profitti di condizionare in modo determinante i centri del potere politico ed economico"²⁰⁰. Tutto questo (purtroppo) è oggetto di cronaca quotidiana.

È evidente però come, rimanendo a livello descrittivo, in alcuni punti della normativa sull'associazionismo criminale, sia esso nazionale o transnazionale, si sia alquanto lontani da una dimensione ordinaria del diritto (penale), e quindi, considerare che esso venga assunto come fenomeno fisiologico, sebbene generale ed irreversibile, solleva dei dubbi, delle perplessità. Prenderne atto, da un punto di vista della riflessione filosofico---giuridica, è dunque legittimo. È innegabile, infatti, che la valenza politica di alcune particolari associazioni criminali (come quelle mafiose o terroristiche) condiziona gli operatori e la giurisprudenza, indirizzandoli verso un regime processuale diverso, meno attento alle forme e alle garanzie, rispetto al modello ordinario. È quanto si è riscontrato, tanto in sede legislativa quanto negli orientamenti della Corte costituzionale. Bisognerebbe allora riconoscere che le fattispecie associative sovente vanno assumendo i crismi *dell'eccezione giuridica*. Jakobs in merito è molto chiaro: non crede che la criminalità organizzata sia una manifestazione socio---giuridica affrontabile totalmente secondo la logica di uno Stato di diritto; premesso che – come riferito --- "il diritto penale del nemico segue altre regole distinte da quelle del diritto penale interno"²⁰¹ è necessario, per il giuspenalista di Bonn, "un cambio di prospettiva" nella disciplina

²⁰⁰ Ivi p. 1161 e ss.

²⁰¹ G. Jakobs, *La autocomprension de la ciencia del Derecho penal ante los desafios del presente*, in Eser---Haseimer---Burkhardt (a cura di) *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 58.

dell'illecito di sistema, che conduca “ad una legislazione di lotta per combattere la delinquenza economica, il terrorismo, le associazioni criminali”²⁰².

Tale *cambio di prospettiva* si rivelerebbe, all'interno del sistema penale tedesco, principalmente attraverso l'art. 129 (e 129 a) StGB e poi per via di una serie di disposizioni particolari che Jakobs individua²⁰³. L'importanza di queste misure consisterebbe nell'aver introdotto nell'ordinamento tedesco un *paradigma neopunitivo* che, come visto, legittima la possibilità da parte dello Stato di criminalizzare un soggetto in virtù della sola decisione di associarsi ad un'organizzazione considerata illecita. È il caso di chi, per aver partecipato, anche non dall'inizio, alla vita di un'associazione terroristica, pone in essere una situazione di pericolo potenziale per l'ordinamento ed è per questo sottoposto alle misure detentive. Per Jakobs tali misure troverebbero giustificazione perchè rivolte a coloro “che nella propria attitudine (delitti sessuali), nella propria vita professionale (criminalità economica, traffico di stupefacenti e altre forme di criminalità organizzata) o per la loro appartenenza ad una organizzazione criminale (terrorismo) si sono allontanati (...) in modo piuttosto serio dal diritto per cui non garantiscono a livello cognitivo quel minimo che è imprescindibile per essere trattati come persona nel diritto”²⁰⁴. L'organizzazione criminale, cui i singoli aderiscono, non offrirebbe alcuna sicurezza sul rispetto delle norme, legittimando così un intervento punitivo anticipato verso i suoi membri. Tale intervento – eccezionale, emergenziale, di lotta --- unirebbe in sé la logica bellica con quella del diritto²⁰⁵.

²⁰² Ivi, p. 59.

²⁰³ Si tratta delle leggi, espresse dall'ordinamento tedesco, contro la delinquenza economica del 29 luglio 1976, contro il terrorismo del 19 dicembre 1986, contro il traffico illegale di droghe del 15 luglio 1992, contro la delinquenza sessuale del 26 gennaio 1998. In Italia particolare attenzione desta, in quest'ottica, l'art. 270 bis c.p. introdotto dall'art. 3, legge 6 febbraio 1980, n. 15 e poi modificato dal d.l. 18 ottobre 2001 n. 374 poi convertito in l. 15 dicembre 2001, n. 438.

²⁰⁴ G. Jakobs, *La autocomprension de la ciencia del Derecho penal ante los desafios del presente*, in Eser---Hasemer---Burkhardt (a cura di) *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, cit., p. 59.

²⁰⁵ Il punto però è verificare come si concili, l'intero discorso qui proposto, con i diritti dei singoli: è proprio necessario questo scarto in termini di garanzie – tale da rendere il reato

Jakobs --- e con lui l'impianto teleologico sotteso alla legislazione del StGB --- avvalorava dunque il fatto che l'imputazione – nei reati di organizzazione --- si fondi sul dato della *mera appartenenza del soggetto all'associazione*, ma va oltre, legittimando, da un punto di vista assiologico, tale assunto: "In una società che ha perso il legame con una religione di Stato e con la famiglia come istituzione, e nella quale la nazionalità è intesa come una caratteristica incidentale, concede a ciascuno un rilevante numero di possibilità di costruire la sua identità fuori dal diritto"²⁰⁶ . L'aderire a un'associazione criminale rappresenterebbe dunque come una di tali possibilità, di porsi fuori dal diritto e con esso dalla comunità, ed avrebbe pertanto un elevatissimo significato simbolico, minacciando non solo singole fattispecie di reato, ma il sostrato valoriale complessivo di una comunità politico---sociale²⁰⁷.

Se dunque nell'illecito di sistema ben resiste una funzione identitaria, del diritto penale, tale per cui l'oggetto della tutela, come osserveremo, è rappresentato non dall'interesse alla sicurezza del singolo ma dalla difesa della comunità politica, la soluzione che si prospetta è quella che vede nell'illecito di sistema uno strumento di risposta dello Stato per far fronte alle forze centrifughe e disaggreganti che operano al suo interno. L'obiettivo è palese: ristabilire ogni volta, di nuovo, a fronte di un attacco delle varie organizzazioni criminali, l'omogeneità sociale, l'unità dello Stato e la sicurezza cognitiva (delle norme)²⁰⁸.

associativo una figura giuridica d'eccezione – ai fini del contrasto al fenomeno criminale? Cfr., per una possibile soluzione, L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit.

²⁰⁶ G. Jakobs, *La autocomprension de la ciencia del Derecho penal ante los desafios del presente*, in Eser---Hassemer---Burkhardt (a cura di) *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, cit., p. 60.

²⁰⁷ Di nuovo cfr. M. Polaino-Orts, *Delitos de organizaciòn como derecho penal del enemigo*, in G. Jakobs-M. Polaino-Orts (a cura di) *Terrorismo y Estado de Derecho*, cit.

²⁰⁸ Cfr. G. Jakobs, *Norm, Person, Gesellschaft. Voruberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, Berlin, Duncker & Humblot, 1997.

2.4 Il bene comunità quale oggetto di tutela: possibili implicazioni filosofiche

Come valutare, allora, una lettura – quella jakobsiana --- così *organicista*²⁰⁹ dell'illecito di sistema? Qual è, di preciso, il bene giuridico tutelato dalla norma sul reato di organizzazione? Scrive Cerulo – a proposito del art. 416 c.p. – che è “Appropriato l'inquadramento nel libro sui reati contro la comunità. Qui non v'è campo per una nozione sacrale e indefinita di ordine pubblico; è lo Stato comunità che, nei reati associativi, risulta vulnerato”²¹⁰.

Emerge, in queste parole, quella stessa tendenza alla spiritualizzazione ²¹¹ del concetto di *Unrecht* (illecito) di cui abbiamo discusso in precedenza a proposito degli atti preparatori: qui il bene giuridico protetto (nei delitti associativi) non è un diritto che appartiene alla sfera dell'individuo, ma è un bene *superindividuale* dello Stato. Ciononostante, in riferimento all'oggetto della tutela, molte cose sono ancora da chiarirsi: sulla questione per esempio alcuni autori affermano “che la compagine organizzativa criminosa proietta un pericolo diffuso nei confronti di una serie indefinita di esemplari di un medesimo bene giuridico”²¹²; il rischio come si vede è quello di cadere in un'aleatorietà diffusa per cui “la questione del bene giuridico tutelato dai reati associativi è più intricata del dogma trinitario”²¹³, ciò anche e soprattutto perché “Il ruolo strumentale dell'associazione rende quanto mai problematica e forse inane la ricerca di un bene giuridico afferrabile”²¹⁴.

E' necessario allora tracciare un discrimine tra “le ipotesi di associazione dirette a commettere determinati tipi delittuosi e, dall'altro, la figura generale di associazione per delinquere”²¹⁵. Ed è proprio su quest'ultima

²⁰⁹ Sebbene con delle remore, è indubbiamente possibile scorgere nella prestazione teorica jakobsiana, e nella lettura che essa offre dell'illecito di sistema, un tipo di *organicismo penale*. Cfr. K. Ambos, *Il diritto penale del nemico*, in M. Donini---M. Papa (a cura di) *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, cit., pp. 29---64.

²¹⁰ A. Cerulo, *Il Trionfo dei reati associativi e l'astuzia della ragione*, cit., p. 1035.

²¹¹ Cfr. A. Eser, *Bene giuridico e vittima del reato*, cit.

²¹² G. De Vero, *I reati associativi nell'odierno sistema penale*, cit., p. 393.

²¹³ A. Cerulo, *Il Trionfo dei reati associativi e l'astuzia della ragione*, cit., p. 1027.

²¹⁴ *Ibidem*.

²¹⁵ G. De Vero, *I reati associativi nell'odierno sistema penale*, cit., p. 392.

che bisogna soffermarsi. Diversi sottolineano allora come “l’attuale configurazione dell’associazione per delinquere è del tutto inadeguata ad esprimere un significato offensivo nei confronti della tranquillità e della sicurezza pubbliche”²¹⁶.

Se la critica può apparire ingenerosa, sicuramente nel caso italiano a molti sembra che ad essere fumoso sia l’intero impianto di difesa previsto da una norma come quella dell’art. 416 c.p.. Tralasciando questioni di ordine tecnico – inerenti la corretta formulazione codicistica del tipo di reato – bisognerebbe (ri)tornare alla radice del problema cercando di capire la ratio dell’illecito di sistema: chi o cosa si intende tutelare con esso? Una soluzione, tra le tante, è, come visto, quella di riferirsi al concetto di *comunità politica*²¹⁷ come possibile criterio guida: se guardiamo allo Stato moderno come ad una costruzione artificiale, in questo --- a differenza che nell’antichità, nella quale “le dimensioni della comunità politica coincidono pressappoco con l’estensione delle relazioni ordinarie della vita quotidiana” e in cui “il senso di appartenenza alla comunità politica tende a confondersi con il senso di attaccamento alla comunità naturale” --- tutto si fa più complesso e frammentario: in esso, nella sua forma istituzionale moderna, “il sentimento di fedeltà alla comunità politica nasce grazie all’intervento del potere politico”²¹⁸.

Il reato di organizzazione troverebbe così giustificazione giuridica in ragione della precarietà della costruzione statale: al fine di preservare quel sentimento (artificiale) di fedeltà allo Stato, costantemente messo in discussione da comportamenti devianti l’ordine generale, come avviene nei casi di adesione ad una associazione illecita.

Conviene dunque fare nostra la proposta jakobsiana, sposando un approccio *organicista* nella considerazione dell’illecito di sistema? Davvero attraverso l’incriminazione delle condotte di adesione (all’associazione per delinquere) lo Stato tutelerebbe la propria omogeneità socio---giuridica? Se

²¹⁶ *Ibidem*.

²¹⁷ Cfr. L. Levi, *Comunità politica* (Voce) in N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino (a cura di) *Il Dizionario della Politica*, Torino, Utet, 2004, pp. 143--144.

²¹⁸ *Ibidem*.

intendiamo con *organicismo* quella “tendenza a concepire la società come strutturalmente simile a un organismo biologico”, e se inoltre vediamo la società stessa come “dotata di una vita organica che si articola in parti differenziate”, in quest’ottica l’organizzazione criminale può considerarsi come un *corpo alieno*, estraneo al tutto, che serba anzi come obiettivo proprio quello di porre in crisi “il primato del tutto sulle singole parti”²¹⁹ – come nota Becchi, tentando una rapidissima genealogia del concetto, è Hegel che per primo adatta il modello dell’organismo animale allo Stato²²⁰.

Anche per Moccia, come per Cerulo, il dato dello Stato comunità prevale --- quale oggetto di tutela rispetto al prodursi del fenomeno associativo criminale --- nell’analisi: l’effetto di disgregazione sociale cagionato dall’organizzazione, infatti, assume rilevanza assoluta, anche rispetto a letture di carattere più strettamente tecnico²²¹. In tal senso l’elemento *dell’ordine pubblico* non basta a qualificare l’oggetto di tutela nell’illecito di sistema: esso – *l’ordine pubblico* --- si presenta come un dato troppo formale laddove, col reato di organizzazione, ad essere in crisi è la società stessa, intesa come corpo di interessi e di parti organico.

Volendo tentare allora un bilancio di quanto scritto, numerosi paiono essere gli elementi che, emergendo dalla dottrina e dalla prassi, segnalano un’appartenenza del reato associativo al campo del *Feindstrafrecht* o quantomeno, seguendo coloro che si rifiutano di dare dignità giuridica alla costruzione teorica jakobsiana, ad un regime giuridico d’eccezione o di lotta così come definito da Donini.

Lo statuto degli illeciti di sistema presenta, a un’attenta lettura, caratteristiche precipue in questo senso: a) con il reato di organizzazione si anticipa, in qualche modo, la soglia di punibilità, addirittura al momento

²¹⁹ Cfr. E. Greblo, *Corpo politico/organicismo* (Voce), in R. Esposito-C. Galli (diretta da) *Enciclopedia del pensiero politico. Autori, concetti, dottrine*, Roma-Bari, Laterza, 2005, pp. 175-177.

²²⁰ Cfr. P. Becchi, *Il tutto e le parti. Organicismo e liberalismo in Hegel*, Napoli, Esi, 1994.

²²¹ In tal guisa e secondo l’autore: “una soluzione in termine di ordine pubblico testimonia, quindi, il fatto di non avere colto il dato della presenza di costanti relativamente al diffondersi della criminalità organizzata, in stretta connessione con l’acuirsi di processi di crisi e di disgregazione sociale”. Cfr. S. Moccia, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, cit., pp. 53 e ss.

stesso della decisione di associarsi, dunque si criminalizza l'intenzione, non l'azione – facendo *dell'intenzione stessa un fatto giuridicamente rilevante* --- b) l'associazione criminale assume un peso, un valore simbolico che va al di là del mero accadimento illecito di cui è protagonista: essa è il *nemico da combattere* al fine del ristabilimento della *pace giuridica* – condizione jakobsiana della vigenza delle norme --- c) il regime della responsabilità penale dei singoli membri sfuma in quello collettivo, inerente l'associazione. In questa direzione l'elemento dell'organizzazione assume un ruolo decisivo (ma non esclusivo): l'associazione per delinquere deve avere, per essere tale, una struttura solida, capace di contrapporsi allo Stato: essa è *violenza organizzata con finalità politiche*²²².

Ma se, nonostante i rilievi e le critiche che possono essere mosse, la lotta alle organizzazioni criminali serba una malcelata dimensione bellica – tanto che il reato associativo è, secondo Fiandaca, figura di reato *adusum belli*²²³ --- si può, senza cadere in errore e forse correndo il rischio di esagerare, definire la lotta alla criminalità organizzata come una manifestazione, particolarissima, del genus della *guerra civile*? È l'associazione per delinquere (si pensi nel caso italiano alla Mafia, o alle Br) un nemico (interno) tanto pericoloso²²⁴?

²²² Cfr. M. Polaino-Orts, *Delitos de organizaciòn como derecho penal del enemigo*, in G. Jakobs-M. Polaino-Orts (a cura di) *Terrorismo y Estado de Derecho*, cit.

²²³ Cfr. G. Fiandaca, *Diritto penale del nemico. Una teorizzazione da evitare, una realtà da non rimuovere*, in A. Gamberini--R. Orlandi (a cura di) *Delitto politico e diritto penale del nemico. Nuovo revisionismo penale*, cit. Scrive l'autore, (p. 184): "A ciò si aggiunga che riflettere sul problematico e inquietante paradigma del diritto penale del nemico può costituire anche un'occasione per tornare a rivolgere l'attenzione critica sui modelli di risposta penale a fenomeni come quello della criminalità organizzata, sia politico---terroristica sia comune, che vantano in realtà nel nostro Paese una storia abbastanza risalente (...). Invero l'esperienza penalistica italiana si presta sotto diversi aspetti, anche da un punto di vista storico, a esemplificare modelli o prassi (assai più che elaborazioni teoriche) in qualche modo e misura riconducibili alla prospettiva di un nemico da combattere anche attraverso gli strumenti penalistici. Anzi, mi sembrerebbe da rimarcare il carattere per l'Italia non nuovo, ma storicamente risalente e ricorrente della questione".

²²⁴ Il tema della relazione tra guerra civile e contrasto al fenomeno associativo criminale è vasto e qui può essere abbozzato solo per grandi linee: ci sia permesso aggiungere che diversi, in dottrina, come ad esempio Baratta, sono scettici sul fatto che una guerra (sia essa interna o esterna) possa essere affrontata con lo strumento della penalità (soprattutto l'interrogativo riguarda il soggetto che decide del passaggio dall'uno all'altro stadio). Sebbene possa esistere uno scarto, sovente, però, il diritto penale ha svolto una funzione servente, rispetto a iniziative a carattere bellico, soprattutto nei casi di terrorismo

Afferma Schnur, a riguardo dello statuto concettuale della guerra civile: “Per ogni perturbamento compatibile con il sistema (più esattamente: irrilevante per il sistema) è competente la polizia. Nell’ambito della penalizzazione tutto ciò rientra nel dominio dei normali reati. (...) Se nonostante tutto si arriva alla guerra civile, la situazione strutturale di assenza di pace che si viene a determinare non è considerata come il prodotto della volontà di nessuno. Il sistema messo in discussione persevera il più a lungo possibile nello sforzo di presentare come azione di polizia ciò che in realtà è già guerra civile”²²⁵.

È fuori discussione che nelle terre di mafia o nelle zone colpite dal terrorismo vi sia *una strutturale assenza di pace*: in queste l’organizzazione criminale surroga le funzioni pubbliche di sicurezza e controllo, presentandosi quale principale contropotere dello Stato. Ed è altrettanto fuori discussione che la risposta dello Stato stesso si manifesti, in casi estremi, solo formalmente nelle forme di un intervento di polizia, sovente raggiungendo un livello segnato dalla *militarizzazione dello scontro*²²⁶.

È possibile mantenersi allora sino in fondo, quando trattiamo di fenomeni aggregativi di particolare disvalore criminale, nei margini di uno Stato di diritto? Indubbiamente alcune tendenze, particolarmente repressive, nella configurazione dell’illecito di sistema inducono a pensare il contrario: ciò comporta un effetto decostruttivo del diritto penale nazionale, che “rischia (...) di aprire un buco nero nello stato di diritto”²²⁷.

Volendo insistere nel parallelo --- forse azzardato --- tra la lotta alla criminalità e il fenomeno della *guerra civile*, si può riconoscere che se “Dal momento che nella situazione di normalità i rapporti tra gli uomini (come

(interno-internazionale). Cfr. L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., in particolare pp. 868-869.

²²⁵ R. Schnur, *Zur Theorie des Bürgerkrieges*, trad. it. *Rivoluzione e guerra civile*, Milano, Giuffrè, 1986, pp.136-137.

²²⁶ Di militarizzazione (del diritto penale) ad esempio parla Mireille Delmas-Marty secondo cui “l’adozione della logica di guerra comporta due conseguenze: la degiurisdizionalizzazione del processo penale e la deindividualizzazione del criminale”. Cfr. M. Delmas-Marty, *Il paradigma della guerra contro il crimine: legittimare l’inumano?*, in “Studi sulla questione criminale”, 2, 2007, p. 22.

²²⁷ *Ibidem*.

cittadini) devono essere addomesticati e poiché questo, perlomeno nello stato di diritto, deve valere anche per il potere dello Stato, avviene che da un lato il catalogo dei fini sia stabilito una volta per tutte, dall'altro che siano limitati i mezzi con i quali i fini consentiti possono essere perseguiti. Proprio questa situazione nella guerra civile non sussiste più. Qui vengono soppressi i limiti e le restrizioni all'esercizio del potere: da una parte, in quanto essi vengono rifiutati come non legittimi, dall'altra in quanto si afferma che lo stato d'eccezione giustifica mezzi fuori dal comune (non---normali), perché altrimenti risulterebbe impossibile restaurare la normalità”²²⁸.

Se *la normalità* (politico---giuridica) minacciata pretende – per essere restaurata – uno *spazio d'emergenza*, che i critici vedono come un buco nero nell'intelaiatura dello Stato di diritto, in questo senso la fattispecie associativa può considerarsi come uno strumento di battaglia condotta con mezzi legali e al tempo stesso fuori dal comune (non normali): “in ciò si esprime la fluida comunicazione tra guerra e diritto penale” afferma Insolera, sottolineando però “che tale rapporto si deve poter interrompere, così come i conflitti bellici devono avere termine”²²⁹.

Ma, sul punto, in dottrina, non tutti convergono. Se la lotta alle varie forme del crimine organizzato, per quanto riferito, pare assumere i contorni di *una guerra civile a bassa intensità*, di parere assolutamente contrario è Baratta, secondo il quale “Non si può fare la guerra alla mafia con il diritto penale, non solo perché una guerra fatta solo con questo strumento sarebbe perduta in partenza; ma anche perché il diritto penale non è uno strumento di guerra, bensì uno strumento giuridico di regolazione di obblighi, diritti e potestà che presiedono l'attribuzione di responsabilità a cittadini e l'uso della reazione punitiva nei confronti degli infrattori dichiarati tali secondo procedure stabilite”²³⁰.

²²⁸ R. Schnur, *Rivoluzione e guerra civile*, cit., p. 138.

²²⁹ G. Insolera, *Reati associativi, delitto politico e terrorismo globale*, cit., p. 1325.

²³⁰ Cfr. S. Moccia, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, cit., p. 54.

Le ambiguità emergenti dallo schema dell'illecito di sistema sono, come si vede, diverse e qui sono state sviluppate solo in parte. Se volessimo fare un riferimento al terrorismo – nazionale, internazionale --- quale tipico esempio del paradigma associativo e *figura criminis sul confine tra politica e diritto*, si mostrerebbe, per certi versi, l'assoluta indecifrabilità della materia (politica o giuridica?); nondimeno si può però dire che il tema dei reati associativi offre allo studioso la possibilità di prendere di petto un argomento spinoso laddove è assai forte il legame tra diritto e guerra, (*Gesetz und Krieg*). Il risultato di tale legame conduce ad “una guerra asimmetrica e al tempo stesso un diritto asimmetrico”: una situazione in cui “tutto lo ius ad bellum è collocato solo presso uno dei contendenti (lo Stato), che si serve polemicamente della propria legittimità per giustificare l'utilizzazione a proprio vantaggio della legalità quale strumento di lotta”²³¹. Tale nesso “guerra/diritto”, sebbene non possa essere assunto come parametro esclusivo, non può al tempo stesso, nella comprensione generale dell'illecito di sistema, essere realisticamente eluso²³².

²³¹ C. Galli, *Delitto e politica: profili teorici e politici del loro rapporto*, in A. Gamberini---R. Orlandi (a cura di) *Delitto politico e diritto penale del nemico. Nuovo Revisionismo penale*, cit., p. 59. Sul paradigma dello *ius ad bellum*, sulla sua genesi e sulle sue differenze rispetto allo *ius in bello*, cfr. S. Pietropaoli, *Jus ad bellum e jus in bello. La vicenda teorica di una “grande dicotomia” del diritto internazionale*, in “Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno”, 2009, e, altresì, F. Mancuso, *Guerra giusta, nemico ingiusto: Schmitt interprete di Kant*, in “Jura Gentium”, 2010.

²³² Scrive a riguardo Jakobs: “Possiamo immaginare di condurre la guerra al terrorismo con i mezzi del diritto penale comune, nel rispetto delle regole dello Stato di diritto? (...) Se guerra e lotta sono semplici espressioni verbali, non va loro dato troppo peso; se invece, le si intende per il significato concettuale che denotano, bisogna ammettere che implicano un nemico contro il quale agire. Non deve trarre in inganno la circostanza che le leggi nominino, anziché i terroristi, il terrorismo quale fenomeno da combattere, come il colera o l'analfabetismo: a ben vedere, si tratta di leggi *penali*, e alla pena non è soggetto il terrorismo, bensì i terroristi. Come dimostrano i titoli dati alle leggi, la punizione dei terroristi è solo un obiettivo intermedio per il legislatore, non la sua principale preoccupazione; evidentemente attraverso la punizione dei terroristi si vuole combattere il terrorismo nel suo complesso. In altre parole, la pena è un mezzo per uno scopo di polizia, un passo nella lotta per la sicurezza. Comunque sia resta la domanda: lotta come parola o come concetto?”. Cfr. G. Jakobs, *I terroristi non hanno diritti*, in R. E. Kostoris---R. Orlandi (a cura di) *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, Torino, Giappichelli, 2006, pp. 3---4.

3. I delitti contro la personalità dello Stato tra delitto politico e diritto penale del nemico. Un tentativo di ricostruzione critica

3.1 Il legame teorico fra Feindstrafrecht e Gesinnungsstrafrecht: l'area dei delitti al Titolo I Libro II c.p. come diritto penale dell'atteggiamento interiore

Si è discusso del significato che può assumere lo Stato---comunità quale bene giuridico tutelato, in merito alla configurazione dell'illecito di sistema, considerando quest'ultimo quale (possibile) fattispecie iconica di un diritto penale del nemico. Da questo punto di vista, nonostante le ambiguità e le incertezze cui certo non si sottrae il presente concetto (di Stato---comunità), l'intera area dei delitti politici – che qui trattiamo in diversi punti e alla quale i reati associativi appartengono – dovrebbe essere, per alcuni, caratterizzata idealmente proprio dalla difesa di tale bene/interesse.

Tra questi Padovani, che afferma: “il raccordo sistematico dell'intero titolo dei reati politici deve essere identificato non già nello Stato---persona, ma nello Stato---comunità”²³³. Lo Stato---comunità, infatti, incarna quel “momento di sintesi delle diverse situazioni giuridiche rilevanti politicamente riconosciute nel nostro ordinamento, ispirato non già all'idea del primato autoritario di un unico soggetto, ma al pluralismo delle autonomie, al riconoscimento di diritti politici soggettivi, alla tutela e alla promozione delle formazioni politiche e sociali in cui si esplica la personalità umana”²³⁴.

Se l'assunzione dello Stato---comunità, dunque, quale bene oggetto di protezione, descrive la via per una difesa generale della società, nelle sue molteplici forme, non solo statuali, nel campo dei delitti politici è emersa al contrario e sin dall'inizio la volontà esplicita volta a favorire *l'idea del primato autoritario di un unico soggetto*. Pare quasi pleonastico ricordare come quest'unico soggetto, cui qui ci si riferisce, corrisponda genealogicamente, nella forma e nella sostanza, a quel Leviatano descrittoci

²³³ T. Padovani, *Bene giuridico e delitti politici. Contributo alla critica ed alla riforma del titolo I, libro II c.p.*, in A.M. Stile (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, Napoli, Jovene, 1985, p. 253.

²³⁴ Ivi, p. 254.

da Hobbes e formatosi istituzionalmente al principio della modernità. Per Navarra “gli Stati, infatti, da sempre hanno utilizzato la classe dei reati politici per salvaguardare, nella massima estensione possibile, la loro integrità politica e territoriale”²³⁵.

Questo, ovviamente, con dei riflessi chiari sulla struttura del reato. “Quasi sempre”, infatti, “in queste fattispecie il legislatore ha fatto retrocedere la soglia della tutela penale fino alla repressione degli atti preparatori o, peggio ancora, esclusivamente interni al soggetto agente, tanto da arrivare ad una vera e propria repressione del mero atteggiamento interiore dell’individuo”²³⁶. Si può quindi subito riconoscere che l’anticipo della tutela non è condizione che riguardi solo la figura del reato associativo: se volgiamo lo sguardo all’ordinamento penale italiano – ma figure di reato analoghe appartengono alla cultura codicistica di numerosi paesi, in Europa e nel mondo –, emergono una serie di fattispecie – nel caso italiano gli artt. 241 e ss. c.p. su cui si eserciterà il presente studio – che, ad un approfondito esame, mostrano quasi tutte, egualmente, una marcata tendenza alla repressione dell’atteggiamento interiore del soggetto agente.

Ed è dall’osservazione di tali fattispecie che avanziamo qui l’ipotesi di un principio di vicinanza tra la materia dell’illecito politico tout court, così come si è cristallizzata nel Moderno, e alcune delle categorie concettuali sviluppate dalla riflessione sul *Feindstrafrecht*. Consideriamo, infatti, da dove parte la teorica jakobsiana sul nemico nel diritto penale: proprio con un riferimento alla questione degli atti preparatori. Nella relazione del 1985, così come presentata al convegno francofortese, e discussa in precedenza, avente come tema quello della *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, Jakobs sostenne, come visto, che nei confronti del criminale/nemico, l’intervento repressivo dovesse azionarsi molto prima del (possibile) evento delittuoso: a valere (penalmente) contro quest’ultimo sarebbero gli aspetti più intimi, legati alla dimensione socio---

²³⁵ M. Navarra, *La tendenza all’accentuazione dell’aspetto soggettivo dell’illecito penale: Riflessioni sulla categoria dei delitti contro la personalità dello Stato*, in “Rassegna della giustizia militare”, 1997, pp. 1 e ss.

²³⁶ *Ibidem*.

psicologica del soggetto agente --- il suo essere cioè una *fonte di pericolo per il bene*. “In primo luogo va menzionato il fenomeno (...) dell’anticipazione della punibilità, l’incriminazione in via preventiva della formazione di una associazione criminale o magari terroristica, quindi l’incriminazione di un comportamento situato lontano da un delitto di lesione”²³⁷. In tal senso, nel campo dei delitti politici, permane una accentuata tendenza al paradigma della lotta – prima richiamato a proposito dei reati associativi – che riveste – come vedremo --- il delitto (politico) di un valore simbolico, conducendolo cioè oltre all’ordinario schema di tutela del singolo²³⁸.

Ciò che qui si sostiene, allora, è l’intrinseca connessione – del *Feindstrafrecht* – con lo schema (dogmatico, normativo) dei delitti contro la personalità dello Stato. Tale materia, lo ripetiamo, presenta, molto più che altre, diversi caratteri che richiamano le considerazioni sollevate da Jakobs sul diritto penale (del nemico) – si pensi, ad esempio, all’anticipazione sistematica della tutela o alla spiritualizzazione del concetto di *Unrecht* (illecito), in riferimento al bene oggetto di protezione.

Allargando il campo d’indagine, si può legittimamente considerare l’intera prestazione teorica sul *Feindstrafrecht* come un *puntello teorico* teso a legittimare, dogmaticamente, l’esistenza del diritto penale politico.

Volendo, infatti, tentare una ricostruzione sistematica, uno degli assi che maggiormente segnano la materia in esame – dei delitti contro la personalità dello Stato --- è rappresentato proprio da quello che un insigne giurista come Bettiol definì come il *diritto penale dell’atteggiamento interiore*. Così afferma, a riguardo, il giurista patavino: “Se il diritto penale dell’atteggiamento interiore deve avere un significato, questo è in funzione di un processo di sempre maggiore accentuazione del carattere etico del diritto penale non solo in relazione alle esigenze etiche oggettive tutelate

²³⁷ G. Jakobs, *Diritto penale del nemico? Una analisi sulle condizioni della giuridicità*, in A. Gamberini---R. Orlandi (a cura di) *Delitto politico e diritto penale del nemico. Nuovo Revisionismo penale*, cit., p. 121.

²³⁸ Il reato politico, infatti, si mostra sostanzialmente differente dagli altri reati, in special modo per quanto riguarda la struttura ed il fine. Cfr. M. Navarra, *La tendenza all’accentuazione dell’aspetto soggettivo dell’illecito penale: Riflessioni sulla categoria dei delitti contro la personalità dello Stato*, in “Rassegna della giustizia militare”, cit., pp. 1 e ss.

dalla norma penale, ma in funzione della eticità della persona umana che si manifesta negli atteggiamenti di coscienza e nella scelta delle motivazioni dell'azione"²³⁹. Tale *processo di eticizzazione* del diritto coinvolgerebbe dunque gran parte di quella che è la forma attuale del sistema penale (politico), proiettandolo nella dimensione di un *Gesinnungsstrafrecht*. In questo sistema, infatti, – dei delitti contro la personalità dello Stato --- la pena non è mai (pre)stabilita in riferimento ad un modulo fisso (fatto/soggetto/antigiuridicità), al contrario, in esso, “domina nuovamente la pena in accentuato senso etico---sociale come disapprovazione dell'uomo responsabile”²⁴⁰. “Siamo” scrive Bettiol, “in un campo dominato dall'etica e da una politica che fa della personalità umana il centro di gravitazione di tutto il sistema”²⁴¹.

È bene ricordare, come vedremo, che il tema della persona --- cui Bettiol continuamente si riferisce ---, del suo significato giuridico, ricopra un ruolo esiziale nella penalistica continentale, cui Jakobs per sua parte s'iscrive²⁴². Il partire dalla persona, dai suoi caratteri negativi o positivi, nella costruzione del sistema giuridico penale, e, in esso, del principio d'imputazione, unisce --- in maniera diversa --- Jakobs a Bettiol, per il quale: “Un diritto penale moderno non può essere più inteso in termini oggettivo---meccanicistici ma in termini personali nel senso che solo dalle caratteristiche, tendenze, atteggiamenti della personalità il fatto s'illumina e si spiega”²⁴³.

In particolare, proprio nel campo dei delitti politici, emergerebbe, più che in altri, chiara la prevalenza della *Gesinnung* nel processo di tipizzazione delle fattispecie. Il tipo d'autore, i suoi interessi, la sua personalità, nello schema del reato politico acquistano sotto tale luce una funzione dogmatica fondamentale e questo sia per motivi strutturali--- legati

²³⁹ G. Bettiol, *Sul diritto penale dell'atteggiamento interiore*, in *Scritti giuridici*, Padova, Cedam, 1966, p. 107.

²⁴⁰ Ivi, p. 108.

²⁴¹ *Ibidem*.

²⁴² Anche nel finalismo welzeliano la persona assume una posizione teorica centrale. Cfr. H. Welzel, *Naturalism und Wertphilosophie im Strafrecht*, Berlin, 1936. In Jakobs però, come osserveremo, la persona, il soggetto (di reato) acquistano una dimensione prettamente funzionale. Cfr. G. Jakobs, *Individuum und Person*, cit., pp. 247 ess.

²⁴³ G. Bettiol, *Sul diritto penale dell'atteggiamento interiore*, cit., p. 114.

alla tecnica redazionale delle norme --- che ideologici. Nell'area dei delitti politici, sovente, infatti, è emerso il pericolo "di una rottura dell'equilibrio su cui si basa la costruzione di un sistema penale misto"²⁴⁴ e, in particolare, di conseguenza, si è avuto un aumento significativo delle fattispecie fondate (quasi solo) su elementi di stampo soggettivo. L'eccessiva *soggettivazione* (delle fattispecie) determina, però, una rottura dell'impianto su cui si fonda tradizionalmente il reato, e una sua conseguente *politicizzazione* – paradigmatico in ciò il caso, precedentemente richiamato, del reato di opinione.

È necessario allora approfondire le questioni legate alla *Gesinnung*, quale acme nel processo di valorizzazione dell'elemento soggettivo (del reato) e vedere come con questa si determini un certo tipo di filosofia (e di prassi) giuridico---penale. Invero il tema della *Gesinnung* non è una novità dottrinaia ascrivibile solo al Bettiol, essendo ben radicata nella tradizione penalistica, soprattutto di area tedesca: con essa si è considerato lo studio, nella teorica sul reato, dell'atteggiamento interiore, e dunque la valutazione – e la *valorizzazione* --- degli aspetti soggettivi più reconditi del soggetto agente. Tali sono fondamentali, secondo sempre il Bettiol, per parametrare al meglio l'intervento repressivo, così che "agire con crudeltà, con rozzezza, con disprezzo, per motivi abietti, vilipendere, oltraggiare sono modalità o colorazione dell'azione o azioni davanti ai quali non si può passare indifferenti come se si trattasse di momenti trascurabili o secondari nell'economia degli elementi accidentali del reato"²⁴⁵. In tal senso il diritto penale dell'atteggiamento interiore -- il *Gesinnungsstrafrecht* ---, che, seguendo la nostra ipotesi di discorso, caratterizza sotto vari aspetti – insieme al *Feindstrafrecht* --- l'area dei delitti contro la personalità dello Stato, presenta una natura filosofica peculiare: esso trae, infatti, origine dall'*esistenzialismo*, da quel complesso discorso filosofico che poneva al

²⁴⁴ Lo schema del reato è tradizionalmente orientato infatti, secondo l'impostazione liberale, a parametri oggettivi e soggettivi, fatto più autore. Cfr. M. Navarra, *La tendenza all'accentuazione dell'aspetto soggettivo dell'illecito penale: Riflessioni sulla categoria dei delitti contro la personalità dello Stato*, cit. pp. 1 e ss.

²⁴⁵ G. Bettiol, *Sul diritto penale dell'atteggiamento interiore*, cit., pp. 104 e ss.

centro della propria riflessione l'individuo e la sua coscienza. Scrive, infatti, il Bettiol: "Non si può invero comprendere questa impostazione del diritto penale se si trascende dal grande influsso che ha avuto in Germania la filosofia esistenzialistica. (...) La impostazione filosofica esistenzialistica è in sostanza una impostazione di coscienza nel senso che il personalismo attorno al quale essa gravita non può non ritrovare il suo punto di riferimento se non nell'atteggiamento spirituale del soggetto agente rispetto ai problemi della vita e del mondo che lo circonda. Il mondo non lo opprime e non lo inserisce a guisa di frammento in un sistema livellatore, il mondo non lo trascende e non lo annulla nelle spire di un divenire di cui la storia o lo spirito hegeliano sono i protagonisti, ma il mondo si riflette in lui in quanto essere dotato di coscienza che assume determinati atteggiamenti rispetto ai valori della vita e ai dettami della legge morale"²⁴⁶.

Senza perdersi in una analisi troppo problematica del termine "esistenzialismo", così come inteso dal Bettiol, diciamo solo che il *Gesinnungsstrafrecht* "parte da un dato di coscienza" giungendo a stabilire che "questo dato di coscienza è il punto decisivo e determinante"²⁴⁷ nella costruzione dell'imputazione.

Secondo l'interpretazione che Bettiol e altri offrono del *Gesinnungsstrafrecht* quindi, l'indagine penale non può né deve arrestarsi sulle soglie di un *opaco oggettivismo*, rimanendo ancorata esclusivamente al fatto (di reato), ma andare più a fondo cioè fino a indagare quel "consapevole orientamento interiore (*Einstellung*) di un soggetto che emerge e si determina con riferimento a taluni valori della comunità sociale"²⁴⁸.

L'obiezione che si può porre però è che un diritto penale che fondi le ragioni del suo intervento esclusivamente sull'atteggiamento interiore, dimenticandosi dell'evento (di reato) o piegando l'interpretazione

²⁴⁶ *Ibidem*.

²⁴⁷ Ivi, p. 105. Senza andare ad Heidegger, il cui legame con la riflessione penale andrebbe meglio precisato, assumere la coscienza come epicentro dell'indagine penale significa, inevitabilmente, fare del diritto penale uno strumento fortemente inquisitorio. È tale è la critica che rivolgeremo al diritto penale dell'atteggiamento interiore nelle prossime pagine.

²⁴⁸ Ivi, p. 110.

dell'evento stesso alla personalità del soggetto autore, oltre che essere declinabile come puro psicologismo, segni inevitabilmente un brusco passaggio verso modelli organicistico---autoritari: ecco allora farsi largo l'ombra del *Tatertyp*, che ha lasciato un segno inquietante sulla scienza penale del secolo scorso. Lo stesso Bettiol avvertì in un certo momento, nel corso della sua elaborazione dogmatica, l'esigenza di porsi "contro le visioni eticizzanti del diritto penale come strumento di repressione delle mere violazioni di doveri e degli atteggiamenti interiori ostili alla società; contro l'irrazionalismo filosofico e metodologico"²⁴⁹.

Il rischio era che si potesse confondere, sovrapponendoli, il *Gesinnungsstrafrecht* col *Gefuhlsstrafrecht*; ricordiamo solo che il secondo ha espresso quell'indirizzo della scienza giuridico---penale nazionalsocialista secondo cui, l'illecito, era da considerarsi come un'offesa al sentimento comune o, detto più correttamente, come *una deviazione dal sentimento comune*²⁵⁰.

Ciononostante secondo Bettiol, nel *diritto penale dell'atteggiamento interiore*, al contrario che in ogni tipo di *diritto penale totalitario*, si sarebbe "più vicini ad una concezione democratica personalistica che oggi", tiene a

²⁴⁹ G. Marinucci, *Giuseppe Bettiol e la crisi del diritto penale negli anni trenta*, in "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", 2008, pp. 325 e ss.

²⁵⁰ Uno dei principali ispiratori del *Gefuhlsstrafrecht* – stando sempre all'analisi puntuale di Marinucci –, che descrive il reato *come un tutto*, non scindibile nelle sue parti, fu Carl Schmitt. Rimanendo nel campo del *Gefuhlsstrafrecht* si può dunque rilevarne la matrice irrazionalistica, che si è espressa nella concezione unitaria del reato. Tale dottrina si fondava, infatti, sul rifiuto di qualsiasi analisi del reato nei suoi elementi costitutivi, sull'inclusione dell'elemento oggettivo in quello soggettivo, insomma sulla sua politicizzazione e sul suo inveramento come asse portante del sistema nazionalsocialista. Per Schmitt, infatti, in materia penale, "la separazione dei concetti generali come colpevolezza, concorso di persone, tentativo, dai delitti concreti, come altro tradimento furto o incendio, ci appare oggi non più come chiarificazione concettuale ovvero come garanzia di una maggiore sicurezza o precisione, bensì come un'astrazione artificiale e insensata che lacera il vitale nesso naturale e reale". Sulla concezione del reato in Schmitt, cfr. C. Schmitt, *Über die drei Arten der Rechtswissenschaftlichen Denkens*, Hamburg, 1934. A riguardo si è detto che in Bettiol non esisterebbe alcun analogo tentativo di *politicizzazione* (del reato): nella prestazione teorica bettiolana, infatti, si sarebbe, almeno apparentemente, ben attenti a non virare al di là di posizioni strettamente legalistiche, avendo sempre come punto di riferimento la tutela della persona, considerata come valore assoluto. Non a caso si è parlato di personalismo bettiolano, quale costruzione teorico---generale tesa ad avvalorare, in senso costituzionale e penale, l'aspetto morale dell'individuo. Cfr. F. Mantovani, *Il Personalismo e la personalità del reo nel pensiero di Giuseppe Bettiol*, in "Criminalia. Annuario di scienze penalistiche", 2007, pp. 135 e ss.

sottolineare sempre il giurista padovano, “informa di sé le nuove legislazioni”²⁵¹. Questo perché solo partendo dall’atteggiamento interiore, dal dato di coscienza, la pena può, secondo sempre il Bettiol, assumere una dimensione pienamente retributiva e rispettosa della dignità della persona.

In realtà, come mostreremo, l’attuale sistema dei delitti politici, fondato in larga parte sullo schema della *Gesinnung*, rappresenta un problema proprio in termini di democraticità e tutela della persona.

Se adottassimo la prospettiva di Bettiol, non esisterebbe alcuna incompatibilità tra diritto penale dell’atteggiamento interiore e sistema democratico di garanzie: la pena, come detto, secondo la concezione bettioliana, non è “reazione astratta dell’ordinamento giuridico alla lesione che il reato gli ha inferto”, né può essere considerata come una *vendetta o come una azione preventiva di carattere metagiuridico*; al contrario essa è *pena d’autore*; ciò significa che essa “deve essere individualizzata per poter essere veramente retributiva in modo che attraverso le caratteristiche della sua esecuzione si possa ottenere l’emenda o il recupero morale del reo”²⁵². Com’è possibile osservare, nel *Gesinnungsstrafrecht*, all’apparenza, la pena ha valore retributivo e mai preventivo. “Non si tratta” scrive Bettiol “di stabilire la pericolosità o di misurare la stessa, ma di stabilire la colpevolezza e il suo grado rispetto ad un fatto illecito perpetrato”²⁵³.

Il punto che solleva maggiori perplessità, però, riguarda il quesito su come possa un diritto penale che consideri la pena come *pena d’autore*, conservare, del tutto, i caratteri della legalità (formale). In fondo *individualizzare la pena* può equivalere a *soggettivizzare il reato*: in questo senso si è colpiti per ciò che si è e non per ciò che si fa; dunque, favorendo, nel corso dell’intervento punitivo, un’anticipazione della soglia di tutela, rivolta non più verso autori responsabili ma verso individui pericolosi²⁵⁴.

²⁵¹ G. Bettiol, *Sul diritto penale dell’atteggiamento interiore*, cit., p. 108. In particolare il riferimento è all’area dei delitti in cui è forte la componente soggettivistica, i quali in abbondanza hanno segnato le legislazioni penali degli ultimi anni.

²⁵² Ivi, pp. 110 e ss.

²⁵³ *Ibidem*.

²⁵⁴ A riguardo, e serbando le stesse nostre perplessità, uno dei critici più feroci di tale impostazione personalistica nella scienza penale è stato Franco Bricola il quale, parlando

Così come verso il *Feindstrafrecht* dunque, la critica che si muove al *diritto penale dell'atteggiamento interiore* è quella di non tenere in giusta considerazione i principi dell'offensività e della materialità della condotta. Diverse ambiguità sembrano allora sollevarsi dallo schema della *Gesinnung*, soprattutto in relazione a determinate garanzie classiche di uno Stato di diritto.

Cosa significa dire che “la colpevolezza è l'espressione di una coscienza etica decaduta”²⁵⁵ se non colorare l'azione e il reato in generale di un significato morale e dunque fare dell'intero sistema penale un sistema non giuridicamente ma eticamente inteso? Qui iniziano i problemi: non è possibile eludere tale interrogativo affermando che il *Gesinnungsstrafrecht* “non nega la validità del principio di legalità per ciò che riguarda reato, pena, misura di sicurezza”²⁵⁶ dal momento che, come detto, l'eccessiva attenzione verso l'atteggiamento interiore conduce, inevitabilmente, ad una alterazione della struttura del reato e ad una sua conseguente *politicizzazione/personalizzazione*.

Non si tratta allora di vedere se il principio di legalità (formale) entri in crisi perché col *Gesinnungsstrafrecht* quel principio muta radicalmente, convertendosi in *legalità sostanziale*, fondata sulla morale. Consideriamo come il Bettiol intende il regime delle garanzie, in uno Stato di diritto: pur ammettendo, come egli scrive, che “la garanzia formale deve rimanere e con ciò tutte le garanzie che lo Stato di diritto offre al cittadino, (...) c'è una garanzia di carattere sostanziale che deve essere tenuta presente sulla quale va graduata e fondata la colpa morale dell'uomo”²⁵⁷.

del *Gesinnungsstrafrecht* né offre un ritratto impietoso: “pur essendo per le sue premesse l'apprendista stregone” scrive, “quando non ne è l'anticipatore volontario, del diritto penale totalitario, è già di per sé autoritario, in quanto rinnega il principio della necessaria lesività dell'illecito penale”. Cfr. F. Bricola, *Teoria generale del reato. Estratto dal Novissimo Digesto Italiano*, cit., p. 66.

²⁵⁵ G. Bettiol, *Sul diritto penale dell'atteggiamento interiore*, cit., p. 113.

²⁵⁶ Così che esso, secondo sempre il giurista padovano, rifiuta istanze di repressione nell'esecuzione della pena e “guarda con sospetto alle misure di sicurezza”. Cfr. G. Bettiol, *Stato di diritto e “Gesinnungsstrafrecht”*, in *Scritti giuridici*, cit., p. 135.

²⁵⁷ Ivi, p. 139.

Il pericolo, però, è che seguendo un principio di garanzia sostanziale, la colpevolezza giuridica si trasformi ogni volta in colpa morale – benché in teoria si muova da un’idea della colpa costituzionalmente orientata. Come discernere allora, se la colpa ha carattere prevalentemente morale, il reo comune dal nemico? Ciò è in linea con l’idea di *progresso e di garanzia dei diritti* che si è sedimentata nel Moderno?

Tale *progresso* è “la sempre più profonda latenza del nemico interno, la sua normalizzazione e normazione, la sua tendenziale scomparsa, a favore del cittadino inserito, con i suoi diritti, nella legalità”²⁵⁸.

La legalità cui qui si accenna --- quale prodotto di quella *normalizzazione/normazione* del nemico nell’ordine giuridico interno – entra in crisi con la previsione di un diritto penale dell’atteggiamento interiore: il principio di legalità (formale) assicura, infatti, il trattamento eguale di tutti coloro che appartengono alla categoria stabilita dalla legge, dunque non possono aversi *pene individualizzate*.

Ci sembra allora che un’ipotesi come quella del *Gesinnungsstrafrecht* favorisca – così come, per simili motivi, il *Feindstrafrecht* --- la (ri)trasformazione del criminale in nemico, descrivendo il diritto penale come un sistema eticamente indirizzato.

È possibile, ci domandiamo, pensare il diritto penale, ed in particolare l’area dei delitti politici, in un’ottica esclusivamente morale, magari ancorandola a (dubbi) parametri di giustizia? Di nuovo, e tornando alle considerazioni introduttive, si è pensato che “secondo i principi etici di giustizia sociale, potrebbero considerarsi reati politici solo quelli che si dirigono contro un bene giuridico comune sia allo Stato---apparato che allo Stato---comunità”²⁵⁹.

²⁵⁸ C. Galli, *Delitto e politica: profili teorici e politici del loro rapporto*, in A. Gamberini---R. Orlandi (a cura di) *Delitto politico e diritto penale del nemico, Nuovo Revisionismo penale*, cit., p. 50. Scrive l’autore: “in età moderna il rapporto fra politica e diritto è in linea di principio la traduzione della legittimità (...) in legalità. Questa è la civiltà, questo è il progresso”. Tale progresso è “l’esito di una salda costruzione politica di una convivenza giuridica centrata – grazie alla neutralizzazione sovrana del conflitto interno attraverso la criminalizzazione del nemico --- sulla personalità dello Stato e del cittadino e sull’instaurazione di un sistema di norme neutrali e universali”.

²⁵⁹ S. Panagia, *Il delitto politico nel sistema penale italiano*, cit., p. 15.

Ma anche questa posizione pare però vittima di molte aporie, innanzitutto perché sarebbe necessario intendersi sul carattere intrinseco alla *giustizia sociale*: quest'ultima potrebbe rappresentare, infatti, anche il sostrato di valori comune ad una società non democratica, e dunque palesarsi come giustizia (in)giusta²⁶⁰. Ogni forma di giustizia tende a sviare verso un tipo di giustizia politica, quando ad essere tutelato è (solo) lo Stato nelle sue molteplici configurazioni istituzionali (Stato---apparato). In tal senso, proprio "il titolo I del libro II c.p. fu concepito e strutturato come strumento di giustizia politica"²⁶¹.

Pare quindi illusorio, senza una radicale riformulazione codicistica la quale contempra anche e soprattutto una riscrittura dei principi generali, pensare che selezionando, come oggetto di tutela, il bene della giustizia, data anche la sua facile strumentalizzazione, rispetto alla figura dell'illecito politico, questo possa mutare status, adeguandosi ad uno spirito solo apparentemente più democratico. Ma la domanda che bisogna porsi è un'altra: quella cioè se sia possibile riscrivere la disciplina degli illeciti politici in una prospettiva diversa, costituzionalmente orientata, magari ed autenticamente, al valore della persona.

A noi sembra, e argomenteremo in tal senso, che tale materia – dei delitti politici --- sia destinata comunque a sfuggire, endemicamente, ad ogni compiuto tentativo di neutralizzazione e di messa in forma in senso giuridico---costituzionale. Ci si dovrebbe forse rassegnare all' opinione che

²⁶⁰ Anche il regime nazionalsocialista, secondo l'interpretazione dell'*Artgleichheit*, era orientato nell'intenzione nazista secondo parametri di giustizia sociale, tesi alla promozione della razza. Cfr. C. Galli, *Genealogia della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*, Bologna, Il Mulino, 2010, pp. 850 e ss.

²⁶¹ T. Padovani, *Bene giuridico e delitti politici. Contributo alla critica ed alla riforma del titolo I, libro II c.p.*, in A.M. Stile (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, cit., p. 225 e ss. Sul valore ed il significato della giustizia politica cfr. P.P. Portinaro, *Il problema della giustizia politica a partire da Otto Kirchheimer*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", 1, 2013, pp. 225---242. Scrive l'autore, delineando una mappa concettuale del termine (p. 228): "di giustizia politica si parla, pur nel quadro di assetti costituzionali anche profondamente diversi, in presenza dei seguenti indicatori (...): 1) arresti illegali, 2) ricorso a tribunali speciali, 3) collettivizzazione della colpa, 4) selezione non neutrale di giudici e giurati, 6) selezione arbitraria degli imputati, 7) violazione dei principi del contraddittorio, 8) impossibilità di ricorrere in appello, 9) estensione, abbreviazione o cancellazione dei termini di prescrizione, 10) applicazione di leggi retroattive". Date tali premesse, è fin troppo evidente come la giustizia politica ispiri un diritto penale del nemico.

“L’ostilità spiega per tanti aspetti la funzione del diritto”²⁶², ed in particolar modo del diritto penale politico.

3.2 Genesi e forma dei reati contro lo Stato persona: un caso particolare del “Politico”

Sulla scia delle considerazioni espresse – e in ragione del pessimismo che da esse trapela --- il diritto penale politico sembra presentarsi, nel corso della sua vicenda evolutiva, sovente sotto le spoglie di un diritto penale del nemico²⁶³, con questo sacrificando però il volto costituzionale dell’illecito stesso²⁶⁴. Di fatti, nell’espressione di Bricola, si può “definire il reato come un fatto previsto in forma tassativa dalla legge, di realizzazione esclusiva dell’agente o in ogni caso al medesimo riconducibile tramite un atteggiamento colpevole (doloso o colposo), idoneo ad offendere un valore costituzionalmente significativo, minacciato con una pena proporzionata anche alla significatività del valore tutelato e strutturalmente caratterizzato dal teleologismo costituzionalmente attribuito alla sanzione penale”²⁶⁵. Al contrario invece, le tesi sostenute da Jakobs – ed in parte quelle proposte da Bettiol sul *diritto penale dell’atteggiamento interiore*²⁶⁶ – inducono a far luce su una tendenza ben radicata e totalmente differente: riferendoci al nostro ordinamento – ma tratti analoghi presentano anche altri sistemi

²⁶² G. Preterossi, *La politica negata*, Roma---Bari, Laterza, 2011, p. 55. Chiarisce l’autore: “Ciò non significa che il diritto promuova l’ostilità, perché al contrario la sua vocazione è l’ordine, ma proprio la centralità della sicurezza e della preservazione della vita (...) impongono alla forma giuridica di sporgersi sul crinale del conflitto estremo, attrezzandosi ad esso, introiettandone la lezione”.

²⁶³ Di diverso parere è Gamberini, per il quale l’area dei delitti contro la personalità dello Stato, sebbene conosca delle criticità in tema di garanzie, non presenta i caratteri propri di un diritto penale del nemico. Cfr. A. Gamberini, *Delitti contro la personalità dello stato*, in AA. VV. *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Bologna, Monduzzi editore, 2009, pp. 2 e ss.

²⁶⁴ In questo senso il diritto penale politico/del nemico può considerarsi come il grado zero del processo di costituzionalizzazione del diritto penale.

²⁶⁵ F. Bricola, *Teoria generale del reato. Estratto dal Novissimo Digesto Italiano*, cit., p. 92.

²⁶⁶ Il quale, seppur differente dal *Feindstrafrecht* a livello dogmatico, condivide con esso alcuni assunti ideologici di base. Sul parallelo tra *Feindstrafrecht* e *Gesinnungsstrafrecht*, cfr. T. Marzahn, *Das Feindstrafrecht als Komponente des Präventionsstaats?*, Berlin, Lit, 2011.

giuridici, nel contesto europeo²⁶⁷ ..., nell'area dei delitti contro la personalità dello Stato, si è formata l'immagine del reato come *luogo di una disapprovazione sociale e morale*; ciò ha reso la pena non come una sanzione rivolta al fatto, colto nel suo disvalore giuridico---costituzionale, ma quale mezzo per imporre un'uniformità etico---sociale nei confronti del soggetto/autore, che a quell'uniformità si sottrae quale *nemico* dell'ordine.

Nell'area dei delitti contro lo Stato persona, si mostrerebbe dunque quel volto di Giano del diritto penale: l'essere in ogni istante, questo, permeabile alle logiche della politica. In questo senso, si è scritto, "la politicità del delitto (...) finisce col caratterizzarsi in forma paradigmatica nell'ambito dei rapporti amico/nemico"²⁶⁸.

Pur ammettendo questa strutturale vicinanza con la sfera politica, occorre però domandarsi fino a che punto, nel caso italiano, i delitti contro la personalità dello Stato, presenti al Titolo I del libro II del codice penale, incarnino una deviazione assoluta, un caso eccezionale (*Ausnahmefall*) nell'orditura classica dello Stato di diritto (costituzionale). Per Mario Romano non esiste alcuna anomalia: "lo Stato democratico---sociale" afferma, "proprio perché più di ogni altro tende a ridurre i margini della coercizione e ad orientarsi invece sulla comunicazione, sull'accettazione e sul consenso, più di ogni altro può essere certo della legittimazione del suo diritto penale politico"²⁶⁹; se però, continua sempre Romano, "la democrazia vive e si nutre dell'idea stessa di libertà", nondimeno "le scelte della nostra costituzione sono scelte legate a valori fondamentali oggetto di consenso etico dei cittadini, da custodire e preservare con lungimiranza e determinazione"²⁷⁰.

Il punto sarebbe stabilire allora i limiti e le modalità, attraverso i quali questi valori vengono custoditi. Crediamo sia presente un *vizio ab origine*,

²⁶⁷ Per una analisi comparativa rimandiamo a N. Bartone, *Mandato di arresto europeo e tipicità nazionale del reato*, cit.

²⁶⁸ T. Padovani, *Il nemico politico e il suo delitto*, in A. Gamberini-R. Orlandi (a cura di) *Delitto politico e diritto penale del nemico. Nuovo Revisionismo penale*, cit., p. 73.

²⁶⁹ M. Romano, *Il codice Rocco e i lineamenti di una Riforma del diritto penale politico*, in "La Questione criminale", 1981, pp. 153 e ss.

²⁷⁰ *Ibidem*.

in molte delle fattispecie comprese agli artt. 241 e ss c.p. e tale può essere reso evidente facendo riferimento al significato della locuzione *personalità dello Stato*.

Con quest'espressione il legislatore fascista ha voluto disegnare un campo di relazioni tra politica/diritto, diritto/morale, tale da condizionare l'assetto complessivo delle norme in questione: in quest'ottica gli artt. 241 e ss. c.p. paiono prendere forma in una dimensione polemologica, conflittuale. Occorre precisare meglio.

Come notano Fiandaca e Musco, con l'espressione crimini contro la personalità dello Stato si svelò tutto il carattere autoritario dello Stato fascista, che quella locuzione elevò a titolo codicistico: "Assumendo a bene tutelato la personalità dello Stato, il legislatore vuol fare intendere che lo Stato ha una sua esistenza e un valore in sé, sino al punto di rappresentarlo antropomorficamente come ente dotato di personalità autonoma", per cui "quest'immagine personificata vale, a bene vedere, a simboleggiare il contenuto etico e la dimensione totalizzante tipici dello Stato autoritario fascista"²⁷¹.

Tale *personificazione* non appartiene invero solo all'ideologia giuridica fascista ma è un asse concettuale che caratterizza la figura dell'illecito politico e soprattutto promuove una determinata forma di organizzazione statale nella quale "l'idea dello Stato---persona quale momento conclusivo della sintesi politica e sbocco categoriale di ogni reato avente dimensione politica sottintende, com'è ovvio, una concezione totalitaria, per la quale, come non esiste rapporto politico da cui sia estraneo lo Stato---persona, così non può darsi reato politico che non si rivolga contro quell'unico soggetto"²⁷². Così descritto, lo *Stato persona*, quale paradigma su cui si fonda l'intera area dei delitti politici nel nostro ordinamento, sembra evocare la figura dello *Stato totale* (totale Staat), costruzione teorica dello Schmitt durante gli anni dell'esperimento weimariano. Entrambe le formule

²⁷¹ G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 2.

²⁷² T. Padovani, *Bene giuridico e delitti politici. Contributo alla critica ed alla riforma del titolo I, libro II c.p.*, in A.M. Stile (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, cit., p. 235.

– *Stato persona/Stato totale* – descriverebbero, infatti, la stessa tendenza accentratrice, omologante, del moloch statuale, nel corso del secolo scorso.

Così, in merito, si esprime il Kronjurist: “La società divenuta Stato diventa uno Stato dirigista in economia e nel campo della cultura, uno Stato assistenziale, di benessere e di previdenza. Lo Stato divenuto auto-organizzazione della società, e ormai impossibilitato a separarsi da essa relativamente al suo contenuto, accaparra tutto il sociale, cioè tutto ciò che riguarda la vita comune delle persone. Di fronte a questa vita non esiste settore davanti al quale lo Stato potrebbe osservare una stretta neutralità nel senso di un non-intervento”²⁷³. In realtà lo Stato totale cui qui si allude e a cui pensa Schmitt non è l’espressione precisa di una realtà politico-istituzionale totalitaria, o come sottesa al titolo codicistico in esame – della personalità statuale –, al contrario “Stato totale è uno dei modi con cui Schmitt denota il pluralismo”²⁷⁴. In sintesi, quando “lo Stato di diritto neutrale, ovvero lo Stato di leggi a base parlamentare, si rileva incapace di esistere politicamente” esso diventa uno “Stato totale”²⁷⁵. “Uno dei fattori di questa trasformazione” nota Galli “sono, per Schmitt, i partiti ideologici di massa, i partiti totali: sono infatti questi – che hanno scopi e ideologia propri, e che tendono a riprodurre in una parte, conflittuale rispetto alle altre, la complessità concreta e materiale (la totalità) di un popolo – ad avere occupato lo Stato”²⁷⁶ e averne fatto, appunto, uno “Stato totale”.

²⁷³ C. Schmitt, *La svolta verso lo Stato totale*, in *Parlamentarismo e democrazia*, Cosenza, Marco editore, 1998, p. 149.

²⁷⁴ C. Galli, *Genealogia della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*, cit., p. 641.

²⁷⁵ Ivi, p. 642.

²⁷⁶ *Ibidem*. Continua l’autore: “Con il loro pluralismo – che per Schmitt è distruttivo dell’unità politica – i partiti sono divenuti titolari della formazione della volontà dello Stato, rovesciando il pluralismo liberale e il modello liberale di partito; questo precedeva che esistesse una società separata dallo Stato, e che appunto nella società, in sé omogenea nonostante i conflitti, si desse lo spazio d’esistenza per una pluralità dei partiti; ma questi si presumeva fossero partiti liberi, ovvero partiti d’opinione, cioè che non fossero tra di loro tanto estranei da non rendere possibile che in parlamento, attraverso la discussione razionale, si formasse, per una sorta di astuzia dell’istituzione, una volontà sovrapartitica generale a partire dalla fluidità dell’opinione pubblica. Oggi, invece, il parlamento diviene – da teatro in cui la società entrava in scena per affrontare lo Stato, e per farsi Stato – il teatro di una divisione pluralistica delle forze sociali organizzate in partiti totali che parcellizzano definitivamente l’unità politica dello Stato”.

Se allora, ritornando alla similitudine tra Stato persona e Stato totale tale è solo in apparenza – nonostante delle analogie permangano –, nel campo dei delitti ex artt. 241 e ss c.p. la relazione che s’instaura tra il singolo e lo Stato è così forte, che il reato di natura politica è rappresentato come un attacco rivolto all’ordinamento giuridico nel suo complesso e non come una semplice infrazione individuale, una offesa mossa dal soggetto---reo al soggetto---vittima.

Guardiamo allo schema dell’art. 8 c. p., vero crocevia della materia, il quale stabilisce che “Agli effetti della legge penale, è delitto politico ogni delitto, che offende un interesse politico dello Stato, ovvero un diritto politico del cittadino”. Anche per come è strutturato dunque, e volendone tentare un’esegesi, il sopra citato articolo privilegia la figura dello Stato – i suoi interessi --- rispetto a quella del singolo²⁷⁷.

Nell’area dei delitti politici, quindi, l’antitesi governanti---governati si riproduce costantemente: qui la totemica figura dello Stato---persona si erge a propria difesa e perdono rilevanza i diritti dei soggetti coinvolti. Nondimeno non poche critiche sono state avanzate al concetto di personalità dello Stato quale bene giuridico passibile di tutela. In molti ritengono, infatti, che il delitto politico non possa considerarsi come reato che offende, anche solo minacciando, la *Personalità dello Stato*²⁷⁸; esiste infatti un ampio filone interpretativo che muove verso una riconsiderazione dello Stato persona quale parametro di difesa: ad essere tutelato dovrebbe essere infatti “non la personalità dello Stato, ma l’ordinamento politico---costituzionale della nostra società, e cioè il complesso di interessi di serie, fondamentali e primari, in sostanza sovrani, che fanno capo allo Stato---collettività”²⁷⁹.

²⁷⁷ Di parere contrario è Panagia, per il quale lo “Stato, cui fa riferimento l’art. 8 c.p. per individuare il soggetto passivo del delitto politico, deve essere inteso in senso unitario e cioè come superamento dell’antitesi governanti---governati, ossia come Stato---istituzione, Stato---collettività”. Cfr. S. Panagia, *Il delitto politico nel sistema penale italiano*, cit., p. 37.

²⁷⁸ Cfr. T. Padovani, *Bene giuridico e delitti politici. Contributo alla critica ed alla riforma del titolo I, libro II c.p.*, in A.M. Stile (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, cit.

²⁷⁹ S. Panagia, *Il delitto politico nel sistema penale italiano*, cit., p. 44. Sul concetto di Stato collettività/comunità l’autore scrive: “Il popolo non è soltanto elemento costitutivo dello Stato, ma è lo Stato stesso; il governo inteso come complesso di istituzioni e di persone...ne

Ma, anche considerando l'inattualità della formula, in un momento di (apparente) crisi della forma Stato classica, il principio giuridico in esame (della personalità statale) non sembra essere messo in discussione, quantomeno a livello normativo. Ci sembra, infatti, che il reato di ascendenza politica ancora oggi incarni il modo, a volte subdolo, per affermare l'idea di una volontà politica superiore, quasi fosse il reato stesso un'offesa personale all'immagine del sovrano, il quale dello Stato moderno è stato il simulacro e la maschera legittimante. Come può osservarsi, infatti, la permanenza, a livello normativo, di diversi reati, quali ad esempio quello di vilipendio, rilancia l'immagine di uno Stato in lotta per affermare la maestà del proprio potere sovrano andando anche contro, sovente, le esigenze di tutela del singolo.

Il rischio dunque è che, permanendo il principio dello Stato persona, si rompa ogni volta il patto di cittadinanza, che nei fatti torna ad essere un vincolo di subordinazione: "La concezione, insomma, dello Stato persona giuridica identifica, attraverso un'astrazione, lo Stato con il solo governo e crea quindi una differenza (che è spesso antagonismo) fra Stato e cittadini, fra interessi politici dello Stato e diritti politici del cittadino"²⁸⁰.

L'elemento della fiducia acquista allora un valore centrale: da parte del singolo individuo che disattendendo al suo obbligo di fedeltà (agli interessi dello Stato) viene per questo punito, venendo estromesso – il nemico della teorica jakobsiana –, e, da parte dello Stato che, sentendosi tradito (nei suoi interessi fondamentali), decide di punire estromettendo²⁸¹.

è l'organo, ossia il mezzo o strumento. Il popolo è dunque il titolare vero ed indispensabile della sovranità da cui dipende il sorgere, il durare, il tramontare di ogni potere: il popolo, non in quanto semplice aggregazione o giustapposizione di individui; ma in quanto abbia raggiunto quell'unità spirituale che si esprime nell'unità di volere che lo rende sovrano rispetto ai singoli e gli imprime il carattere di organismo politico..."

²⁸⁰ Ivi, pp. 35 e ss.

²⁸¹ L'elemento della fiducia, intesa come *fiducia istituzionale*, serba dunque un ruolo ed un'importanza nella dogmatica sullo Stato persona, così che, collegandoci a Jakobs, il reato può essere considerato non quale offesa al singolo ma come "minaccia all'integrità e alla stabilità sociale in quanto esso è l'espressione simbolica di una mancanza di fedeltà al diritto". Cfr. A. Baratta, *La teoria della Prevenzione---integrazione. Una nuova fondazione della pena all'interno della teoria sistemica*, cit., pp. 5 e ss.

Insistere però, come fatto finora, sul carattere autoritario, polemologico, dei delitti contro la personalità dello Stato, significa inevitabilmente riferirsi a un universo di concetti che, presentandosi come apparentemente appartenenti al Moderno, in realtà affondano la loro origine in una tradizione antica, ma mai del tutto tramontata. Nessuno più dubita, infatti, che “molte delle fattispecie di delitti contro la personalità dello Stato previste dal nostro codice penale non sono ne più ne meno che una riproposizione, in chiave moderna, delle antiche fattispecie incriminatrici delle età passate”²⁸².

Nella difesa dello Stato---persona ci troveremmo così di fronte a tutta una serie di modelli che, lontanissimi dalla cultura dello Stato di diritto, rimandano al contrario agli stilemi giuridico penali dei regimi assolutistici. Tutto ciò non è affatto una novità: “la scienza del diritto ha più volte teorizzato sulla ri---funzionalizzazione degli istituti, intendendo con essa l’adeguamento a compiti nuovi di normative storicamente precedenti”²⁸³. Il problema è vedere se tale *ri---funzionalizzazione*, ammessa pacificamente nel civile, nel penale non segni un arretramento complessivo: è necessario valutare cioè se essa sia, in qualche modo, coerente rispetto alla logica di uno Stato democratico. La domanda da porsi cioè è quanto e in che misura lo Stato persona sia presente – condizionandolo --- nello Stato costituzionale. Nella sua dimensione costituzionale, infatti, il diritto penale è l’espressione di tutela di valori assiologicamente differenti²⁸⁴ rispetto a quelli dello Stato persona. Pertanto, “l’illecito penale può concretarsi esclusivamente in una significativa lesione di un valore costituzionalmente rilevante. (...) Rilevanza costituzionale di un bene non significa semplicemente non antitetività del bene rispetto alla Costituzione, bensì assunzione del medesimo tra i valori esplicitamente o implicitamente garantiti dalla Carta

²⁸² M. Navarra, *La tendenza all’accentuazione dell’aspetto soggettivo dell’illecito penale: Riflessioni sulla categoria dei delitti contro la personalità dello Stato*, cit., pp. 1 ess.

²⁸³ E. Resta, *Atteggiamenti verso la codificazione penale*, in “La questione criminale”, 1981, p. 140.

²⁸⁴ Cfr. F. Bricola, *Teoria generale del reato. Estratto dal Novissimo Digesto Italiano*, cit. Da un punto di vista costituzionale i valori custoditi sono quelli, tra gli altri, della dignità della persona, della personalità della responsabilità penale, del giusto processo. Nulla di più lontano dalla difesa dello Stato persona.

costituzionale. (...) La locuzione rilevanza costituzionale è, poi, assai ampia, ricomprendendo non solo i diritti del singolo costituzionalmente garantiti, ma anche quei valori che sono obiettivamente tutelati. (...) E ancora: l'illecito penale può ledere un valore privo di rilievo costituzionale, ma legato a un valore costituzionale da un rapporto di presupposizione necessaria"²⁸⁵.

A chi scrive, invece, il campo di reati contro la personalità dello Stato sembra rappresentare, in molte sue parti, una riproposizione di schemi giuridici lontani nel tempo, ma mai del tutto tramontati, che, lontanissimi da ogni disegno di tutela costituzionale, dimostrano l'esistenza di persistenze, rigurgiti, di stampo autoritario, propri della prima modernità, che nemmeno i regimi democratici e liberali sono riusciti a eliminare.

In verità, si potrebbe obiettare che i regimi liberali non abbiano, del tutto, operato al fine di neutralizzare quelle pulsioni decisionistiche e autoritarie proprie del diritto penale della prima modernità. Come segnala anche Fiandaca, "ad un attento esame, basato sul confronto con la legislazione antecedente, ci si accorge che ben più della metà delle norme incriminatrici contenute nel titolo I del Libro II trovano riscontro, in tutto o in parte, nel codice penale del 1889: si tratta, essenzialmente, delle fattispecie poste a salvaguardia della sicurezza esterna ed interna dello Stato, dell'ordinamento costituzionale, dell'integrità e della libertà del Capo dello Stato e dei capi di Stato esteri"²⁸⁶. Ciò indica, oltre che una certa continuità istituzionale, tra regime liberale e fascista²⁸⁷, la presenza di una razionalità immanente nella disciplina del delitto politico²⁸⁸.

²⁸⁵ Ivi, pp. 15-16.

²⁸⁶ G. Fiandaca, *Il codice Rocco e la continuità istituzionale in materia penale*, in "La questione criminale", 1981, p. 74.

²⁸⁷ Cfr. L. Mangoni, *Giuristi e politica. Il diritto come supplenza*, in A. Schiavone (a cura di) *Stato e cultura giuridica dall'Unità alla Repubblica*, Roma-Bari, Laterza, 1990.

²⁸⁸ Cfr. M. Sbriccoli, *Le mani nella pasta e gli occhi al cielo. La penalistica italiana negli anni del fascismo*, in "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", 1999, pp. 817 e ss. Scrive l'autore: "Dentro questo orizzonte ideologico, il criminale è assimilato al nemico, e il nemico al criminale. Una simile visione delle cose oltrepassa le teorie penali e si collega direttamente all'ideologia del Fascismo e alla sua concezione della convivenza e dello stato. Seppure non estranea, ancora una volta, ad alcune declamatorie del positivismo criminologico, questa semplificazione applica alla funzione del penale un'idea di dominio

Rivolgiamoci allora – e nuovamente --- al significato del concetto di *Stato persona*: riconosciuto che esso si ponga in qualche modo su una linea euristica vicina – sebbene assolutamente non sovrapponibile --- con quella dello *Stato totale*²⁸⁹, ciò induce a ritenere che la materia degli illeciti politici abbia conservato una certa stabilità lungo tutta la traiettoria evolutiva della forma---Stato moderna. In diversi ordinamenti, infatti, - e non solo in quello italiano – e a prescindere dalla loro natura liberale o autoritaria “Tanto la parte generale del Codice, quanto la tutela dei beni giuridici della parte speciale, mostrano che ciò che è davvero meritevole di essere difeso non sono i diversi beni giuridici in quanto tali, ma è quella fonte suprema di essi che è lo Stato forte – lo Stato totale per forza”²⁹⁰. “Insomma, la persona giuridica statale rivive continuamente nelle forme del diritto pubblico” anche se “l’idea di personalità rimane però al vertice di un sistema che gli effettivi detentori del potere utilizzano, pur facendolo degenerare, nelle sue immense potenzialità”²⁹¹.

Occorre allora un salto qualitativo nell’analisi. Restando sempre nell’universo concettuale schmittiano, proprio agli artt. 241 e ss. c.p. il

nella quale non c’è spazio per il disaccordo, per le differenze, per la difformità. Il disaccordo equivale al tradimento, la differenza incute spavento e induce aggressione, la difformità è intollerabile e suscita impulsi di occultamento o di soppressione. I primi e gli ultimi elementi rilevanti di legislazione penale prodotti dal Fascismo, quelli contro gli avversari politici del 1926 e quelli antiebraici del 1938 si iscrivono in questo quadro, e suggellano con l’uso dello strumento penale l’idea che esistano intrusi (...) che vanno trattati come nemici”.

²⁸⁹ Se lo Stato totale di Schmitt rappresentava lo specchio della crisi istituzionale e politica di Weimar, lo Stato persona fu, negli stessi anni, la scoperta originale della scienza penale italiana la quale legittimò, da un punto di vista tecnico---giuridico, l’idea dell’eticizzazione dello Stato fascista. Cfr. G. Fiandaca, *Il codice Rocco e la continuità istituzionale in materia penale*, cit., pp. 71 e ss.

²⁹⁰ C. Galli, *Il codice Rocco e noi*, in F. Mancuso---G. Preterossi---A. Tucci (a cura di) *Le metamorfosi del diritto. Studi in memoria di Alfonso Catania*, Milano---Udine, Mimesis, 2013, p. 214.

²⁹¹ G. Berti, *La parabola della Persona Stato (e dei suoi organi)*, in “Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, 1982/83, p. 1029. Scrive l’autore (p. 1007): “Il concetto---sintesi di persona giuridica, avviato sin dal suo primo porsi ad acquistare la forza suggestiva ed indiscutibile del dogma, simboleggiava l’incontro e l’intreccio di una molteplicità di linee evolutive (la razionalizzazione della lotta fra le parti politiche: corona---rappresentanti sociali---burocrazia; la definizione del rapporto società---stato o economia---politica; l’affermazione del primato dello stato sui corpi intermedi ed il perfezionamento interno della sovranità; la fondazione di un criterio assoluto di legittimazione dei poteri su di una organizzazione giuridicamente conformata e come tale inattaccabile; l’accettazione, anche a tale fine, della predominanza culturale del metodo giuridico e la parallela costruzione di un sistema di diritto pubblico).”

diritto pare assumere, ad un'attenta lettura, una curvatura particolare, fino a porsi assai vicino alle posizioni del *Politico*.

“Il Politico”, nota Schmitt, che non può confondersi con lo Stato, essendo questo una forma, particolare e transeunte, dell'unità politica, “ha infatti i suoi propri criteri che agiscono, in modo peculiare, nei confronti dei diversi settori concreti relativamente indipendenti, del pensiero e dell'azione umana”²⁹². Se il principale criterio di definizione (del Politico) si fonda su una distinzione, che non si esaurisce solo nella prospettiva statale, tale, “alla quale è possibile ricondurre le azioni e i motivi politici, è la distinzione di amico (*Freund*) e nemico (*Feind*). Essa offre una definizione concettuale, cioè un criterio, non una definizione esaustiva o una spiegazione di contenuto”²⁹³. Sebbene tale distinzione (amico/nemico) esorbiti l'ambito statale, privilegiando la dimensione inter/nazionale del conflitto ²⁹⁴ – cristallizzandosi cioè nello *Ius publicum europaeum* --- nondimeno è nello Stato che tale distinzione esiste, realizzandosi in concreto e operando.

Il problema allora, in riferimento agli obiettivi di questa analisi, è intendersi sullo statuto concettuale del diritto penale quand'esso assume funzione politica: se ammettiamo, con Schmitt, che “è lo Stato come unità politica organizzata che avoca a sé la decisione sull'amico---nemico”²⁹⁵, è necessario chiedersi quanto e come tale decisione --- riguardante la

²⁹² C. Schmitt, *Der Begriff des Politischen*, trad. it. *Il concetto di "Politico"*, in G. Miglio---P. Schiera (a cura di) *Le categorie del politico*, Bologna, Il Mulino, 2005 (1972), p. 108.

²⁹³ *Ibidem*.

²⁹⁴ C. Schmitt, *Il concetto di "Politico"*, in G. Miglio---P. Schiera (a cura di) *Le categorie del politico*, cit.; Scrive l'autore (pp. 131 e ss.): “La competenza a disporre, nella forma di un giudizio penale, della vita e della morte di un uomo, il *jus vitae ac necis*, può spettare anche ad un'altra associazione esistente all'interno dell'unità politica, ad esempio alla famiglia e al capofamiglia; ciò non accade invece, almeno finché continua ad esistere l'unità politica in quanto tale, per il *jus belli* o per il diritto alla dichiarazione di *hostis*. Allo stesso modo, per il diritto alla vendetta di sangue fra diverse famiglie o stirpi dovrebbe veni sospeso almeno durante la guerra, perché possa esistere un'unità politica. Un gruppo di uomini che volesse rinunciare a queste conseguenze dell'unità politica, non sarebbe un gruppo politico, poiché rinuncerebbe alla possibilità di decidere in modo definitivo chi considerare e trattare come nemico”. Sulla questione cfr. anche G. Preterossi, *Carl Schmitt e la tradizione moderna*, Roma---Bari, Laterza, 1996.

²⁹⁵ C. Schmitt, *Il concetto di "Politico"*, in G. Miglio---P. Schiera (a cura di) *Le categorie del politico*, cit., p. 112.

distinzione tra amico/nemico --- diventi costitutiva e informi di sé la materia degli illeciti politici²⁹⁶.

Osserviamo meglio i termini della questione: se il diritto privato nacque dall'esigenza di una disciplina dei rapporti patrimoniali tra soggetti di diritto paritariamente intesi, nel diritto penale al contrario, storicamente, si è espressa un'immagine verticale e gerarchica delle relazioni tra individuo e Stato, e dunque, a differenza che nel diritto privato, in esso si mostrò da subito un'inclinazione naturale al conflitto, alla contrapposizione (tra governanti e governati). Ciò non significa che il diritto penale abbia favorito, nel corso della sua esistenza, l'affermarsi sistematico di ogni contesa nello spazio intra statale: storicamente, infatti, nel Moderno, esso ha fatto anche da freno, da *Katechon*, ai sommovimenti, alle rivolte interne declinando l'ostilità come un problema di giustizia (politica)²⁹⁷.

Nondimeno "E' la stessa natura del diritto", scrive Berti, riferendosi a quel tipo di diritto più soggetto alle contaminazioni politiche --- il diritto pubblico in primis ma anche e soprattutto il diritto penale --- "a prefigurare delle subordinazioni, dei condizionamenti, delle occasioni di approfittamento (...). Dove dunque la libertà dell'uomo? Se il diritto è ordine ma è anche subordinazione, se è autentica produzione della società, ma è anche frutto

²⁹⁶ Scrive Schmitt: "Questa necessità di pacificazione interna porta, in situazioni critiche, al fatto che lo Stato, in quanto unità politica, determina da sé, finché esiste, anche il nemico interno. In tutti gli Stati esiste perciò in qualche forma ciò che il diritto statale delle repubbliche greche conosceva come dichiarazione di *polemios* e il diritto statale romano come dichiarazione di *hostis*: forme cioè più o meno acute, automatiche o efficaci solo in base a leggi speciali, manifestate o celate in prescrizioni generali, di bando, di proscrizione, di estromissione dalla comunità di pace, di collocazione *hors la loi*, in una parola di dichiarazione di ostilità interna allo Stato". Cfr. C. Schmitt, *Il concetto di "Politico"*, in G. Miglio---P. Schiera (a cura di) *Le categorie del politico*, cit., p. 130. La materia dei delitti contro la personalità dello Stato pare dunque seguire tale tradizione storico---istituzionale; sulla questione, cfr. anche M. Nigro, *Carl Schmitt fra diritto e politica*, in "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", 1986.

²⁹⁷ Bisogna sottolineare che per Schmitt il diritto penale, sebbene presenti delle ragioni polemologiche, conflittuali, non è centrale nella rappresentazione del Politico, come è quanto il diritto internazionale. Da esso cioè non si può sempre configurare una stasiologia (o scienza dei conflitti). Cfr. C. Schmitt, *Der Nomos der Erde im Volkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, trad. it. E. Castrucci (a cura di) *Il Nomos della terra nel diritto internazionale dello Jus Publicum Europaeum*, Milano, Adelphi, 2006.

dell'imposizione, dove mai troverà la protezione e la sicurezza della libertà umana? È debole il diritto od è troppo forte e refrattaria la politica?"²⁹⁸.

La serie di interrogativi, a nostro parere, andrebbe riformulata. Il diritto penale politico, così come si è andato formando, ha, infatti, natura e funzioni diverse dal diritto ordinario²⁹⁹. Esso serba una razionalità, che è politica, prim'ancora che giuridica. Capirne allora l'origine, il senso, significa, come detto, rivolgersi primariamente alle ragioni del Politico³⁰⁰.

Molte delle norme presenti agli artt. 241 e ss c.p. presentano, infatti, delle *eccentricità, delle anomalie*, tali da renderle non sussumibili, completamente, nell'ordinario schema delle norme generali e astratte, rivolte alla tutela del singolo³⁰¹. Più in generale, le ultime tendenze della legislazione in materia politico penale descrivono un sistema teso alla produzione di *leggi fantasiose*, i cui destinatari più che soggetti di diritto sono dei corpi, *tipi umani determinati*³⁰².

È in questa prospettiva teorica – di derivazione schmittiana --- che si può comprendere l'eguaglianza nel rapporto – tra politica e diritto – la quale

²⁹⁸ G. Berti, *Stratificazioni del potere e crescita del diritto*, in "Jus", 2004, p. 293.

²⁹⁹ Prenderne dunque atto sembra ovvio ma risolve già un primo problema: coloro che, trincerandosi dietro un normativismo ed un tecnicismo di maniera, disconoscono la natura spuria delle norme di cui al Titolo I del II libro c.p., e, più in generale, di qualsiasi forma di diritto penale politico, commettono un grave errore interpretativo. Cfr. T. Padovani, *Bene giuridico e delitti politici. Contributo alla critica ed alla riforma del titolo I, libro II c.p.*, in A.M. Stile (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, cit.

³⁰⁰ Scrive Galli, sull'ontologia del Politico schmittiano: "Non solo, dunque, il politico non è un ambito oggettivo, ma implica anche, in realtà, che non esista alcun altro ambito in sé concluso e che tutti siano anzi esposti all'indifferenziazione; e, di conseguenza, che non si dia neppure un terreno comune su cui possa poggiare una politica architettonicamente edificata a partire da un progetto dedotto dalla teoria, o da un valore: l'attività politica – ovvero quella che ha a che fare col politico – si determina anzi a partire dal momento in cui il logos tace, in cui l'universale si dimostra impossibile, in cui l'esistenza palesa la propria mancanza di senso (...) da questo rovesciarsi della quantità in qualità, cioè dal fatto che il conflitto di merito, all'interno di un ambito oggettivo, diviene un'intensità assoluta che sfonda e indetermina ogni oggettività (...) emerge chiaro che nel politico si manifesta l'originaria sconnessione fra Idea e realtà, tra fondamento e empiria: l'originaria impossibilità di oggettività". Cfr. C. Galli, *Genealogia della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*, cit., pp. 733 e ss.

³⁰¹ Sebbene sia vivo e presente, negli ultimi anni, un processo di lento adeguamento di tali norme allo spirito della Costituzione, soprattutto attraverso l'attività giurisdizionale. Sulle anomalie e le eccentricità presenti agli artt. 241 e ss c.p. si veda comunque T. Padovani, *Bene giuridico e delitti politici. Contributo alla critica ed alla riforma del titolo I, libro II c.p.*, in A.M. Stile (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, cit.

³⁰² Cfr. C. Galli, *Il codice Rocco e noi*, in F. Mancuso-G. Preterossi-A. Tucci (a cura di) *Le Metamorfosi del diritto. Studi in onore di Alfonso Catania*, cit., pp. 211-220.

assume, nei delitti contro lo Stato persona, una dimensione costitutiva, una trama genetica. I delitti cui agli artt. 241 e ss. c.p. dovrebbero essere letti allora come un tentativo di codificazione – da parte dello Stato – delle varie forme di ostilità (interna ed esterna), rispondendo però a logiche più politiche che giuridiche³⁰³. Il reato diventa così terreno di scontro politico, prima ancora che giuridico, un conflitto tra soggettività antitetico³⁰⁴ --- lo

³⁰³ Con essi si avrebbe sì una regolazione delle varie manifestazioni di inimicizia ma secondo un metodo inquisitorio, autoritario, lontano dalle garanzie tradizionali di uno Stato democratico e costituzionale. Cfr. C. Amirante, *Sistema costituzionale e diritto penale politico*, in AA.VV. *Il delitto politico. Dalla fine dell'ottocento ai giorni nostri*, Roma, Sapere 2000, 1984. Scrive l'autore (p. 61 e ss.): "Non si tratta certo di negare alcuni generali elementi di continuità fra sistema costituzionale e diritto penale politico, nelle tappe fondamentali del costituzionalismo dell'Europa continentale; sembra però molto più significativo sottolineare gli elementi di diversificazione sia, e direi soprattutto del sistema costituzionale (...), del diritto penale politico e dei loro specifici rapporti. I nuovi aspetti in cui questi rapporti si manifestano riguardano sia i soggetti destinatari di fatto del processo penale politico che le stesse tecniche giuridiche (sia sostanziali che processuali), sia infine lo stesso obiettivo del processo politico: la costruzione del consenso. I diffusi fenomeni di ideologizzazione del diritto penale politico (difesa della Costituzione, sanzione dei nemici della Costituzione e dell'ordinamento democratico) da un lato rendono rischiosi i duttili e perciò pericolosi strumenti legislativi elaborati, e dall'altro appaiono rivolti in modo diretto o indiretto con il contributo determinante dei media, proprio alla ricostituzione del consenso". Rispetto a ciò si esprime il punto di massimo attrito, tra sistema democratico di garanzie e diritto penale politico: "...il problema dell'obbedienza dei cittadini, allo stato e al governo come sua massima espressione, e il problema del rapporto fra consenso allo stato (inteso come fedeltà alle sue leggi, elaborato in base ad una concezione dello stato fortemente centralizzato, contrapposto alla società) e il diritto all'opposizione e al dissenso, si pone in questa fase storica in termini estremamente chiari e semplificati. Il consenso verso lo stato si presume predata e il dissenso viene considerato legittimo solo se si esprime in manifestazioni minimali di carattere individuale e viene immediatamente colpito non appena si manifesta in forme pubbliche, soprattutto collettive". Concludendo, l'autore indica come "la conflittualità politica e sociale, prima latente e poi esplosiva che si è manifestata nel periodo weimariano, ha fatto emergere progressivamente, con lo sviluppo delle contraddizioni, forme sempre più regressive di giuridificazione e criminalizzazione della vita sociale che sono culminate nell'elaborazione e nella pratica del *Gesinnungsstrafrecht* cioè del diritto penale della convinzione interiore e della colpa d'autore che sarà portato alle sue estreme conseguenze autoritarie dal nazismo". Abbiamo visto come lo schema della *Gesinnung* segni permanentemente la materia dei delitti contro lo Stato persona. In tal senso "sia le fattispecie legislative (tipo d'autore, reati d'opinione, reati associativi) che le pratiche amministrative (confini e altre forme di controllo di polizia), sia la stessa ideologia del nemico della Costituzione (...) non esauriranno la loro carica antidemocratica con la sconfitta dei regimi autoritari che li avevano generati!".

³⁰⁴ Una interessante analisi sulla antropologia del criminale politico, uno dei protagonisti dello scontro disciplinato dai reati ex artt. 241 e ss c.p., è quella sviluppata da Damiano Palano che, riprendendo gli studi di Lombroso, parla delle categorie del criminale pazzo, del mattoide, sviluppate proprio dallo psichiatra italiano. In particolare, emerge, nel lavoro, l'intreccio, a livello epistemologico, tra psicologia e scienze sociali nel tardo '800 che condusse all'elaborazione di categorie originali, come quella di "epilessia politica". Scrive l'autore "La connessione tra la rappresentazione del criminale politico e l'indagine delle profondità della mente umana, intravista con chiarezza da Foucault, costituisce per molti versi anche il tratto che caratterizza e unifica gran parte del dibattito condotto negli

Stato da un parte, il criminale politico dall'altra³⁰⁵. Dove collocare dunque la difesa d'interessi costituzionalmente rilevanti? Dove collocare la difesa del singolo? Al contrario sembra che lo Stato, attraverso la leva penale, sia tentato, ogni qual volta si agiti lo spettro di una opposizione, a prevaricare

ultimi due decenni dell'Ottocento sulla psicologia del terrorismo, un dibattito di cui (...) Lombroso fu un instancabile protagonista, ma non certo l'unico rappresentante. E per quanto le ipotesi enunciate dal fondatore della scuola italiana di antropologia criminale possano apparire oggi come poco più che reperti archeologici di un passato remoto, sarebbe superficiale, o colpevolmente ingenuo, sottovalutare l'impatto che esse ebbero non solo sull'affermazione di una nuova rappresentazione del nemico, ma forse soprattutto su quel percorso, così suggestivo, che veniva a raffigurare la psiche umana come lacerata, da un conflitto irriducibile. Se infatti quei due itinerari teorici che si concentrano, da un lato, sulla definizione del nemico (anche oltre la linea tradizionale che separa l'inimicus dall'hostis), e, dall'altro, sull'elaborazione di una nuova concezione della psiche (e della psicologia individuale), sono spesso stati intesi come sostanzialmente indipendenti, o forse semplicemente paralleli, essi vengono invece a incrociarsi, a cavallo tra i due secoli, proprio nel dibattito sul terrorismo, oltre che nelle indagini condotte sull'azione delle folle, sulla ferocia delle plebi meridionali, sulle dinamiche delle demonomanie, sulla psicologia delle infezioni psichiche. È proprio in questi dibattiti, e all'interno di queste ricerche dalle spesso discutibili pretese scientifiche, che vengono a confondersi sempre più inestricabilmente l'ordine politico e l'ordine psichico individuale, e che insieme al criminale comincia a riapparire – come scriveva Foucault – l'uomo della foresta. In altre parole, è in questo contesto culturale che psichiatri e criminologi, estendendo i loro schemi interpretativi persino alle nascenti scienze sociali, iniziano a ricondurre il comportamento criminale, ma soprattutto la tendenza alla sovversione dell'ordine politico e sociale, a un fondo oscuro di anormalità, a un residuo atavico sopravvissuto all'evoluzione della specie". Cfr. D. Palano, *La psicologia del terrorista: Cesare Lombroso e il delitto politico*, in "Il Politico", 3, 2004, p. 502.

³⁰⁵ Rispetto ad una particolare lettura dei reati contro lo Stato persona, per cui Stato e criminale politico si combattono serbandolo *lo stesso grado di legittimazione*, si veda Agnoli che scrive: "Se invece – audacemente – poniamo stato e delinquente politico sullo stesso piano, si rompe lo steccato oltremodo comodo eretto dalla tradizione, dal pensare comandato tra la logica razionale e genericamente accettata da un lato; e la irrazionalità, l'antilogica apparente della disobbedienza, del dissenso, della ribellione dall'altro. E ci si trova di fronte a due posizioni storicamente opposte. Il che significa che non esiste una logica unica, quella dello stato, di fronte alla quale insorgerebbe la pura delinquenza, priva di ogni senso storico e sociale; (...) Qui ci appare crudamente tutta la contraddittorietà e il movimento dialettico tra norma e rottura, tra legge e illegalità, tra stato e insurrezione in quanto posizioni equiparate, drammatiche ma contemporaneamente disincantate, prive le une dall'alone del sacrosanto, le altre dall'inconscia ammirabilità del demoniaco". La conclusione cui si giunge è invero alquanto polemica: "A tal modo il nostro discorso assume un carattere razionale: sine ira et studio possiamo constatare che il rapporto di puro potere o di diritto astratto (come già detto: lo stato soggetto del diritto e suo esecutore, il ribelle mero oggetto di criminalizzazione e di penalizzazione) si tramuta nel rapporto di due forze storiche. Una conclusione (senz'altro ipotetica) che ci porta assai lontano: o riconosciamo due soggetti storici, con precisi connotati sociali e con funzioni strutturali, che escono entrambi dalla concettualità della delinquenza (la logica dello stato comporta il suo diritto repressivo, il diritto alla ribellione ha una sua logica legittima); oppure abbiamo a che fare con due soggetti che sono entrambi delinquenti! Il potere come reato del dominio dell'uomo sull'uomo; la ribellione come reato insurrezionale contro il dominio legale: due forme diverse di delinquenza, due associazioni a delinquere". Cfr. J. Agnoli, *La logica dello stato e il diritto alla ribellione*, in AA.VV. *Il delitto politico. Dalla fine dell'Ottocento ai giorni nostri*, cit. pp. 105 e ss.

l'altro, non più cittadino ma nemico, "prospettando come giustizia quella che sarebbe in realtà una semplice difesa di se stesso"³⁰⁶. Bisognerebbe allora riconoscere le ambiguità del diritto penale (politico) il quale nacque come mediazione irrisolta tra sfera politica e giuridica, essendo immanente ad entrambe: da un lato strumento di difesa del potere – il Principe, gli apparati burocratici, l'esercito, il sistema economico, l'organizzazione della chiesa in esso, e non nel diritto costituzionale non ancora definitivamente formatosi, trovarono tra il XIII ed il XVIII sec., protezione – e dall'altro svolgendo un ruolo decisivo, nel processo di formazione della sfera pubblica³⁰⁷. All'interno del sistema penale, e nella genesi della forma Stato, il delitto politico assume dunque una posizione centrale: esso, sottolinea Bellini, "in ognuna delle sue forme e manifestazioni, è coevo al sorgere dell'organizzazione statale, acquisito che essa si regge su una impalcatura le cui strutture sono politiche. Non poteva esistere nella teocrazia ebraica poiché qualsiasi manifestazione indocile o sediziosa veniva assorbita nel delitto religioso, recte era un peccato contro Dio, capo supremo della nazione"³⁰⁸.

Ricordiamone allora la genesi: esso – il delitto politico --- ebbe origine dall'universo nebuloso del *Crimen laesae maiestatis*, che non fu un sistema

³⁰⁶ Tale impostazione *polemologica* – nella teorica sul reato politico --- è stata adottata da parte di diversi esponenti della dottrina penale tedesca, quali lo Schroeder ed il Kirchheimer, per i quali la figura dell'illecito politico, al contrario dell'illecito comune, avrebbe come reale obiettivo quello di garantire il mero esercizio del potere: in tal senso lo Stato diventa giudice *in re propria*, nel senso di essere "giudice e parte nel medesimo tempo". Cfr. M. Romano, *Il codice Rocco e i lineamenti di una Riforma del diritto penale politico*, cit., p. 152

³⁰⁷ Cfr. M. Sbriccoli, *Crimen laesae maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, Milano, Giuffrè, 1974.

³⁰⁸ F. Bellini, *Note minime sul Delitto politico*, in "Rivista penale", 2004, p. 691. Ma tale considerazione non ci persuade fino in fondo: se infatti, il delitto politico, almeno in apparenza, pare sfuggire a qualsiasi connotazione religiosa, o trascendente --- come nota Nicoletti lo stadio del religioso è quello dell'eternità, quando invece quello del Politico è legato alla contingenza e alla particolarità, nel Politico all'idea dell'amore universale si sostituisce la conflittualità della coppia amico---nemico - nondimeno in esso – nel delitto politico --- è presente una matrice teologica: facendo nostra l'idea, schmittiana, secondo cui "tutti i concetti più pregnanti della moderna dottrina dello Stato sono concetti teologici secolarizzati" il delitto politico, ad una attenta lettura, pare assumere proprio le forme del peccato, come la forma secolarizzata del peccato rivolto contro quel "Dio onnipotente che è divenuto l'onnipotente legislatore". Cfr. C. Schmitt, *Teologia politica. Quattro capitoli sulla sovranità*, in G. Miglio---P. Schiera (a cura di) *Le categorie del politico*, cit., pp. 33 e ss.

giuridico così come lo intendiamo noi oggi, ma un *sedimentarsi inorganico di principi giuridici di natura diversa*, appartenenti alla tradizione dello *ius commune*³⁰⁹. All'interno del Crimen un significato particolare ha, per il presente studio, l'istituto della *seditione*. È necessario quindi, ai fini dell'analisi, tentare una breve digressione sul tema della *seditione*.

3.3 La *seditione* quale fonte ordogenetica dell'attuale sistema ex artt. 241 e ss c.p.

Proprio questa allora la *seditione*, creazione giuridica dello *ius commune*, quindi a cavallo tra XIII e XVIII sec., rappresentò un crocevia fondamentale nel processo di formazione del diritto penale politico. La *seditione* definì, infatti, uno dei punti di massimo contatto – e sovrapposizione --- tra la *potestas* e la funzione giuridico---penale. Indagarne, seppur per cenni, la forma, il contenuto, significa ripercorrere, del diritto penale politico, le continue mutazioni, le adeguazioni di senso. La sua importanza risiede nel fatto che essa rappresentò la prima grande opera di disciplinamento, di regolazione – giuridico---penale -- dell'inimicizia, all'interno dell'orbita statale.

Sul punto, sempre Schmitt scriverà: “Vi fu realmente un tempo in cui era corretto identificare i concetti di statale e politico. Infatti allo Stato europeo classico era accaduto qualcosa di assai improbabile: di creare la pace al suo interno e di eliminare l'inimicizia come concetto giuridico”³¹⁰. In realtà l'inimicizia (interna) non fu eliminata semplicemente, con la *seditione*, ma assunse dignità e status giuridici: essa insomma si risolse essendo trattata nel penale.

Con il reato di *seditione*, infatti, colui che era titolare della *maiestas*, decideva, attraverso la leva del crimen, di reprimere qualsiasi tipo di agitazione interna, tanto grave, da tendere allo scontro, finanche alla guerra civile. Con la *seditione*, quindi, l'azione di tutela penale, al fine di proteggere la

³⁰⁹ Cfr. M. Sbriccoli, *Crimen laesae maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, cit.

³¹⁰ C. Schmitt, *Il concetto di “Politico”*, in G. Miglio---P. Schiera (a cura di) *Le categorie del politico*, cit., p. 90.

concordia civium, assunse un significato che esorbitava lo spazio classico del reato, così come poi rappresentato nella tradizione illuminista e liberale: il *seditiosus*, infatti, non era considerato semplicemente come un reo comune da condannare, ma come un nemico da combattere, presentandosi al tempo come *hostis* e come *proditor*. Il suo agire non realizzava solo dei reati, ma produceva una crisi nell'ordine, creando divisioni e favorendo gli avversari esterni.

Di fatto quindi, la *seditio*, rappresentò plasticamente l'inizio di ogni politicizzazione del reato, l'espressione stessa della *politicalità del delitto*³¹¹. In questo senso la pena prevista, che era quella dell'isolamento, segnava la cesura, la fine del rapporto tra il *seditiosus* e la sua comunità di riferimento. Quanto detto non ne esaurisce ovviamente il profilo: bisogna riconoscere come *la seditio* appaia come la massima espressione dell'arbitrarietà del potere sovrano, quand'esso si trova a svolgere una funzione giudiziaria. Nel *crimen di seditio*, infatti, non tutti, pur agendo formalmente con sedizione, erano soggetti allo stesso trattamento sanzionatorio: ad alcuni, considerati come *vindices* o *tutores* dello Stato, era consentito agire, al fine di proteggere o instaurare l'ordine più giusto, anche con violenza; era sempre il sovrano a stabilire, retrospettivamente, i buoni ed i cattivi, i colpevoli e gli innocenti³¹².

La *seditio* dunque, intesa nel suo valore più profondo, consente di misurare le continue *ri--funzionalizzazioni* occorse nel sistema penale (politico) nel corso del suo sviluppo. Non è un caso se essa sia, ancora oggi, figura decisiva per comprendere la natura di numerose disposizioni, codicistiche e non, presenti nel nostro come in altri sistemi penali.

Sempre nel quadro della *seditio*, di particolare interesse appaiono *le grida in pubblico*, rivolte contro il monarca, le quali, dato il loro carattere

³¹¹ Non è un caso se essa venne definita, dai commentatori dell'epoca, con termini quali quelli di *atrocitas*, *gravitas*, *enormitas*, quasi a segnalarne il particolare disvalore, non solo giuridico, ma politico/sociale. Cfr. M. Sbriccoli, *Crimen laesae maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, cit.

³¹² Tale dinamica ci svela molto della natura decisionistica del diritto penale politico: il suo essere stato, storicamente, diritto dei vincitori, contro gli sconfitti. Cfr. di nuovo e sempre M. Sbriccoli, *Crimen laesae maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, cit.

destabilizzante, turbavano la quiete e incitavano alla rivolta e alla sollevazione *contra publicum pacem*. Ed è proprio nella disciplina delle *grida*, che si può scorgere, in prospettiva, lo spirito di gran parte delle fattispecie comprese nel nostro ordinamento, figure di reato tutte protese alla difesa della personalità (interna ed esterna) dello Stato. In questo senso, e rispetto agli artt. 276 e ss. c.p., lo schema della *seditione* funge da modello e da pietra di paragone: qui la *ri---funzionalizzazione* degli istituti agisce da principio operante. Per comprendere il significato profondo, lo spirito dei reati contro la personalità dello Stato, occorre allora riferirsi innanzitutto allo schema della *seditione*. Pensiamo al modo in cui è strutturato l'istituto: se la rivolta appare come un elemento necessario per configurare l'illecito da un punto di vista oggettivo, ciò che realmente conta venendo tutelato non è l'ordine pubblico inteso come *quietis publicae* – la pubblica tranquillità dei consociati --- ma la salvaguardia dei principi politici dello Stato. Ciò segnala l'esistenza di un legame, strettissimo, tra la funzione penale e la conservazione dell'ordine sovrano: anche quando, universalmente, si dichiara che ad essere tutelata è la *pax publica*, questa deve intendersi come la permanenza dello status quo³¹³.

Guardando allo schema della *seditione*, il reato di ascendenza politica può allora considerarsi, fin dalla sua genesi, come un attacco rivolto contro la stabilità dell'ordine statale: un attacco politico prim'ancora che un'infrazione giuridica.

In quest'ottica, consideriamo la coeva forma del nostro sistema penale politico, laddove “nel quadro delle fattispecie previste dal titolo I del libro II c.p. spicca la singolare assenza di una qualsiasi considerazione rivolta alla criminalità politica interna ai meccanismi di potere. I fatti punibili sono essenzialmente concepiti come aggressione dall'esterno da parte di chi non

³¹³ Volendo tentare un paragone potremmo definirla – la *quietis publicae* --- come lo stabilizzarsi jakobsiano delle norme, a livello cognitivo. Cfr. G. Jakobs, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, cit., pp. 753 e ss.

sia detentore di potere politico”³¹⁴ . Utilizzare la *sedition* come schema dell’odierno diritto penale politico, o, più precisamente, come fonte ordogenetica dei reati contro la personalità dello Stato, appare quindi, nonostante i numerosi rimaneggiamenti cui è stata sottoposta la materia in esame, come una scelta interpretativa inevitabile. Invero l’analisi sulle analogie, tra antichi e nuovi modelli, non può limitarsi solo ad essa: è necessario soffermarsi, seppur brevemente, anche sul ruolo e sul significato che ebbe, nella formazione del diritto penale politico, l’istituto della *proditio*.

Tale si mostra quale figura iuris anch’essa gravitante nell’orbita del *crimen laesae maiestatis*, e dunque nell’interstizio tra politica e diritto, legge e forza. E come la *sedition*, essa pare evocare – di fatto evoca – diverse figure di reato così come configurate agli artt. 241 e ss c.p.³¹⁵. Nella *proditio* quindi, parimenti che nella *sedition*, l’infrazione giuridica si colora di contenuti metagiuridici: come lesione dell’obbligo di fedeltà politica al sovrano e all’ordine da esso costituito³¹⁶. Lo schema non muta: sia nella *proditio* che nella *sedition* ad essere tutelato è l’ordine statale, esprimendo quell’antitesi governanti/governati, vera pietra angolare, intorno cui gravitano i delitti contro lo Stato persona.

Nella realtà, dunque, costruzioni giuridiche che appartengono all’epoca dello ius comune, paiono ispirare ancora e profondamente le logiche del diritto penale politico, anche nell’epoca della (presunta) *destatualizzazione*, quando secondo alcuni cambia il volto stesso dell’illecito penale³¹⁷. Proprio qui sta il senso di questa nostra breve digressione verso modelli arcaici, all’apparenza estranei al tessuto giuridico moderno: nella loro permanente

³¹⁴ T. Padovani, *Bene giuridico e delitti politici. Contributo alla critica ed alla riforma del titolo I, libro II c.p.*, in A.M. Stile (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, cit., p. 240.

³¹⁵ Si vedano in particolare gli artt. 247, 248, 249, 250 c.p.

³¹⁶ Il proditor è, nell’interpretazione tradizionale, colui che rivolge le armi contro il proprio monarca, decidendo di passare dalla parte dei nemici, rinnegando così la propria origine ed appartenenza alla *communitas*, non un semplice criminale quindi. Cfr. M. Sbriccoli, *Crimen laesae maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, cit.

³¹⁷ M. Donini, *Il volto attuale dell’illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, Giuffrè editore, 2004.

adesività, rispetto alle logiche del sistema penale politico. Se su di esse (*seditio/proditio*) si sono non a caso modellate – e si modellano ancora --- molte delle fattispecie del nostro come di altri ordinamenti, è perché esiste una precisa ragion d'essere --- il *modus essendi* ed il *modus operandi* --- del diritto penale quand'esso assume funzione politica.

Non bisogna illudersi dunque che ci sia una piena e completa riformabilità in senso democratico e costituzionale dello schema dei delitti politici: “da sempre, e fino ad oggi, questa branca del diritto penale continua a evidenziare, nel quadro del sistema entro cui ci si sforza di inserirlo come una normale parte del tutto, una serie di peculiarità, singolarità ed eccentricità che lo rendono per più versi (anzi troppi versi) irriducibile alle caratteristiche dell'insieme; le sue disposizioni sono pensate, costruite con un persistente obiettivo di fondo: *maquiller les adversaires en traitres*”³¹⁸.

3.4 La continuità del Feindstrafrecht rispetto alla tradizione del delitto politico

Nella cifra ontologica del diritto penale politico dunque, come visto, le affinità con la descrizione che Jakobs offre del *Feindstrafrecht* paiono evidenti: anche questo infatti si mostra come un sistema, una parte, del tutto, *irriducibile alle caratteristiche dell'insieme*. Afferma Jakobs: “Il Diritto penale del cittadino è il diritto di tutti; il Diritto penale del nemico è invece il Diritto di coloro che contrastano il nemico; nei cui confronti è ammissibile soltanto la coazione fisica, sino ad arrivare alla guerra”³¹⁹.

Per questo motivo ci sembra che il giuspenalista di Bonn in qualche modo riprenda, facendola sua, e rielaborandola, parte della riflessione sul delitto politico³²⁰. Sebbene, infatti, quella jakobsiana si mostri, per certi aspetti, come una lettura del fenomeno penale inedita, sicuramente politicamente

³¹⁸ T. Padovani, *Il nemico politico e il suo delitto*, in A. Gamberini-R. Orlandi (a cura di) *Delitto politico e diritto penale del nemico. Nuovo Revisionismo penale*, cit., p. 73.

³¹⁹ G. Jakobs, *Diritto penale del nemico*, in M. Donini---M. Papa (a cura di) *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, cit., p. 13.

³²⁰ Cfr. F. Colao, *Il delitto politico tra Ottocento e Novecento*, Milano, Giuffrè editore, 1986.

scorretta³²¹, non si può non vederne la linea di continuità con parte della tradizione penalistica continentale e, più in generale, con quella vicenda istituzionale e giuridica che, partendo dai *crimina maiestatis*, arriva fino alle leggi d'emergenza degli ultimi anni. La soluzione proposta da Jakobs – dividere il campo penale in due sistemi diversi, aventi come parametri di riferimento da una parte il cittadino, dall'altra il nemico --- non appare affatto una novità assoluta nella prassi e nel pensiero politico/giuridici: il diritto penale nel corso della sua evoluzione dogmatica e normativa ha infatti sovente conosciuto partizioni, segmentazioni tali da metterne in discussione l'omogeneità e l'unitarietà complessive.

Jakobs dunque seguirebbe quella tradizione di pensiero iniziata con Hobbes, ai cardini della dottrina dello Stato moderno: “i ribelli, i traditori, e tutti i rei di lesa maestà non devono essere puniti secondo il diritto civile, ma secondo quello naturale, cioè non come cattivi cittadini ma come nemici dello Stato, e non in forza del diritto di sovranità ma del diritto di guerra”³²².

Scendendo sul piano normologico, i delitti contro la personalità dello Stato risponderebbero proprio a tale criterio, rappresentando una forma diversa di tutela penale: essi sono rivolti cioè ad una dimensione in cui

³²¹ L'idea che il diritto, ed in particolare il diritto penale, serva solo agli interessi dei singoli, sia (solo) strumento di pacificazione e di risoluzione dei conflitti (rectius tutela di beni) viene perentoriamente rifiutata. Cfr. G. Jakobs, *Diritto penale del nemico? Una analisi sulle condizioni della giuridicità*, in A. Gamberini--R. Orlandi (a cura di) *Delitto politico e diritto penale del nemico. Nuovo Revisionismo penale*, cit., in particolare p.109.

³²² T. Hobbes, *Elementi filosofici sul cittadino*, in N. Bobbio (a cura di) *Opere*, Torino, Utet, 1988, XIV. Sottolinea Cazzetta, svolgendo anch'egli un paragone tra Hobbes e Jakobs: “Considerando la necessità di ottenere un'obbedienza nel fare – e considerando che in Hobbes lo scopo della pena è comunque il terrore – la divisione netta tra la pena (rivolta verso il delinquente) e l'atto di ostilità rivolto verso chi è apertamente nemico, risulta continuamente minacciata da una possibile assenza di fedeltà: chi nega la sudditanza non riconosce più la punizione prescritta dalla legge, e perciò subisce la pena come nemico dello Stato”. In questo senso “la distinzione, con qualche variazione, è utilizzata oggi da Gunther Jakobs nella sua ricostruzione del diritto penale del nemico: a porre il delinquente come nemico non è la violazione alla norma ma l'assenza di fedeltà, il mancato riconoscimento della identità normativa del gruppo”. Cfr. G. Cazzetta, *Qui delinquit amat poenam. Il nemico e la coscienza dell'ordine in età moderna*, in “Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno”, 2009, p. 460.

politica e diritto, diritto e guerra, si confondono inerendosi sistematicamente³²³.

Se si volesse dunque tentare, anche solo abbozzandola, una teoria giuridico---penale dell'inimicizia, questa dovrebbe partire, nel caso italiano, innanzitutto dai reati contro la personalità dello Stato: in questi si determina, infatti, una forma di relazione ostile, tra lo Stato ed il singolo, oggetto d'imputazione, che sovente sfugge alle mediazioni tradizionali del giuridico e che può essere compresa, lo ripetiamo, solo attraverso un'interpretazione polemica delle norme³²⁴.

³²³ Per tale ragione un fine giurista come Carrara arrivò a negarne perfino la giuridicità. Così scrive: "La esposizione dei reati politici non può essere che una storia; e come semplice storia era inutile che io vi consacrai un altro volume, quando è materia della quale sono piene le biblioteche. Come dottrina filosofica io mi sono convinto che il giure penale è impotente: che esso non sarà mai l'arbitro delle sorti di un uomo al quale applaude una parte ed impreca l'altra, senza che la così detta ragione punitiva si possa fare arbitra del vero fra quel plauso e quelle imprecazioni. Dirò la ultima parola; io mi sono sventuratamente convinto che politica e giustizia non nacquero sorelle; e che nel tema dei così detti reati contro la sicurezza dello Stato, così interna come esterna, non esiste diritto penale filosofico; laonde come nella pratica applicazione la politica impone sempre silenzio al criminalista così, nel campo della teoria gli mostra la inutilità delle sue speculazioni e lo consiglia a tacere". Il seguente passo carrariano è presente in M. Sbriccoli, *Dissenso politico e diritto penale in Italia tra otto e novecento*, in "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", 1973, pp. 638 e ss.

³²⁴ Nota sul punto Palano, discutendo sempre dello statuto del criminale politico tra '800 e '900: "Il dibattito sulla delinquenza politica di fine secolo e l'ipotesi lombrosiana sulla duplice psicologia dei terroristi (...) raffiguravano il criminale politico al tempo stesso come un sopravvissuto e un individuo affetto da patologie psichiche, e cioè come un individuo le cui azioni - lungi dall'essere il prodotto di lucide convinzioni politiche - discendevano in misura variabile, da riviviscenze atavistiche o da anomalie cerebrali. Se quest'operazione si accompagna per molti versi proprio all'affermazione della nuova economia del potere individuata da Foucault, essa delinea anche una figura del nemico che, pur senza rinunciare al bagaglio iconografico più tradizionale, ne ricolloca le immagini all'interno di una nuova rappresentazione spaziale della psiche. In altre parole, per effetto di una sorta di rivoluzione spaziale - differente, anche se connessa a quella individuata da Carl Schmitt - la ricerca sulla duplice psicologia del terrorista contribuiva a dare sostanza a una più ampia impresa teorica, che - a partire dalla rottura dei modelli classici della mente umana - produceva una nuova raffigurazione e concettualizzazione della psicologia umana. In sostanza, mentre le potenze occidentali, lanciandosi alla conquista di una frontiera mobile, riuscivano a costruire un modello dinamico di neutralizzazione del conflitto, la stessa dicotomia tra interno e d esterno, tra dentro e fuori, si trovava replicata al cuore della struttura antropologica individuale. Non solo il cervello - dissolta l'unità dell'anima - si trovava ad essere gradualmente frammentato, ma la sua stessa profondità, scandagliata da medici, filosofie scienziati, finiva col restituire l'immagine di una lotta analoga a quella ingaggiata da esploratori e conquistatori contro le popolazioni selvagge, primitive o feroci, collocate all'estremo confine dell'espansione occidentale. All'interno di questo percorso - e all'incrocio di molte discipline ottocentesche - la ricerca sulla psicologia estrema delle folle, delle plebi o dei terroristi, non costituiva semplicemente una tappa di avvicinamento alla scoperta dell'inconscio. Più propriamente, si trattava infatti del

Tali norme, rappresenterebbero, per usare una terminologia cara a Julien Freund³²⁵ --- autore cui ci si è riferiti in precedenza a proposito dello statuto ontologico degli illeciti di sistema – figure di reato a cavallo tra *la lutte* e *le combat*. Se, infatti, *la lutte* indica “la forma irrazionale e indeterminata dei conflitti, talora disordinata, scatenata e confusa”³²⁶, *le combat* al contrario descrive il duello, lo scontro messo in forma, tra soggetti, sul piano internazionale³²⁷.

In questo senso, i delitti contro lo Stato persona, tendono a *giuridicizzare* entrambe le dimensioni della conflittualità --- quella interna, di carattere sedizioso, volta a de---stabilizzare l’ordine sovrano statale, e quella esterna, attraverso il coinvolgimento di un soggetto terzo nelle forme di uno Stato straniero.

Sul punto è stata oggetto di critiche la stessa differenziazione tra personalità esterna ed interna dello Stato, ritenuta troppo artificiosa e passibile di compromissioni: “L’artificio” secondo Padovani, “trae origine dalla constatazione che la soggettività dello stato è sostanzialmente unitaria

percorso con cui le scienze occidentali inventavano l’inconscio. Senza limitarsi a raffigurare il nemico come straniero, spingendone la presenza al di là dei confini fisici o politici dell’Occidente, la sovversiva logica d’azione del nuovo nemico veniva sepolta, al tempo stesso, nel passato remoto della specie e nelle profondità più recondite della psiche individuale. E mentre la logica dell’economia mercantile e coloniale dell’Occidente arrivava, almeno tendenzialmente, ad abbattere tutte le barriere naturali – e forse addirittura a dissolvere i confini tra il mondo civilizzato e l’esterno – l’esplorazione della mente umana, introiettando nelle profondità dell’inconscio l’alterità della barbarie coloniale primordiale e il nemico assoluto della civiltà, finiva col collocare il segreto dell’ordine politico, oltre la minaccia della sua sovversione, nel cuore di tenebra della coscienza”. Cfr. D. Palano, *La psicologia del terrorista: Cesare Lombroso e il delitto politico*, cit., p. 503.

³²⁵ Scrive lo studioso francese “la signification minimale de la politique est de transformer la lutte indistincte en combat règlementé (...) Un des moyens de remplir ce rôle de protection consiste précisément dans la transformation au sein de la société de la lutte indistincte et confuse en un combat grâce à la règlementation des conflits par des conventions et des lois. Par la force des choses et en vertu de la logique de l’institution politique, c’est---à---dire la suppression du conflit violent, l’Etat tend ou doit tendre à éliminer dans la mesure du possible même le combat pour y substituer la compétition réglée par le droit, en dehors de toute violence”. Cfr. J. Freund, *Sociologie du conflit*, Paris, PUF, 1983, p. 79 e ss.

³²⁶ P.P. Portinaro, *Excursus: Sociologia del conflitto e teoria del politico*, in G. Miglio (a cura di) *Amicus (inimicus) Hostis. Le radici concettuali della conflittualità privata e della conflittualità pubblica*, Milano, Giuffrè, 1992, p. 280.

³²⁷ *Ibidem*. I reati ex artt. 241 e ss rappresenterebbero icasticamente dunque questa tensione tra “lutte” e “combat”.

e non si presta alla distinzione tra un aspetto interno ed uno internazionale”³²⁸.

Al di là comunque di ogni considerazione in merito alla liceità del *paradigma personalista*, di cui si è discusso e di cui qui si auspica una rivisitazione, nel campo dei delitti contro lo Stato persona, il principio kelseniano della purezza e dell’indipendenza del sistema giuridico ³²⁹ sembra venire radicalmente meno: in questo campo, e anche volendo prescindere dalle valutazioni di Jakobs, il diritto tende a confondersi continuamente con le ragioni della politica, in lotta contro un criminale/nemico, per affermare l’ordine sovrano anche quando la statualità muta, perdendo la sua maschera tradizionale³³⁰.

³²⁸ T. Padovani, *Bene giuridico e delitti politici. Contributo alla critica ed alla riforma del titolo I, libro II c.p.*, in A.M. Stile (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, cit., p. 234.

³²⁹ Cfr. H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Wien, 1934, trad. it. *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit.

³³⁰ Cfr. A. Catania, *Metamorfosi del diritto. Decisione e norma nell’età globale*, Roma--Bari, Laterza, 2011.

CAPITOLO SECONDO

Le basi filosofiche del Feindstrafrecht: il livello della prescrizione

SOMMARIO: 1. Retribuire o neutralizzare? Il paradigma jakobsiano alla luce delle dottrine della pena. 1.1 Uno sguardo sulla crisi dell'Illuminismo penale: la caduta del principio di proporzionalità. 1.2 Diritto penale classico vs moderno: due paradigmi opposti nello sviluppo teorico della pena. 1.3 Le radici hegeliane del pensiero penale jakobsiano. 2. Sorvegliare il nemico. Per una analisi biopolitica delle misure di sicurezza. 2.1 Il carattere specialpreventivo delle misure di sicurezza: tra diritto penale del nemico e logica governamentale. 2.2 Misure a carattere amministrativo o penale? 2.3 Il passaggio alle misure di prevenzione. Da una società disciplinare ad una società di controllo. 2.4 Per una critica del concetto di devianza. 3. La teoria della colpa in senso funzionale. 3.1 La crisi del principio della libertà del volere. 3.2 Sulla relazione tra colpa (Schuld) e fine (Zweck): la teoria penale nel giovane Schmitt e la sua vicinanza alla scuola sistemica. 3.3 La dignità quale valore costituzionale operante contro il giudizio di colpevolezza in senso funzionale.

1. Retribuire o neutralizzare? Il paradigma jakobsiano alla luce delle dottrine della pena

1.1 Uno sguardo sulla crisi dell'Illuminismo penale: la caduta del principio di proporzionalità

Nel nostro, come in altri ordinamenti, si segnala dunque la presenza di norme che, direttamente o indirettamente, ponendosi assai lontane dal modello garantista e liberale, presentano uno schema volto alla neutralizzazione del soggetto autore il quale, in alcuni casi, è considerato addirittura alla stregua di un nemico.

Trattando, sotto vari aspetti, la questione degli atti preparatori, dei reati associativi, e più in generale dei delitti contro la personalità dello stato, ciò

che è emerso, da un lato, è l'indiscutibile promiscuità, in certi settori del sistema giuridico, tra politica diritto e morale³³¹, che condiziona lo statuto di numerosissime disposizioni, dall'altro la tendenza, di parte della dottrina, a considerare tale promiscuità come fisiologica rispetto all'orditura generale del sistema medesimo.

Anche la prestazione jakobsiana sul *Feindstrafrecht*, nella sua pretesa di dare veste giuridica all'ostilità all'altro, per tale ragione, può apparire come una *deviazione teorica sostenibile*. Abbiamo osservato, infatti, come proprio l'universo penale, per sua storia e natura, conosca partizioni particolari, sottosistemi, all'interno dei quali il dispositivo sanzionatorio è rivolto non verso cittadini responsabili (del reato), ma bensì verso individui pericolosi, con lo scopo di reprimerli³³².

La logica del sottosistema – cui il diritto penale del nemico s'ispira --- ha profondamente segnato e segna tuttora lo strutturarsi dell'ordinamento penale. In tal senso un ruolo fondamentale l'hanno avuto "l'espansione crescente del ruolo giudiziario di fronte ai mutamenti del sistema politico e al manifestarsi di forme di criminalità organizzata che sfuggono ai parametri della stretta legalità; la vocazione congenita del potere punitivo – legislativo e giudiziario – ad espandersi in forme assolute oltre i limiti stabiliti dalle norme che lo regolano"³³³.

Facendo riferimento alla nostra analisi i reati associativi e in generale lo spettro dei delitti politici incarnano uno dei crocevia più importanti di tale tendenza: il cristallizzarsi cioè, all'interno del sistema penale, di un ordinamento nell'ordinamento rivolto ai parametri della prevenzione e

³³¹ Come visto il paradigma del diritto penale del nemico si fonda proprio su tale promiscuità (tra diritto politica e morale). Cfr. sul tema in particolare J. Habermas, *Recht und Moral*, trad. it. *Morale, Diritto, Politica*, Torino, Einaudi, 2007.

³³² Tale tendenza origina, come detto, dalla tradizione dei *Crimina laesae maiestatis*. Cfr. M. Sbriccoli, *Crimen laesae maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, cit.

³³³ L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., p. 727. Scrive l'autore (p. 796): "Né è risultata una divaricazione del nostro sistema punitivo (...): da un lato il *diritto penale e processuale ordinario*, (...); dall'altro un *diritto penale e processuale amministrativo*, di competenza in gran parte della polizia ma in parte anche della magistratura e comunque dominato da forme di ampia discrezionalità amministrativa". In tal senso, si è parlato, a proposito del *Feindstrafrecht*, proprio di *amministrativizzazione della funzione penale*.

della repressione, rivolto cioè a soggetti ritenuti nemici e non semplici cittadini che delinquono. Il problema è che oggi tali manifestazioni, securitarie, repressive, tendono ad espandersi caratterizzando gran parte del campo penale nel senso di una sua regressione generale.

Tutti nemici, dunque? Ovviamente sarebbe sbagliato e semplicistico affermare ciò. Discutere della pena, allora, a livello giusfilosofico, riveste una importanza fondamentale: la pena è, da sempre, uno dei punti di massima tensione tra visioni opposte, liberali o sociali, democratiche o autoritarie: esiste infatti un legame stretto tra la rappresentazione generale, a livello giuridico e politico, di un ordinamento, e il modo attraverso cui viene trattata la pena³³⁴. Insomma si può senza dubbio tracciare, partendo dal concetto di pena, una filosofia giuridica e ripercorrerne le vicende istituzionali.

A tal proposito si è scritto che “Una riflessione sul significato filosofico della pena dovrebbe riguardare innanzitutto le ragioni per le quali i gruppi umani stabilmente organizzati ricorrono, senza eccezioni, a pratiche di carattere penale. Si tratterebbe cioè di indagare sulle ragioni profonde che dall’antichità più remota come nel mondo moderno, hanno indotto e continuano a indurre i gruppi sociali ad imporre ad alcuni loro membri, in forme rituali e collettivamente condivise, sofferenze fisiche o psichiche, torture e mutilazioni fino al limite della soppressione della loro vita”³³⁵.

In virtù di questo, ci misureremo, con la necessaria prudenza che si deve quando si affrontano questioni di carattere così complesso, con alcuni degli aspetti inerenti il *problema della pena*³³⁶, consapevoli della sua importanza nel quadro di una lettura metagiuridica del sociale, partendo ovviamente dalle considerazioni sviluppate in merito da Jakobs ma allargando il discorso a quella che pare essere una tendenza radicata, sedimentatasi

³³⁴ “Si può dire che vi è un interesse filosofico---giuridico, nel porre la questione della pena, quando gli argomenti ad essa inerenti assumono una dimensione a carattere universale. In questa direzione, il concetto di punire rinvia alla rappresentazione della dignità della persona soggetta alla pena, oltre che di quella lesa: perché punire? Qual è l’obiettivo fattuale della punizione? Qual è la sua relazione essenziale con il diritto?”. Cfr. L. Avitabile, *Riflessioni per una “filosofia della pena”*, in “Archivio penale”, 1, 2015.

³³⁵ D. Zolo, *Filosofia della pena e istituzioni penitenziarie*, in “Iride”, 1, 2001, p. 47.

³³⁶ G. Bettiol, *Il problema penale*, Trieste, Editrice Scientifica Triestina, 1945.

negli ultimi anni, che coinvolge il diritto occidentale---europeo ³³⁷ ; tale tendenza si specchia, a livello generale, nella crisi dell'illuminismo penale, nella caduta (parziale) dei suoi principi e dei suoi valori.

Sulla questione dell'illuminismo, della sua natura penale come della sua contestualizzazione storico---istituzionale, occorre chiarirsi. Sul punto, nota Ippolito: "Illuminismo è una parola relativamente recente. Affermatasi nel lessico storiografico a partire dal tardo Ottocento, essa denota il grande e composito movimento culturale che si sviluppò, lungo il corso del XVIII secolo, all'insegna del rifiuto del principio di autorità, della critica della tradizione e della libera ricerca intellettuale in ogni sfera dello scibile. La classica e icastica definizione kantiana dell'Illuminismo come uscita dell'uomo dallo stato di minorità ne coglie pienamente la radicale carica emancipatrice, connettendola alla valorizzazione dell'uso autonomo della ragione"³³⁸.

Sul piano giuridico, tale *carica emancipatrice* si è tradotta in una serie di principi – tra i quali quelli della certezza della pena, della personalità della responsabilità penale, del diritto ad un processo equo e giusto --- che hanno codificato il diritto di punire negli ultimi tre secoli. La tesi, intorno alla quale muoveremo, è che alcuni di questi principi vivono oggi, nel nostro presente confuso, un profondo stato di crisi in ragione non solo ovviamente della costruzione teorica jakobsiana, che si inserisce in un preciso filone interpretativo e dogmatico – il funzionalismo³³⁹ ---, ma anche (e soprattutto) a causa delle numerosissime discrasie presenti nell'attuale sistema giuridico penale.

Prendiamo la questione relativa allo scopo della pena, in riferimento all'oggetto della tutela: qual è la relazione che si sviluppa (o che dovrebbe

³³⁷ Esiste tutta una letteratura sulla *crisi dell'Occidente*, entro cui sta anche e si sviluppa la crisi del diritto penale occidentale. Cfr. sul tema G. Preterossi, *L'Occidente contro se stesso*, Roma---Bari, Laterza, 2004.

³³⁸ D. Ippolito, *Diritti e Potere. Indagini sull'Illuminismo penale*, Roma, Aracne, 2012, p. 11.

³³⁹ Cfr., sul funzionalismo penale, J. A. García Amado, *Dogmática penal sistemica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal*, in "Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho", 23, 2000.

svilupparsi) nei nostri ordinamenti tra bene giuridico e dispositivo sanzionatorio?

Come riferito all'inizio, se, nella considerazione generale³⁴⁰, prevale il dato che "Il reato è una minaccia all'integrità e alla stabilità sociale in quanto esso è l'espressione simbolica di una mancanza di fedeltà al diritto"³⁴¹ allora, inevitabilmente, la pena viene vista più che come strumento in difesa del singolo, nella sua duplice veste di vittima ma anche di colpevole (da garantire sempre e comunque, nel corso del processo sanzionatorio), come "una espressione simbolica contraddittoria rispetto a quella rappresentazione del reato. Come strumento di prevenzione positiva" tendente "a ristabilire la fiducia e a consolidare la fedeltà all'ordinamento giuridico, prima di tutto nei terzi e, possibilmente, anche nell'autore della violazione"³⁴².

La pena, lungo tale traiettoria teorica, perde così gran parte del suo significato originario – inerente il suo valore retributivo³⁴³ – come previsto nel disegno illuminista. Essa, al contrario, secondo parte della scienza penale moderna, tra cui la corrente dottrina d'indirizzo funzionalista-- sistemico – cui Jakobs appartiene --, provvederebbe solo a consolidare il sistema sociale, entro il quale l'ordinamento giuridico opera ed agisce come

³⁴⁰ Come vedremo, il *paradigma preventivo*, sembra ritagliarsi, al di là di Jakobs, un ruolo egemone all'interno delle teorie penali contemporanee. Cfr. F. Stella--M. Romano (a cura di) *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna, Il Mulino, 1980.

³⁴¹ A. Baratta, *Integrazione---prevenzione. Una nuova fondazione della pena all'interno della teoria sistemica*, cit., p. 7.

³⁴² *Ibidem*.

³⁴³ Sulla crisi del paradigma retributivo cfr. R. Marra, M. Pavarini, E. Villa, *La codificazione impedita, Alcune osservazioni in tema di nuovo diritto penale e funzione della pena*, in "La Questione criminale", 1981. In particolare, dove si legge (pp. 268---269): "E nel definitivo superamento della ragione contrattuale nel diritto, come espressione un tempo reale e niente affatto ideologica di determinati e specifici rapporti economici---sociali, sta di riflesso la crisi del principio della pena retributiva. Crisi che è poi una morte senza speranze di resurrezione". Dunque, in tal senso "a perdere è il contratto, la forma giuridica principe dell'autonomia del sociale nei confronti della coercizione che regna nell'universo della produzione. E nella misura in cui il contratto perde, è la disciplina a trionfare. È la società disciplinare che si estende, che opera al di là del contratto: infatti il potere delle discipline non trova più nella reciprocità il suo limite. Questo processo di superamento del limite contrattuale nel rapporto punitivo viene così a tradursi in una pluralità di strategie differenziate nella pratica del controllo sociale, pluralità questa non più riconducibile ad unità in quanto queste diverse strategie sono teleologicamente orientate a scopi tra loro diversi e comunque sempre particolari". Osserveremo come ciò si produca concretamente, con l'emersione delle misure di sicurezza/prevenzione.

una parte del tutto. Quello che entra in crisi, quindi, in una tale elaborazione - comune a Jakobs e ad altri nella penalistica contemporanea³⁴⁴ -, è gran parte dell'impianto assiologico sotteso al pensiero penale illuminista. Scendiamo più nel dettaglio. Uno dei principi --- appartenente proprio alla tradizione illuministico/liberale - che più soffre a contatto con prestazioni teoriche quali quella jakobsiana e con certa prassi securitaria è, come visto, il principio della proporzionalità tra delitto e sanzione. Alla base di tale principio³⁴⁵, lo rammentiamo, vi è la necessità di ristabilire una simmetria, un (ri)equilibrio tra il singolo che delinque e la vittima dell'azione delittuosa: il principio di proporzionalità così inteso, fondato sul fatto di reato, rappresentò un principio cardine della dottrina penale illuminista, che da Filangieri a Beccaria, da Grozio a Kant, sostenne l'ancoraggio della sanzione a parametri retributivi e rieducativi³⁴⁶.

Per Beccaria, infatti, "fine delle pene non è di tormentare ed affliggere un essere sensibile, né di disfare un delitto già commesso. (...) Il fine dunque non è altro che d'impedire il reo dal far nuovi danni ai suoi cittadini e di rimuovere gli altri dal farne uguali. Quelle pene dunque e il metodo d'infliggerle deve esser prescelto che, serbata la proporzione, farà una impressione più efficace e più durevole sugli animi degli uomini, la meno tormentosa sul corpo del reo"³⁴⁷. Allargando il campo d'analisi, fu

³⁴⁴ Scrive Baratta: "Mi sembra evidente che la teoria della prevenzione---integrazione è una teoria funzionale al movimento attuale di diffusione del sistema penale e di incremento di esso tanto relativamente all'estensione che all'intensità della risposta penale. La relazione che si stabilisce, attraverso questa teoria, tra la scienza sociale e la tecnica giuridica è una relazione di tipo tecnocratico. La teoria sistemica è infatti una teoria che indica le condizioni di stabilizzazione dei sistemi sociali attraverso il diritto. In quanto tale essa è utilizzata da Jakobs, e da altri rappresentanti della teoria della prevenzione---integrazione, tanto in funzione tecnico---giuridica che in funzione politico criminale". Cfr. A. Baratta, *Integrazione---prevenzione. Una nuova fondazione della pena all'interno della teoria sistemica*, cit., pp. 17---18.

³⁴⁵ In riferimento al principio proporzionalistico, si è scritto: "l'idea proporzionalistica costituisce pertanto il momento unificatore dell'intero processo di razionalizzazione del diritto penale borghese, vale a dire della sua possibilità di codificazione. Infatti, nella realizzazione storica dell'idea della proporzionalità tra reato e pena, possono trovare pratica attuazione i grandi ideali - ovvero necessità politico---economiche della nuova classe - in tema di rapporti tra autorità e autonomia dei privati (dei proprietari)". Cfr. R. Marra, M. Pavarini, E. Villa, *La codificazione impedita, Alcune osservazioni in tema di nuovo diritto penale e funzione della pena*, cit., p. 264.

³⁴⁶ Cfr. M. A. Cattaneo, *Pena Diritto e Dignità umana*, cit.

³⁴⁷ C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, cit., p. 78.

Montesquieu che, tra i primi, teorizzò in maniera sistematica il principio di proporzionalità: “dal rapporto di equità per cui al male causato deve corrispondere il patimento di uno stesso male, Montesquieu”, scrive Ippolito, “inferisce i principi normativi di omogeneità e proporzionalità delle pene rispetto ai delitti”³⁴⁸. In questo senso la costruzione filosofico giuridica del pensatore francese procede secondo rigidi schemi speculativi al di là dell’*interpretatio tradizionale*: suo obiettivo è la ricerca di costanti determinate del pensiero e della prassi giuridica.

Al contrario oggi, sovente, ci si muove, a livello dogmatico (e della prassi giuridica), al di là del principio di proporzionalità, al fine di legittimare (giuridicamente) ogni azione tesa a neutralizzare l’altro – pensiamo nuovamente alla figura del terrorista --- quale fonte di pericolo. Ecco allora che, in una riflessione che voglia interrogarsi sui particolari mutamenti occorsi nello statuto ontologico del diritto penale, durante gli ultimi anni, sulla sua transizione da un modello teorico fondato sulla tutela della persona ad uno sistemico, basato cioè prevalentemente sulla difesa della società, è necessario partire, primariamente, dal concetto di pena.

In tal senso è assai significativo come Jakobs, nel corso dei suoi studi, poco o nulla riservi della sua attenzione all’opera di Montesquieu o di Beccaria ³⁴⁹. Indubbiamente tale disattenzione può leggersi come un superficiale rifiuto della tradizione penale illuminista, giustificato in parte dal fatto che tale tradizione, agli occhi di Jakobs e dei penalisti della scuola sistemica, si mostra come (in parte) inadatta rispetto alle esigenze del diritto penale nella modernità. “La filosofia penale dell’Illuminismo” afferma, infatti, Jakobs, “è una teoria cui manca un fondamento normativo;

³⁴⁸ D. Ippolito, *Diritti e Potere. Indagini sull’Illuminismo penale*, cit., pp. 53 ess.

³⁴⁹ Nel corso del suo lavoro sulla pena statale (*Staatliche Strafe*) è interessante notare come Jakobs citi, anche sommariamente, le tesi di Seneca, Grozio, Pufendorf, Hobbes, Locke, Kant, Grolman, Feuerbach, Hegel, Wolff, Bentham, dimenticando del tutto, o quasi, quelle appartenenti a Montesquieu e a Beccaria. Cfr. G. Jakobs, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, cit. Qui si farà riferimento alla versione spagnola del saggio G. Jakobs, *La Pena Estatal: Significado y Finalidad*, in M. Cancio Melià---B. Feijoo Sánchez (a cura di), Cuadernos Civitas, Madrid, 2006.

le sue dottrine della pena derivano da regole di prudenza; si occupano della Natura, non del diritto come Idea”³⁵⁰.

La critica muove sul fatto che l’illuminismo si presenterebbe più come un’*antropologia* --- il cui obiettivo, la cui missione, consisterebbe, attraverso la leva penale, in un miglioramento generale della natura umana --- piuttosto che presentarsi come una *filosofia del diritto*, dunque una reale analisi sulle condizioni della giuridicità. Se quindi appare necessario – secondo Jakobs – ricostruire dogmaticamente lo schema del reato e in esso il concetto di pena, bisogna (ri)partire non dall’eredità illuminista ma dalla riflessione hegeliana. È nella tradizione di studi hegeliani che emerge quel significato simbolico di ri---stabilizzazione sociale e normativa che l’individualismo moderno – di matrice liberale e illuminista – non riesce a cogliere discutendo della funzione penale³⁵¹.

In virtù di ciò, si può allora riconoscere: “Gesellschaft ist normative Verstandigung. Normen spielen eine Kostitutive Rolle bei der gesellschaftlichen Struktur”(La società è una costruzione normativa. Le norme svolgono un ruolo costitutivo nella struttura sociale) ³⁵² . Le riflessioni jakobsiane sul concetto di pena seguono quindi tutta una linea interpretativa, parto della dottrina giuridica tedesca con chiare ascendenze hegeliane.

Se, infatti, la genesi teorica di tale pensiero --- l’idea della *pena come prevenzione con finalità di integrazione* ---, “è dato dalla teoria dei sistemi”, nondimeno, “Alla luce dell’attualità di questa teoria, può meravigliare il fatto che già nella prima metà del XIX secolo nella teoria della pena di Hegel

³⁵⁰ G. Jakobs, *La Pena Estatal: Significado y Finalidad*, cit., p. 97.

³⁵¹ Al di là di tutto, scrive Seelmann in riferimento alle ambiguità della critica dei principi illuministici “se si restasse all’immagine, ancor oggi diffusa, dell’illuminismo ridotto al razionalismo e circoscritto all’utilitarismo, allora vi sarebbe poco da aggiungere a obiezioni del genere. La distanza temporale dal XVIII secolo lascia tuttavia apparire in diversi punti molto più complessa la nostra odierna immagine dell’illuminismo penale”. Cfr. K. Seelmann, *Le filosofie della pena di Hegel*, Milano, Guerini e associati, 2002.

³⁵² M. Polaino Navarrete, *Die Funktion der Strafe beim Feindstrafrecht*, in *Festschrift für Gunther Jakobs*, Berlin, Carl Heymanns Verlag, 2007, p. 531.

si trovi una combinazione di elementi relativi allo scopo e di elementi relativi all'autonomia"³⁵³.

1.2 Diritto penale classico vs moderno: due paradigmi opposti nello sviluppo teorico della pena

Emerge però un problema, ovvero quello della (presunta) discontinuità concettuale e prasseologica tra il *diritto penale moderno (o contemporaneo)*, frutto dell'evoluzione dogmatica degli ultimi anni ³⁵⁴, e al cui centro starebbe, tra l'altro, secondo certa dottrina, il concetto di pena in senso funzionale e sistemico, e quello tradizionale, classico, che fa capo alla tradizione illuminista (e post--illuminista) e che è invece orientato, in riferimento allo statuto della pena, al principio della retribuzione (morale e giuridica). Chiariamo meglio. In verità, anche nel modello penale illuminista trovò spazio e legittimazione una funzione diversa della pena, diversa cioè dalla mera retribuzione: soltanto negli ultimi anni però la dogmatica penale si è orientata (quasi) interamente sul paradigma preventivo occultando le altre funzioni latenti. *"Retribuzione e risocializzazione"* si è scritto *"sono dunque mere modalità interne di regolazione di uno dei settori della politica criminale. Fondamentale è però sempre – come ho già detto – che il protagonista principale della politica criminale medesima rimanga sempre il legislatore, non il giudice"*³⁵⁵. In tal senso *"la prevenzione generale è funzione*

³⁵³ K. Seelmann, *Una tendenza attuale nello sviluppo delle teorie della pena in Germania*, in "La questione criminale", 1981, p. 430.

³⁵⁴ Qui il termine "diritto penale moderno" serba una declinazione particolare, non canonica. Si tratta cioè di vederlo in antitesi e in contrapposizione al diritto penale della stagione illuminista e postilluminista, definito come classico, le cui categorie – quali quelle di colpa, di pena, etc. -- hanno caratterizzato l'evoluzione dogmatica negli ultimi tre secoli. Ciò dunque non significa che il diritto penale della tradizione illuminista sia antimoderno, tutt'altro: esso appartiene, infatti, interamente alla stagione della modernità politica e giuridica. Nel linguaggio penale però è incorso l'uso, in riferimento al diritto penale illuminista e postilluminista, di definirlo come "classico" per contrapporlo proprio al diritto penale di cui discutiamo e frutto della prassi e dell'evoluzione dogmatica degli ultimi anni. Quest'ultimo sarebbe caratterizzato, al suo interno, da una espansione costante dello spettro degli illeciti sanzionati e da una flessibilità rispetto al regime delle garanzie. Cfr. J. M. Silva Sánchez, *La expansión del Derecho penal*, Madrid, Civitas, 2001.

³⁵⁵ M. Romano, *Prevenzione generale e prospettive di riforma del codice penale italiano*, in F. Stella--M. Romano (a cura di) *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, cit., p. 179.

della pena legislativamente comminata e giudizialmente irrogata, entro la misura indicata dal legislatore, secondo l'individualizzazione della colpevolezza del singolo fatto"³⁵⁶. Insomma, in riferimento al paradigma della pena, tale, nella sua dimensione generalpreventiva (cui rimanda il concetto qui discusso di pena come integrazione---prevenzione³⁵⁷), si mostra come modello pratico---teorico, "particolarmente adatto a recepire o comunque a coniugarsi con gli aspetti più significativi della modernità penalistica: la spiccata preferenza nei confronti di beni giuridici di carattere universale; la connessa crescente utilizzazione della tecnica di tutela del pericolo astratto; la tendenza a risolvere la contraddizione tra le pressanti aspettative di tutela espresse dalla società ed il progressivo disincanto circa quanto di reale e salutare ci si può aspettare dagli effetti della pena, semplicemente costruendo norme dotate di valenza simbolica; un complessivo fastidio per l'insieme dei principi di stampo classico, ritenuti anacronistici e comunque inadatti a fronteggiare i moderni compiti del diritto penale"³⁵⁸.

Sulla questione dello statuto del diritto penale classico e della sua diversità rispetto a quello attuale, contemporaneo, s'interroga Donini. Si parte da un assunto: "Il diritto penale tradizionale, c.d. classico, soprattutto nella sua versione liberale idealizzata, che si confonde a tratti col mito contemporaneo del *Kernstrafrecht* o, in Italia, del diritto penale minimo, svolge una *funzione stabilizzatrice delle condizioni essenziali* (non soltanto del minimo etico) per il *mantenimento della società* e si articola secondo le clausole di un contratto sociale, di un patto sulle libertà. Come tale esso

³⁵⁶ *Ibidem*. Precisa però l'autore: "La prevenzione generale insomma, indiscutibile quale teoria della pena in quanto istituzione, è invece inaccettabile se intesa come criterio di commisurazione della pena".

³⁵⁷ Il concetto di pena sviluppato da Jakobs, nel solco della teoria funzionale, è inquadrabile assolutamente secondo gli schemi della prevenzione generale. Cfr. L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., pp. 262---264.

³⁵⁸ G. De Vero, *L'incerto percorso e le prospettive di approdo dell'idea di prevenzione generale positiva*, in "Rivista italiana diritto procedura penale", 2002, pp. 442---443.

assicura al cittadino l'invalidabilità, da parte dei poteri dello Stato, dei limiti fissati nelle norme incriminatrici"³⁵⁹.

Il diritto penale (classico) della tradizione illuminista è quindi segnato dai caratteri della mitezza (nella risposta sanzionatoria), della tutela del singolo dalla protervia del potere statale, della retribuzione, e della risocializzazione del reo --- quanto questo corrisponda al vero o quanto invece sia frutto di un'autonarrazione rassicurante, lo dimostra la vicenda evolutiva del delitto politico, le sue ininterrotte ri---funzionalizzazioni anche in epoca liberale e illuminista³⁶⁰.

Seguendo tale ipotesi di discorso, comunque, il diritto penale della tradizione (classica) presenterebbe delle sue caratteristiche peculiari che lo rendono incompatibile con molte delle espressioni del diritto penale attuale, così come emerge dalla dogmatica funzionalista³⁶¹, e dalla *prassi coeva*³⁶²: esso non può assolutamente rappresentare, infatti, "*un fattore cinetico del progresso sociale*. Non solo non lo rappresenta, ma *gli è vietato svolgere funzioni di promozione sociale*"³⁶³. "Di qui" scrive sempre Donini, "una ravvisata incompatibilità tra il garantismo penale e la

³⁵⁹ M. Donini, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, cit., pp. 97--98.

³⁶⁰ Su tale contraddizione, sempre Donini ricorda come "Il diritto penale storicamente liberale e non mitico, quello veramente realizzato nelle società dell'Ottocento, era così attento alla tutela delle condizioni essenziali dello *status quo*, delle sue diseguaglianze, era così poco propulsivo e tanto conservatore, che impediva il mutamento sociale. Esso era, per definizione, un diritto diseguale". Cfr. Donini, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, cit., p.137.

³⁶¹ Diamo per acquisito il fatto che la teoria sistemico funzionalista muove all'interno di quella che abbiamo definito essere come la dottrina penale oggi egemone, ovvero quella della prevenzione generale. Ciò non toglie che alcuni ritengono non assolutamente eguali ma differenti, per vari aspetti, le due teorie, della prevenzione generale e della prevenzione integrazione. Cfr. E. Prieto Navarro, *Teoría de sistemas, funciones del Derecho y control social*, in "Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho", 23,2000.

³⁶² In tema, afferma Ferrajoli: "Le prassi, si è detto, sono sempre più scadenti delle legalità formale per quanto disestata. E in esse tendono sempre a prevalere le ragioni dell'efficienza, unitamente alla facile idea, propria del senso comune autoritario, che la giustizia deve guardare al reo dietro al reato, alla sua pericolosità, dietro alla sua responsabilità, all'identità del nemico più che alla prova dei suoi atti d'inimicizia". Cfr. L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., p.727.

³⁶³ M. Donini, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, cit., p. 98.

funzionalizzazione della norme incriminatrici a scopi di promozione sociale”³⁶⁴.

È evidente, allora, come qualsiasi impostazione dogmatica – d’ispirazione illuminista --- si ponga in antitesi proprio con certe forme della penalità contemporanea e in particolare con la teorizzazione jakobsiana sul *Feindstrafrecht*: se, secondo quest’ultima, come detto, lo scopo principale del diritto penale è garantire la fedeltà all’ordinamento giuridico, ed in particolare la tenuta di questo – come visto riguardo ai reati contro la personalità dello Stato, così che la pena “deve intendersi come marginalizzazione del fatto nel suo significato lesivo per la norma e, con questo, come constatazione che la stabilità normativa della società rimane inalterata”³⁶⁵ --- lontanissime appaiono invece le istanze del pensiero penale classico o illuminista, il quale entra in frizione con certa prassi penale contemporanea proprio perché promuove innanzitutto la tutela del singolo --- parametro esclusivo dell’azione penale.

Date tali premesse, guardando anche all’analisi jakobsiana sul bene giuridico --- *Rechtsgut* --- secondo la quale al centro della tutela penale starebbe la vigenza della norma, non gli interessi della vittima, il *Feindstrafrecht* – il quale, come detto, esibisce chiaramente delle continuità con la tradizione del delitto politico --- si mostrerebbe altresì come una manifestazione del *diritto penale tardomoderno* ovvero un diritto penale securitario e sistemico, rivolto alla tutela delle società complesse, contro autori pericolosi, al contrario del *Kernstrafrecht* in cui “Struttura e funzione della regola penale, (...) sono complementari nella loro rigidità e in effetti nella loro resistenza ad ogni funzionalizzazione diversa da quella di garanzia”³⁶⁶ (nei riguardi del singolo).

Invero, tale lettura, che identifica due idealtipi differenti ed opposti nel corso della vicenda evolutiva del diritto penale occidentale – uno moderno, contemporaneo e dunque cronologicamente a noi vicino, e uno classico, di

³⁶⁴ *Ibidem*.

³⁶⁵ G. Jakobs, *La Pena Estatal: Significado y Finalidad*, cit., pp. 167 e ss.

³⁶⁶ M. Donini, *Il volto attuale dell’illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, cit., pp. 98---99.

matrice illuminista e postilluminista --- nonostante sia e possa essere fallace come tutte le costruzioni teoriche, troverebbe verifica non soltanto attraverso l'ipotesi del *Feindstrafrecht*: esistono infatti altre manifestazioni, a livello teorico e della prassi, di questa transizione, nel corso degli ultimi anni, del diritto penale verso logiche securitarie e sistemiche. Ad esempio, nella categoria di diritto penale moderno (o contemporaneo), possono trovare spazio tutta una serie di reati che "obbediscono a una spiccata o dichiarata idea preventiva", tali da essere "figure legali che colpiscono condotte intollerabili non in sé, ma per le conseguenze che potrebbero produrre"³⁶⁷ ai fini della tenuta generale del sistema giuridico.

Si è osservata l'importanza che rivestono, nella prassi penale più recente, gli atti preparatori. Anche nei reati associativi, espressione di quello che abbiamo definito essere un *diritto penale di lotta* - le cui differenze con il diritto penale del nemico sinceramente faticano a trovarsi - si riscontra un certo slittamento - rispetto alla tradizione del diritto penale classico --- mettendo tra l'altro in crisi il principio della responsabilità personale nel reato. Tutto questo significa forse che nella attuale filosofia penale e nel diritto che ad essa si ispira, oggi, non residuino più le istanze, i principi, della razionalità giuridica illuminista?

Sarebbe sbagliato affermare che l'intera lezione illuminista e liberale, a proposito della funzione penale, sia stata del tutto dimenticata o liquidata. Indubbiamente degli smottamenti, rispetto a quella tradizione, si sono verificati. In tal senso una interessante lettura è quella che vede parte dell'attuale diritto penale orientato ai parametri del rischio.

Per Prittwitz, infatti, "Le tendenze attualmente più importanti e la condizione presente nel diritto penale e della politica criminale possono essere descritte in modo piuttosto preciso con i due concetti di diritto penale del rischio e di diritto penale del nemico"³⁶⁸. Seguendo la riflessione del giurista tedesco tra il *Feindstrafrecht* e il *Risikostrafrecht* esisterebbe un

³⁶⁷ Ivi, p. 104.

³⁶⁸ C. Prittwitz, *Feindstrafrecht*, trad. it. "Diritto penale del nemico", in M. Donini---M. Papa (a cura di), *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, cit., p. 143.

rapporto di interdipendenza reciproca: il diritto penale del rischio cioè, espressione di quella *Risikogesellschaft* teorizzata da Luhmann prima e da Beck poi, serberebbe come possibile effetto proprio la deriva verso un regime di *Feindstrafrecht*. Ma andiamo con ordine.

Se, secondo Prittwitz, il diritto penale del rischio incarna una svolta, immanente alle logiche del Moderno, nel modo di intendere la funzione penale, “il diritto penale del nemico è, al contrario, la fatale conseguenza, assolutamente da respingere, di un diritto penale del rischio, che si è sviluppato e continua a svilupparsi nella direzione sbagliata”³⁶⁹. Secondo questa interpretazione il diritto penale del nemico rappresenterebbe il frutto avvelenato di politiche di sicurezza fondate solo sulla logica della prevenzione all’interno delle quali il rischio (del pericolo) diventa un parametro centrale che orienta ogni volta, sistematicamente, le dinamiche dell’intervento sanzionatorio. Ci chiediamo: qual è la ragione profonda del verificarsi di un diritto penale siffatto? Centrale è, nella comprensione del *Risikostrafrecht*, l’indicazione, il riferimento, al tipo di condotta punibile. Scrive sempre Prittwitz: “Se si estende la descrizione allo sfondo politico---criminale del diritto penale del rischio, questo diritto penale del rischio in espansione si caratterizza, inoltre, per il fatto che tipicamente un comportamento non viene criminalizzato perché ritenuto socialmente inadeguato, ma affinché venga considerato socialmente inadeguato”³⁷⁰.

È chiaro come, anche muovendo da tale prospettiva, sia radicalmente messo in discussione e il principio del fatto e quello della proporzionalità tra delitto e sanzione, dunque lo statuto stesso del diritto penale classico o illuminista: pertanto un comportamento diviene inadeguato e oggetto di repressione penale non solo, ed esclusivamente, per il disvalore giuridico della condotta (e dell’evento), ma finanche per i profili etici che essa nasconde: “ciò non è contestato quasi da nessuno con riferimento ad ampi settori del diritto penale dell’ambiente, ma può essere verificato anche nel

³⁶⁹ *Ibidem*.

³⁷⁰ Ivi, p. 149.

diritto penale economico, e conduce ad una rivitalizzazione della fiducia nella forza moralizzatrice del diritto penale”³⁷¹.

Per tale ragione nel *Risikostrafrecht*, così come rilevato nel *Feindstrafrecht*, il pericolo è che si ricada sistematicamente in un regime giuridico orientato eticamente, in cui la pena – da strumento retributivo e di risocializzazione --- diventa un mezzo per imporre un determinato assetto di valori etico---sociali.

Sia chiaro: abbiamo visto, parlando del *Gesinnungsstrafrecht*, quanto tale condizione di promiscuità tra la funzione penale e le logiche della morale sia inscritta nella dinamica giuridica moderna, e che lo Stato di diritto non sempre è riuscito a contenere; il *Risikostrafrecht* ed il *Feindstrafrecht* altro non sarebbero che un’accentuazione di tale promiscuità, incarnando degli stadi terminali di una tendenza – repressiva, antiliberal, securitaria --- che ha radici lontane e che ha segnato il giuridico nella modernità.

In quest’ottica, e in riferimento sempre al *Risikostrafrecht*, quest’ultimo incarnerebbe allo stesso modo del diritto penale del nemico, l’espressione di un mutamento: da un regime di garanzie – il diritto della tradizione liberale e illuminista --- si sarebbe passati ad una *forma di dominio*³⁷² della

³⁷¹ *Ibidem*.

³⁷² Sul diritto penale del rischio, sulla sua razionalità giuridica, si trattiene anche Donini che scrive “Il *rischio*, nozione per lungo tempo solo dottrinale, o sociologica, caratterizza invece il disvalore oggettivo dell’azione (più che dell’evento) presente in reati di mera condotta come in reati di evento, ovvero la tendenza, non necessariamente illecita, di un’attività consentita (es. circolazione stradale), o di un’organizzazione sociale (es. impresa) a produrre eventi dannosi o pericolosi. (...) Il rischio tende ad essere un pericolo che *dipende da una decisione* dell’uomo, e che quindi può essergli imputato, laddove il *pericolo* in genere tende ad attrarre nella spiegazione fattori ed eventi naturali sopravvenuti e non governabili se non operando sulle decisioni a monte, relative alla creazione o gestione delle fonti di pericolo, e alle posizioni di garanzia e controllo che le concernono. (...) *Il rischio non si può neutralizzare, ma solo disciplinare e ridurre*. Le regole cautelari che lo riguardano, pertanto, sono spesso *regole cautelari improprie*, come tali destinate solo a contenerlo: mentre le regole cautelari proprie *hanno per oggetto l’evento*, il cui pericolo va neutralizzato ed eliminato, le regole cautelari improprie *hanno per oggetto il rischio*, che deve essere il più possibile ridotto, mentre il pericolo e l’evento rimangono più sullo sfondo della tutela preventiva. (...) Ecco, questo (in parte pienamente dispiegato) *diritto penale del rischio*, che genera un’esplosione di funzioni preventive in capo economico--sociale, di tutela della sicurezza collettiva, che vuole rispondere a un bisogno di assicurazione del nostro futuro, ma appunto con i mezzi del diritto penale, *sembrerebbe pienamente coerente con l’idea di un sistema punitivo orientato allo scopo*, con un uso politico del diritto penale quale strumento per il raggiungimento di obiettivi di controllo e di delimitazione di rischi socialmente gravi nelle loro potenzialità cumulative”. Cfr. M.

ragione strumentale, della tecnica, sulla individualità, sulla persona, sui valori che questa rappresenta³⁷³.

Indubbiamente ciò può essere vero. Occorre però capire, e fino in fondo, quanto un differente statuto concettuale della pena assuma un peso in tale mutamento, nell'inversione cioè – nei principi della tutela penale --- del valore della tecnica rispetto a quello della persona – insomma nel passaggio, nell'universo penale, dal paradigma classico a quello moderno.

Il dilemma pare orientarsi su un punto: la pena deve garantire i diritti (dei singoli) o proteggere l'ordinamento (nel suo complesso), e la società cui esso si conforma³⁷⁴?

1.3 Le radici hegeliane del pensiero penale jakobsiano

Si è riferito come, nella dottrina jakobsiana, sia presente e mai nascosto un legame diretto con la tradizione filosofica hegeliana; è interessante in tal senso osservare come, siffatto contatto, relazione, sia fondamentale e nella comprensione dello statuto concettuale della pena, dal punto di vista della teoria sistemica, e per capire le diverse manifestazioni di quello che abbiamo definito --- con una espressione che invero si presta a dei fraintendimenti ³⁷⁵ --- come il *diritto penale moderno*. Prima però un

Donini, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, cit., pp. 107 e ss.

³⁷³ Sulla relazione tra diritto penale, tecnica e società postindustriali cfr. J. M. Silva Sanchez, *La expansión del Derecho penal*, cit.

³⁷⁴ "Uno scenario completamente diverso" scrive sempre Donini "ci si presenta col nascere e comunque con il consolidarsi del *diritto penale c.d. moderno* (in realtà: successivo alla seconda guerra mondiale e contemporaneo) che, corrispondendo al passaggio dallo Stato liberale allo Stato sociale nonché all'intervento regolatore dello Stato nell'economia, e quindi a un'attività dei poteri pubblici molto più impegnata nella disciplina economico---sociale, si rende servente a quegli *scopi di organizzazione, prevenzione e tutela anticipata*, offrendo di sé un'immagine funzionale al modello e allo *standard* di civiltà storicamente prioritari, e in definitiva allo stesso *progresso sociale*: un progresso *mediante* la pena criminale". Cfr. M. Donini, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, cit., pp. 103---104.

³⁷⁵ Abbiamo precedentemente discusso di *diritto penale classico e moderno*. Aggiungiamo che, tale differenziazione, deriva, quale dispositivo euristico, dalla scuola di diritto penale di Francoforte la quale, soprattutto con Hassemer, in riferimento allo statuto della pena, ne rileva, nella prospettiva moderna, il carattere volto alla prevenzione. In realtà nel corso del pensiero penale come visto retribuzione e prevenzione sovente si sovrappongono, per cui non è facile sempre stabilire un discrimine preciso tra diritto penale classico e moderno. La

chiarimento di tipo genealogico. Il legame tra Hegel e Jakobs sebbene strettissimo, conosce, nondimeno, delle mediazioni, delle tappe intermedie. Ciò significa che, al di là di Hegel, Jakobs mutua parte del proprio discorso sulla pena da altri autori della tradizione continentale. Scrive Ferrajoli: “Le dottrine penalistiche che attribuiscono al diritto penale funzioni di *prevenzione generale*” quale nei fatti quella di cui stiamo discutendo, della prevenzione con finalità di integrazione, “richiedono invece un discorso differenziato. Confondono sicuramente diritto e morale, e s’inscrivono nell’inesauribile filone del legalismo e dello statalismo etico le recenti dottrine della prevenzione generale cosiddetta *positiva*, che assegnano alle pene funzioni di integrazione sociale tramite il rafforzamento della fedeltà allo Stato nonché la promozione del conformismo delle condotte: dalle dottrine che concepiscono genericamente il diritto penale come uno strumento insostituibile di orientamento morale e di educazione collettiva, fino alla recente dottrina di Gunther Jakobs che, ispirandosi alle idee sistemiche di Niklas Luhmann, giustifica la pena come fattore di coesione del sistema politico---sociale in forza della sua capacità di restaurare la fiducia collettiva, scossa dalle trasgressioni, nella stabilità dell’ordinamento e quindi di rinnovare la fedeltà dei cittadini nei confronti delle istituzioni”³⁷⁶. Al di là della vicinanza con Luhmann però, di cui si è riferito, le teorie di Jakobs avrebbero, secondo sempre Ferrajoli, un particolare aggancio con alcune correnti etico formalistiche del positivismo giuridico tedesco della prima metà del Novecento e, soprattutto, con la “dottrina

distinzione (tra i due modelli) rischia dunque di essere fallace. Scrive, infatti, Cornelli “Nonostante nel corso dell’ultimo secolo si sia affermata una nuova razionalità penale, definita da Garland modernismo penologico, che ha ridimensionato, nell’ambito del governo del campo socio---penale, la razionalità illuministica ancorata saldamente alla finalità di prevenzione generale, facendola apparire arcaica e premoderna, pare corretto sostenere che l’ideologia trattamentale contemporanea non ha in realtà sostituito quella classica, ma si sia semplicemente depositata su di essa. La permanenza del forte potere simbolico connesso alla funzione deterrente, intimidatoria o di coazione psicologica della pena si manifesta chiaramente nell’impianto retributivo del sistema penale moderno e, nell’attuale periodo storico di declino dell’ideale riabilitativo, nel riemergere di modelli di giustizia neoretributivi come il *just desert* (giusto merito), impostosi negli Stati Uniti negli ultimi anni come rimedio alla percezione di ingiustizia derivante dall’applicazione di un meccanismo sanzionatorio individualizzato”. Cfr. R. Cornelli, *Paura della violenza e crisi del sistema penale moderno*, in “Filosofia politica”, 1, 2010, p. 79.

³⁷⁶ L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., p. 263.

realistica di Gabriel Tarde, che alla fine del secolo scorso fondò l'utilitarismo penale proprio sulla valorizzazione sociale dei fattori irrazionali dell'indignazione e dell'odio provocati dal delitto e soddisfatti dalla pena"³⁷⁷. Ammessa questa particolare genesi della prestazione teorica jakobsiana, tale da inscrivere nel filone dell'utilitarismo penale, Ferrajoli individua in Durkheim un interessante punto di contatto. In tal senso, nota il giurista romano, "sul piano sociologico, d'altra parte, la teoria sistemica di Jakobs non aggiunge nulla alla teoria della devianza di Emile Durkheim, che parimenti aveva concepito la pena come un fattore di stabilizzazione sociale destinato soprattutto ad agire sulle persone oneste rassicurandone i sentimenti collettivi e cementandone la solidarietà contro i devianti"³⁷⁸. In particolare, per Durkheim "il reato ha un ruolo di circostanza preliminare, in qualche misura accidentale, che dà modo alla reazione sociale di rivelarsi"³⁷⁹. Ciò significa che "non è il delitto a produrre la pena, ma i sentimenti collettivi da quello risvegliati a indurre una reazione dal contenuto emozionale identico"³⁸⁰. Ne esce fuori un quadro concettuale ben definito, nel quale "L'immagine d'uno stato contrario, che è il crimine, è l'equivalente negativo del valore violato. Reato e pena rimandano allo stesso sentimento, colto nei momenti diversi d'una successione temporale"³⁸¹. "A differenza della teoria di Durkheim" però, nota sempre Ferrajoli, riferendosi questa volta direttamente a Jakobs, "che non ha mai inteso fornire una giustificazione ma solo una spiegazione della pena, questa dottrina", ovvero quella jakobsiana della pena come prevenzione---integrazione, "è però - al pari di quelle moralistiche e denunciatorie di Stephen e dei suoi epigono odierni, nonché di quella cinico---realistica di Tarde - un'ideologia di legittimazione aprioristica così del diritto penale

³⁷⁷ Ivi, p. 264.

³⁷⁸ *Ibidem*.

³⁷⁹ R. Marra, *Durkheim sociologo del diritto penale. Sentimenti, riflessioni e valori nella produzione ideale di fatti normativi*, in "Dei delitti e delle Pene", 1984, p. 39.

³⁸⁰ *Ibidem*.

³⁸¹ *Ibidem*.

come della pena”³⁸². Analizzata dunque la complessità dell’origine della prestazione teorica jakobsiana – che rimanda tanto al sociologismo di Durkheim e di Luhmann quanto al positivismo statualistico della riflessione giuridica tedesca, con impliciti riferimenti a Schmitt e a Kelsen ³⁸³ --- ritorniamo a ragionare sul legame di Jakobs con il pensiero hegeliano, chiedendoci: forse che anche Hegel (come il giuspenalista di Bonn) si ponga contro la tradizione giuridico penale illuminista? Sicuramente Hegel rappresenta un punto di svolta, nell’elaborazione di molte delle categorie del pensiero giuspenalistico classico innanzitutto partendo dal concetto di pena³⁸⁴. Facciamo un passo indietro.

Parlando del bene giuridico – *Rechtsgut* --- in particolare discutendo alcuni aspetti delle riflessioni sviluppate in merito da Jakobs e da Amelung, si è osservato come, nella prospettiva funzionale---sistemica, si sia fatta largo l’idea che al centro della tutela penale vi sia la validità dell’ordinamento e non la persona con i suoi interessi, per cui scopo della pena è proteggere la vigenza della norma, non i beni concreti dell’individuo (quali la vita, la proprietà) i quali sono minacciati dal comportamento delittuoso.

³⁸² L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., p. 264. Come detto la dottrina jakobsiana rimanderebbe, in molti aspetti, a un “olismo organicista” che legittima, in tutto e per tutto, il potere costituito e ciò attraverso la funzione penale.

³⁸³ Nell’intera prestazione sul *Feindstrafrecht*, Kelsen e Schmitt, soprattutto quest’ultimo, rimangono come invitati di pietra della discussione. Jakobs non ammetterà mai una paternità diretta dai due autori, ma, come vedremo, evidente appare, in diversi punti (come sulla dottrina della colpa, dell’eccezione e del soggetto), un richiamo alle loro tesi.

³⁸⁴ Afferma Seelmann: “Volendo riassumere le obiezioni mosse da Hegel alla filosofia della pena dell’illuminismo si possono sintetizzare grosso modo quattro punti: 1) la legittimazione della pena a partire dall’idea del contratto sociale gli sembra sbagliata, perché società e Stato secondo la sua concezione non possono essere intesi come mezzi di sicurezza per la protezione del singolo; 2) la prevenzione, sia speciale sia generale, come legittimazione della pena è fuorviante; si tratta di un tipo di unilateralità complementare alle dottrine contrattualistiche, poiché in tali teorie penali, oggi denominate relative, conta unicamente il vantaggio della comunità. Nel migliore dei casi verrebbero calcolati utilitaristicamente i vantaggi degli interessati, ma la pena non verrebbe legittimata nei confronti dell’agente come suo diritto; 3) la dottrina della compensazione di un male con un altro male gli appare come un’abbreviazione civilistica del concetto di pena, dal momento che il male del delitto non può essere calcolato solamente come danno per il singolo interessato; 4) e infine la pretesa di un’attribuzione razionale e sovratemporalmente valida di una pena in base alla natura del delitto gli sembra trascurare lo sviluppo storico dell’idea e della realtà dello Stato”. Cfr. K. Seelmann, *Le filosofie della pena di Hegel*, cit. pp. 104---105.

A tal proposito, è interessante vedere cosa afferma Hegel a riguardo: “In questa discussione importa unicamente che il delitto, e non inteso come la produzione di un male, bensì come lesione del diritto come diritto, dev’esser tolta; essa è il verace male che dev’esser rimosso, e dov’essa risieda il punto essenziale; fin quando i concetti su di ciò non sono determinatamente conosciuti, fino a tanto non può che regnar confusione nella visione della pena”³⁸⁵.

Quello che, nella prospettiva hegeliana, deve essere oggetto di punizione non è già quindi la generica produzione di un male, causato ad un bene o ad un individuo determinati, ma la lesione del diritto come diritto³⁸⁶; ciò che rileva allora è il significato simbolico sotteso al fatto (del reato). Il delitto – e la pena ad esso connessa --- viene così colto da Hegel nel suo (dis)valore istituzionale, simbolico: in tal senso “la pena è la reintegrazione di un rapporto violato di riconoscimento reciproco tra persone”³⁸⁷.

Per Hegel, dunque, il prodursi del delitto è funzionale allo sviluppo generale del diritto stesso, alla sua affermazione come (categoria) universale³⁸⁸. Se, infatti, “l’avvenuta lesione del diritto come diritto è sì *un’esistenza positiva*, esteriore, che però è entro di sé un’esistenza nulla. La *manifestazione* di questa sua nullità è l’annullamento, parimenti entrante nell’esistenza, di quella lesione, --- la realtà del diritto, intesa come la necessità di esso la quale media sé con sé grazie al toglier la lesione di esso”³⁸⁹.

³⁸⁵ G.W.F Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (§ 99), trad. it. G. Marini (a cura di) *Lineamenti di filosofia del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2010, p. 89.

³⁸⁶ In tal senso “La lesione del diritto come diritto è per Hegel quindi, oltre alla lesione del diritto nell’illecito civile, una lesione della persona, un turbamento nel rapporto di riconoscimento nel suo insieme, quale è sempre compreso nel delitto”. Cfr. K. Seelmann, *Le filosofie della pena di Hegel*, cit., p. 36.

³⁸⁷ K. Seelmann, *Una tendenza attuale nello sviluppo delle teorie della pena in Germania*, cit., p. 430.

³⁸⁸ Bisogna considerare cosa Hegel intenda per diritto. Hegel definisce il diritto come *l’esserci della volontà libera*, e quindi il diritto è “dunque equivalente alla libertà, o meglio alla volontà libera includente la sua realizzazione nell’oggettività, è il rapporto di volontà libere tra di loro”. Cfr. K. Seelmann, *Le filosofie della pena di Hegel*, cit., pp. 29--30.

³⁸⁹ G.W.F Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (§ 97), trad. it. G. Marini (a cura di) *Lineamenti di filosofia del diritto*, cit., pp. 87-88.

Si può quindi tentare un raffronto: se in Hegel ad essere tutelato è, penalmente, il diritto astratto, quale categoria dello Spirito, in Jakobs oggetto di difesa – da parte della sanzione – è la vigenza della norma, ovvero la struttura normativa della società stessa. Entrambe le posizioni paiono privilegiare – nella teorica del reato – un punto di vista sistemico---organicista.

A fronte però di questa vicinanza tra Hegel e Jakobs – tanto che, a proposito delle riflessioni di quest’ultimo, si può parlare di *funzionalismo neohegeliano*³⁹⁰ – si può dire che entrambi i modelli proposti, nello sviluppo teorico della pena, siano identici? Invero esiste una differenza.

Per Seelmann ad esempio "Se nella teoria hegeliana offesa mediante il fatto è ancora la persona, il soggetto giuridico, come quell’unità autoreferenziale dell’individuo, alla quale attraverso il reciproco riconoscimento viene garantita la libertà, nella teoria sociologica dei sistemi, offeso è semmai il destinatario e l’emittente di fasci di aspettative, cioè il portatore di un ruolo sociale"³⁹¹. Un’osservazione che pare convincere³⁹².

³⁹⁰ Tale è l’espressione usata da Cancio Melià e Feijoo Sánchez. Cfr. M. Cancio Melià---B. Feijoo Sanchez, *Prevenir riesgos o confirmar normas? La teoría funcional de la pena de Günther Jakobs. Estudio preliminar*, in G. Jakobs, *La Pena Estatal: Significado y Finalidad*, cit., pp. 15 e ss.

³⁹¹ K. Seelmann, *Una tendenza attuale nello sviluppo delle teorie della pena in Germania*, cit., p. 431.

³⁹² "La caratteristica pregnante del concetto hegeliano di diritto" nota Moccia "ci sembra, dunque, essere identificata nel rapporto di scambievole riconoscimento di libertà". E, continuando: "La violazione della libera volontà, quando assume la forma della completa negazione del diritto, è delitto (...); essa va a sua volta, attraverso la pena, negata al fine di ristabilire il diritto". Qui si produce dunque un circolo, la famosa teoria della *Negation der Negation*. "E' bene sottolineare di nuovo" aggiunge sempre Moccia, "che questa teoria, inserita nella parte in cui Hegel tratta il diritto astratto, ha una sua validità logico teoretica in quel contesto. Vogliamo in altri termini dire che Hegel con la formale distinzione del concetto di pena non esaurì la sua dottrina penale; tutt’altro, dal momento che, seppur a livelli teorici differenziati, egli riconobbe l’importanza e la validità di elementi di ordine contenutistico, come quelli relativi alle finalità, modalità o al tipo di sanzione punitiva da applicare, quasi di tecnica politico---criminale, in relazione a momenti diversi, ma non per questo meno importanti, da quello della definizione puramente logica. Questi elementi di ordine contenutistico andrebbero, però, inutilmente ricercati nella sfera del diritto astratto, che non prende in considerazione esigenze di ordine materiale, poiché queste hanno la loro logica sede teoretico---sistemica in quella società civile e delle istituzioni di questa che amministrano giustizia". Ciò significa che, se in Hegel esiste differenziazione tra concetto della pena e scopi della pena e che entrambi trovano posto in luoghi diversi della sua costruzione teorica in Jakobs, al contrario, non essendoci analoga differenza tra livello

Si è osservato, infatti, come nella costruzione teorica jakobsiana emerga l'immagine della norma (penale) quale *regime di aspettative*: la lesione di un precetto equivale cioè alla messa in discussione dell'aspettativa nella validità di una norma, non nell'offesa al bene o al soggetto giuridico, visto quale unità autoreferenziale dell'individuo. Nella teorica sulla pena intesa come prevenzione---integrazione esiste chiaramente un tentativo di coniugare la dogmatica giuridica con la teoria sociologica: in questo modo Jakobs si allontana da Hegel. Tale allontanamento si verifica cioè nel momento in cui Jakobs pone al centro della sua riflessione non il soggetto giuridico -- come avviene invece in Hegel --, ma l'ordinamento generale, inteso come fasci di aspettative da tutelare, attraverso lo strumento sanzionatorio.

Si può dire allora che la pena in Jakobs acquisti una funzione ancor più marcatamente organicista che in Hegel? Indubbiamente alla base del pensiero del giuspenalista di Bonn sta l'assunto che "Un singolo individuo non può distinguere tra sé stesso ed il suo ambiente" ("Eine einzelnes Individuum kann zwischensich und seiner Umwelt nicht trennen")³⁹³. Come visto all'inizio parlando della teoria del bene giuridico -- *Rechtsgutlehre* --, secondo i fautori della teoria sistemica l'ordinamento non è una funzione garante dell'individuo, come nello schema classico del liberalismo moderno, ma è l'individuo che trae legittimità -- sociale, politica e giuridica --- dall'ordinamento: lo statuto giuridico di una persona non è un elemento pre--dato ma una costruzione normativa che deve essere costantemente messa alla prova dalla realtà dei comportamenti, e questi ultimi devono essere in linea con l'assetto sociale.

Per tale ragione la persona -- lo statuto giuridico di questa --- è determinata nel contatto con le altre persone, e, in particolare, dal contesto sociale e giuridico in cui muove ³⁹⁴, per cui "una singola persona è una

ontologico e livello teleologico, della pena, tale è declinata solo in chiave preventiva. Cfr. S. Moccia, *Contributo ad uno studio sulla teoria penale di G. W. F. Hegel*, cit., pp. 136 e ss.

³⁹³ G. Jakobs, *Norm, Person, Gesellschaft*, cit., p. 125.

³⁹⁴ Come osserveremo discutendo della dogmatica sul soggetto tale viene, da Jakobs, completamente introiettato nelle logiche autopoietiche del sistema sociale e giuridico,

contraddizione in termini” (“Eine einzige Person ist ein Widerspruch in sich”) scrive Jakobs, dato che “ci sono persone solo in una società” (“Personen gibt es nur in einer Gesellschaft”)³⁹⁵. È evidente come una siffatta concezione della relazione tra l’individuo e la società, oltre a mettere in discussione integralmente lo schema generale del *Kernstrafrecht* (o del diritto penale minimo) ovvero l’idea che la norma penale serva ad assicurare al cittadino l’invalicabilità, da parte dei poteri dello Stato, dei limiti fissati dalla norma stessa³⁹⁶, condizioni ed ispiri il modo stesso di intendere la pena: in quest’ottica l’esigenza della prevenzione prevarrà sistematicamente sulle logiche della retribuzione, così come la necessità della integrazione su quelle della risocializzazione – per cui la stessa misura della sanzione sarà determinata dal *grado di perturbazione sociale* del fatto lesivo³⁹⁷.

Tutto ciò trova eco, come detto, in certa prassi securitaria sviluppatasi nell’ultimo trentennio: come giustificare altrimenti l’emersione, come vedremo, delle misure di prevenzione? Tali misure si presentano, quali

sacrificando il valore costituzionale, sotteso ad esso, della persona individuale e individuata.

³⁹⁵ G. Jakobs, *Norm, Person, Gesellschaft*, cit., p. 38.

³⁹⁶ Ci sembra, a riguardo, infatti, che l’intera prestazione sul *Feindstrafrecht* segni uno scacco alla pretesa di un diritto penale minimo. Che cos’è, infatti, nella sostanza, il diritto penale minimo (o *Kernstrafrecht*)? L’esigenza che il singolo sia sempre rispettato, anche quando colpevole, e al tempo stesso, che la risposta dello Stato sia, nel corso del processo, sempre fedele alle garanzie: esso è dunque “limitazione della violenza nella società”. In tal senso “E’ chiaro che, così inteso, lo scopo del diritto penale non è riducibile alla mera difesa sociale degli interessi costituiti contro la minaccia rappresentata dai delitti. Esso è bensì la protezione del debole contro il più forte: offeso e minacciato dal reato, come del debole offeso e minacciato dalle vendette; contro il più forte, che nel delitto è il delinquente e nella vendetta è la parte offesa o i soggetti pubblici o privati con lei solidali”. Ciò può avvenire perché “Precisamente – monopolizzando la forza, delimitandone i presupposti e le modalità, e precludendone l’esercizio arbitrario da parte di soggetti non autorizzati – la proibizione e la minaccia penale proteggono le possibili parti offese contro i reati, mentre il giudizio e l’irrogazione della pena proteggono, per quanto la cosa possa suonare paradossale, i rei (e gli innocenti sospettati come rei) contro le vendette o altre reazioni più severe”. Cfr. L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., p. 329.

³⁹⁷ “A causa di questo limite” scrive sempre Ferrajoli, “che a sua volta dipende dall’assegnazione alla pena del solo fine di prevenire i delitti, ho caratterizzato il moderno utilitarismo penale come un *utilitarismo dimezzato*, riguardante soltanto la massima utilità della maggioranza, esposto a tentazioni di auto--legittimazione autoritaria ed inidoneo a fornire criteri di delegittimazione, oltre che di giustificazione, dei sistemi penali concreti e dei loro singoli istituti”. La dottrina jakobsiana, per certi aspetti, si presenterebbe, dunque, proprio come un *utilitarismo dimezzato*. Cfr. L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., p. 325.

strumenti, dispositivi di controllo, tesi solo alla neutralizzazione, all'interno dei quali la sanzione persegue solo obiettivi di natura preventiva; ciò appare per certi aspetti come il trionfo della logica sistemica e della pena quale strumento di profilassi sociale³⁹⁸, tutta protesa in una *difesa simbolica dell'ordinamento*.

Tornando alle radici filosofiche del pensiero sul *Feindstrafrecht*, ci chiediamo, allora: appurata, per certi aspetti, la *natura antilluministica* della riflessione jakobsiana, da quali altri autori della tradizione giusfilosofica occidentale Jakobs mutua le categorie del suo discorso?

Se il legame di Jakobs con il sociologismo penale alla Durkheim e, più in particolare, con il pensiero hegeliano, appare chiarissimo – soprattutto nell'evidenziare il valore simbolico della pena --- in realtà un nesso può trovarsi fin già con la riflessione hobbesiana: da qui, infatti, parte l'idea della pena come prevenzione---integrazione, come strumento di tenuta e di consolidamento del sistema. Se nella considerazione generale Hobbes è considerato come uno dei padri del pensiero penale illuminista --- suo il principio della certezza della pena che fonda l'idea della sanzione vincolata al precetto e orientata ad un giusto criterio di utilità --- in realtà, ad un'attenta analisi, si può osservare come l'influenza del filosofo inglese verso quella tradizione, definita soltanto in seguito come dell'"illuminismo penale", sia alquanto oscura ed ambigua; sottolinea in merito Iagulli: "l'umanitarismo presente nell'illuminismo penale ed emblematicamente rappresentato da Beccaria non caratterizza affatto il pensiero di Hobbes" che invece sebbene possa addivenire "a soluzioni vicine a quelle

³⁹⁸ Su questo punto posizione critica assume Agata C. Amato, che afferma "Per questi aspetti appare ragionevole concludere che la teoria preventiva perseguita coerentemente sino in fondo facendo assumere alle pene il carattere di misure politiche a causa della speciale finalità che è loro attribuita. Esse, infatti, avendo il compito di preservare e conservare il sistema stesso, sarebbero funzionalizzate al reinserimento in quell'organizzazione sociale, storicamente determinata, dell'individuo, reo di non accettare il sistema, e, così intese, le pene si presterebbero a facili abusi, dal momento che la loro misura dovrebbe essere valutata con riferimento alla pericolosità del soggetto e non all'imputabilità della violazione, o, in generale, alla colpevolezza". Cfr. Agata C. Amato, *Sulla teoria della prevenzione generale*, in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", 1981, p. 498.

illuministiche” lo fa ispirandosi “ad un utilitarismo ed ad un razionalismo empirico”³⁹⁹.

Ci chiediamo: l'utilitarismo e il razionalismo presenti al fondo della sua riflessione, bastano a fare di Hobbes un precursore della scuola sistemica? Consideriamo, infatti, che, il filosofo inglese fu, innanzitutto, un individualista (e un contrattualista), dunque poco incline a quegli esiti organicistici verso i quali, come detto, partendo da Hegel, tende in qualche modo Jakobs ⁴⁰⁰ . In Hobbes cioè esiste un livello di complessità, di compresenza di elementi diversi, nell'analisi, del tutto estranea ai fautori della scuola sistemica⁴⁰¹ . Se valutassimo questo, sarebbe difficile ogni accostamento. Nondimeno, andando anche oltre pur legittimi dubbi esiste un filo preciso che collega Hobbes al giuspenalista di Bonn. Come nota sempre Iagulli, riferendosi ad uno scritto di Cattaneo sulle radici della filosofia penale hobbesiana, nel Leviathan emerge con forza, in più punti, “l'adesione all'area teorica della prevenzione generale, ed in particolare a quella concezione della *general---prevenzione attuata mediante l'esecuzione della pena* che non soltanto costituisce un tipico esempio di dottrina penale relativa, ma è anche la più severamente esposta alla critica kantiana di trattare il colpevole (un uomo) come un mezzo per un fine a lui estraneo”⁴⁰².

Tale è l'idea, come visto, il principio generale sotteso al discorso sulla prevenzione---integrazione ovvero che lo Stato sia titolare della leva penale, e che questa serva esclusivamente per tutelare, dello Stato stesso, l'artificiosa forma, con evidente sacrificio della dignità del reo, degradato a cosa, a mezzo per il ristabilimento dell'ordine sociale. In questa genealogia del concetto di pena – oscillante tra prevenzione e retribuzione ---, s'inserisce Kant. Il teorico della Ragion pura assume un'importanza particolare perché,

³⁹⁹ P. Iagulli, *Sulla filosofia giuridico---penale di Hobbes*, in “Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto”, 1997, p. 496.

⁴⁰⁰ Cfr. P. Becchi, *Il tutto e le parti. Organicismo e liberalismo in Hegel*, cit.

⁴⁰¹ I quali si muovono prevalentemente lungo gli schemi del sociologismo luhmanniano. In Hobbes, tra gli elementi diversi richiamati ci sono il *meccanicismo* ed il *personalismo*. Cfr. C. Schmitt, *Sul Leviatano*, Bologna, Il Mulino, 2011.

⁴⁰² P. Iagulli, *Sulla filosofia giuridico-penale di Hobbes*, cit., p. 492.

a differenza di Hobbes e in parte di Hegel⁴⁰³, porta avanti un'immagine della pena sganciata da esigenze meramente preventive o di integrazione sociale o simbolica: "*La punizione giuridica*", scrive "non può mai venir decretata semplicemente come un mezzo per raggiungere un bene, sia a profitto del criminale stesso, sia a profitto della società civile, ma deve sempre venirgli inflitta soltanto *perché egli ha commesso un crimine*"⁴⁰⁴.

Kant dunque fa suo il duplice principio – di matrice illuminista – del *fatto* e della *proporzionalità tra delitto e sanzione*, sposandone in pieno i presupposti teorici. Ma va oltre: si può, infatti, affermare come l'intera prestazione kantiana sulla natura del diritto penale sia caratterizzata da un profondo anelito antropologico: l'uomo, in tale prestazione, diviene misura e scopo esclusivo dell'azione penale, fine ultimo dell'intervento statale.

Per questo motivo si può riconoscere, delle tesi kantiane, tutta la loro immanenza rispetto alla razionalità giuridica illuminista e postilluminista e di converso la loro lontananza rispetto a determinate correnti teoriche – tra tutte ovviamente quella funzionalista sistemica --- del pensiero penale contemporaneo.

Affermando, infatti, che la legge penale, lungi dall'adempiere a una funzione sociale o simbolica, rappresenta "un imperativo categorico e guai a colui che si insinua nelle spire tortuose dell'eudemonismo per scoprirvi

⁴⁰³ Sul rapporto tra Hegel e Kant, in riferimento alla dottrina della pena, esistono diversi orientamenti in dottrina. Se, per Moccia, "Nella *Rechtslehre* hegeliana viene capovolta l'impostazione pratica kantiana che proponeva, in linea di principio, il dualismo diritto---morale come tra sfere chiaramente distinte e separate. Per Hegel, infatti diritto e morale trovano la loro unità sintetica nell'eticità che viene che viene concepita in funzione di realizzazione della libera vita in comune". In tal senso "va soltanto ribadito che questo ingiustificato accostamento della dottrina penale hegeliana a quella di Kant, nell'ambito delle pure teorie assolute, è frutto di una superficiale analisi della prima, che troppo spesso è stata limitata alla prima parte dei *Lineamenti*, laddove andava compiuta tenendo conto anche della terza parte, quella dell'*ethos* o del diritto concreto, ovvero della società civile e delle sue istituzioni". Per Ferrajoli invece, "le due tesi sono solo apparentemente distinte: almeno in Hegel, che concepisce lo stato come spirito etico o sostanza etica o semplicemente *ethos*, anche l'idea della retribuzione giuridica si basa infatti, in ultima analisi, sul valore morale associato, se non al singolo imperativo penale, all'ordine giuridico leso". Cfr. S. Moccia, *Contributo ad uno studio sulla teoria penale di G. W. F. Hegel*, cit., p. 133 e p. 142 e L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., p. 241.

⁴⁰⁴ I. Kant, *Die Metaphysik der Sitten* trad. it. G. Vidari (a cura di) *La metafisica dei costumi*, cit., p. 164.

qualche vantaggio”⁴⁰⁵ Kant sposa in pieno l’idea della retribuzione (morale e giuridica), caposaldo teorico dell’illuminismo. Alla base dell’idea di giustizia, nella filosofia (penale) kantiana sta, infatti, “Nessun altro principio se non quello dell’uguaglianza (...). Onde si può dire: il male immeritato che tu fai a un altro del popolo, lo fai a te stesso. Se oltraggi lui, oltraggi te stesso; se rubi a lui, rubi a te stesso; se colpisci lui, colpisci te stesso; se uccidi lui, uccidi te stesso”⁴⁰⁶.

In questa equivalenza di effetti, per cui ogni azione illecita determina lo stesso risultato su chi la compie, risiede la legittimità dell’intervento sanzionatorio: ri---stabilire un equilibrio innanzitutto tra due soggetti, la vittima ed il colpevole, unici ed esclusivi riferimenti dell’azione penale; lo Stato – i suoi interessi – stanno sullo sfondo: tanto che può esserci intervento sanzionatorio “anche quando la società civile si dissolvesse col consenso di tutti suoi membri (...), l’ultimo assassino che si trovasse in prigione dovrebbe prima venir giustiziato, affinché ciascuno porti la pena della sua condotta e il sangue versato non ricada sul popolo che non ha reclamato quella punizione: perché questo popolo potrebbe allora venir considerato come complice di questa violazione pubblica della giustizia”⁴⁰⁷. Quando Kant discorre di giustizia dunque, non intende quella di carattere giudiziale, statuale o positivista, ispirata ad una logica funzionale o simbolica, ma quella universale, ispirata a valori metagiuridici.

Perché è così importante discorrere allora di Kant parlando di Jakobs? Se lo sviluppo teorico qui descritto, inerente il concetto di pena in parte del pensiero giusfilosofico moderno (Hobbes---Kant---Hegel---Durkheim), non è – né pretende --- assolutamente essere esaustivo (manca ad un esempio un riferimento a Feuerbach, o a Woolf, autori trattati da Jakobs) ⁴⁰⁸ – rimandando a lavori dedicati più specificamente a singoli autori ⁴⁰⁹ ..., semplicemente si desidera tracciare un discrimine teorico: da una parte la

⁴⁰⁵ Ivi, p. 165.

⁴⁰⁶ *Ibidem*.

⁴⁰⁷ Ivi, pp. 166–167.

⁴⁰⁸ Cfr. G. Jakobs, *La Pena Estatal: Significado y Finalidad*, cit.

⁴⁰⁹ Come quello di M. A. Cattaneo, *Hobbes, Kant e la pena. A proposito di un saggio di Uberto Scarpelli*, in “Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto”, 1982, pp. 114–123.

linea di pensiero che, sotto vari aspetti, da Hobbes passa per Hegel giungendo a cristallizzarsi nella teoria sistemica di Jakobs, dall'altra quella che, avendo al centro Kant e segnando l'intera stagione illuminista, arriva ad ispirare i principi del garantismo moderno⁴¹⁰.

Da un lato quindi, nei principi della funzione penale, stanno, quali punti di riferimento, l'individuo, la persona, dall'altra l'ordinamento, il sistema sociale. Se è semplicistico liquidare l'intero pensiero penale in formule generiche – errore in cui incorre lo stesso Jakobs --- senza dubbio però quelle stesse formule generiche, attraverso le quali si è polarizzata l'idea della pena, fin dai tempi antichi, sono indispensabili per comprenderne lo sviluppo concettuale.

Questo serve anche a capire che Jakobs non propone nulla di radicalmente nuovo: semplicemente dichiara, articolandolo in formule complesse, che a prevalere sia il discorso della prevenzione, sulla retribuzione, il *punitur ne peccetur sul punitur quia peccatur*.

Ed è qui che, probabilmente, risiede uno degli errori più evidenti della prestazione teorica jakobsiana ⁴¹¹ : il voler insistere continuamente sul discorso della prevenzione⁴¹² , dimenticando che “non è mai possibile trovare una soddisfacente soluzione, una risposta precisa e appagante, al problema della pena”; tale, infatti, si presenta come “un problema troppo delicato, troppo legato a molti momenti, diversi tra loro, della condizione umana, troppo connesso alla situazione esistenziale dell'uomo, per poter essere risolto in modo univoco; soprattutto, è un problema in cui si palesano in modo macroscopico le difficoltà inerenti al giudizio che alcuni

⁴¹⁰ Cfr. L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., in particolare pp. 889 e ss.

⁴¹¹ Errore che, come detto, non è solo di Jakobs essendo, quello della prevenzione generale, un tema assai diffuso e posto in modo egemone da parte della penalistica contemporanea.

⁴¹² “Da ultimo” scrive sempre Agata C. Amato “sembra, poi, opportuno chiedersi quale sia il significato della funzione della pena ove questa si esprima solo nel momento della sua previsione in forma generale e astratta (attraverso la legge): e cioè come semplice minaccia o intimidazione. Infatti, così intesa, la funzione riconosciuta come propria della sanzione penale finirebbe con l'essere indifferente con riguardo ai problemi e alle esigenze del singolo che si trova a misurare la resistenza della sua sfera di *libertà*, rispetto alle pressioni esercitate dall'*autorità* dello stato”. Cfr. Agata C. Amato, *Sulla teoria della prevenzione generale dei reati*, cit., p. 502.

uomini danno e devono dare sul comportamento di altri uomini”⁴¹³. Sarebbe dunque sempre da preferirsi, nell’approccio euristico al problema della pena, una *interpretazione sincretistica*, che sappia cioè coniugare entrambi gli aspetti del paradigma sanzionatorio, quello della prevenzione e quello della retribuzione, teoria assoluta e relativa⁴¹⁴.

In relazione a questo, nella prospettiva di una teoria polifunzionale degli scopi della pena, ci preme ricordare una sentenza della Suprema corte (Corte cost. 21 giugno 2006 n. 257) che, in merito, dispone: “Le differenti contingenze, storicamente mutevoli, che condizionano la dinamica dei fenomeni delinquenziali, comportano logicamente la variabilità delle corrispondenti scelte di politica criminale che il legislatore è chiamato a compiere: così da dar vita ad un sistema normativamente flessibile, proprio perché potenzialmente idoneo a plasmare i singoli istituti in funzione delle diverse esigenze che quelle scelte per loro natura coinvolgono. Da qui l’impossibilità di stabilire, *ex ante*, un punto di equilibrio dogmaticamente cristallizzato tra le diverse funzioni che il sistema penale, nel suo complesso, è chiamato a soddisfare nel quadro dei valori costituzionali; e, quindi, la impossibilità, anche, di censurare, in astratto, opzioni normative, sol perché di tipo repressivo rispetto al quadro preesistente, o, all’inverso, perché ispirate ad un maggior *favor libertatis*. Il legislatore può cioè – nei limiti della ragionevolezza – far tendenzialmente prevalere, di volta in volta, l’una o l’altra finalità della pena, ma a patto che nessuna di esse ne risulti obliterata (v. ancora la sentenza n. 306 del 1993)”.

Concludendo, sempre la Suprema corte dichiara, in merito al *(poli)funzionalismo* della pena, che “In tanto può concretamente parlarsi di

⁴¹³ M. A. Cattaneo, *Un tentativo di giustificazione della pena giuridica. Nota su un libro di Igor Primoratz*, in “Rivista internazionale di Filosofia del Diritto”, 1991, pp. 426--427.

⁴¹⁴ Un tentativo di unire i due aspetti, retributivo e preventivo, è quello che compie Hart che, come afferma Cattaneo (M. A. Cattaneo, *Un tentativo di giustificazione della pena giuridica. Nota su un libro di Igor Primoratz*, cit.) “attraverso la distinzione fra scopo generale della pena, che risponde a criteri di utilità, e principio di distribuzione della pena stessa, che risponde a criteri retributivi e di giustizia” cerca di trovare “una soluzione armonica e non unilaterale del problema penale, rifuggendo da una coerenza e da una compensazione fine a se stessa, che spesso viene a ledere i diritti umani”. Cfr. H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility*, Oxford, Clarendon Press, 1968.

una sostanziale non elusione delle funzioni costituzionali della pena, in quanto il sacrificio dell'una sia minimo indispensabile per realizzare il soddisfacimento dell'altra, giacché soltanto nel quadro di un sistema informato ai paradigmi della adeguatezza e proporzionalità delle misure (...) è possibile sindacare la razionalità intrinseca (e, quindi, la compatibilità costituzionale) degli equilibri normativi prescelti dal legislatore⁴¹⁵.

2. Sorvegliare il nemico. Per una analisi biopolitica delle misure di sicurezza

2.1 Il carattere specialpreventivo delle misure di sicurezza: tra diritto penale del nemico e logica governamentale

Il focus delle seguenti pagine sarà rivolto allo studio di alcune disposizioni, poste sul crinale tra prassi amministrativa e funzione penale: rivolgendoci al *Feindstrafrecht* appare evidente, infatti, come, in esso, si celi l'obiettivo di fotografare la realtà giuridico-penale nelle sue deviazioni – dal modello liberale e garantista –, non dimenticando però il livello della prescrizione: ponendosi quindi a metà tra piano dell'essere e del dover essere, normatività ed effettività⁴¹⁶.

⁴¹⁵ Scrive Nicola Abbagnano, nella prospettiva di una visione *polifunzionale degli scopi della pena*: "Non c'è dubbio che la maggior parte dei giuristi, dei filosofi del diritto nonché dei codici e dei diritti positivi vigenti nelle varie nazioni del mondo si ispirano a una concezione mista o eclettica della pena considerandola, il più delle volte, sotto tutti e tre gli angoli visuali qui prospettati". Tali scopi, o angoli visuali, sono, rispettivamente: "l'ordine della giustizia; la salvezza del reo; la difesa dei cittadini". Nell'alternanza di questi elementi, che ispirano i principi della retribuzione e della prevenzione, nel prevalere dell'uno sull'altro, si è formato, secondo l'autore, il concetto di pena nel corso dei secoli. Cfr. N. Abbagnano, *Pena* (Voce) in *Dizionario di Filosofia*, Torino, Utet, 2006, pp. 802--803. In merito Jakobs critica ogni tipo di dottrina penale polifunzionale sostenendo che "Le teorie della pena orientate alla retribuzione e alla prevenzione non possono unirsi in una teoria: la retribuzione della colpevolezza rende illegittima la prevenzione". Cfr. G. Jakobs, *Zur Straftheorie*, trad. spagnola M. Cancio Melia (a cura di) *Sobre la teoria della pena*, Universidad Externado, Bogotá, 1998, p. 33.

⁴¹⁶ Sull'ambiguità della prestazione teorica jakobsiana, ondulante tra essere e dover essere, rimandiamo di nuovo a T. Hornle, *Dimensioni descrittive e normative del concetto di "diritto penale del nemico"*, in M. Donini--M. Papa (a cura di) *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, cit., pp. 105--128.

In tal senso sussiste un compito fondamentale: quello dell'analisi degli strumenti legali, di carattere penale processuale o amministrativo, attraverso cui tale costruzione teorica – il *Feindstrafrecht* --- può trovare concretizzazione, operatività, sul piano fattuale.

Avendo indagato alcune figure di reato – quello associativo su tutti⁴¹⁷ ---, e più in generale il concetto di pena, in relazione alla prestazione teorica jakobsiana, desideriamo passare ora a riflettere, sempre da un punto di vista filosofico---giuridico, la natura di alcune norme situate su di un piano più strettamente esecutivo, pratico: il riferimento è alle misure di sicurezza. C'è da chiedersi innanzitutto quale sia la loro importanza, il loro ruolo, a riguardo del *Feindstrafrecht*.

Diciamo subito che la relazione che s'instaura tra lo statuto ontologico del diritto penale del nemico e quello, particolare, delle misure di sicurezza, pare a noi fondamentale: sembra, infatti, difficile concepire, seguendo l'impostazione jakobsiana, un trattamento giuridico dell'ostilità senza che, nell'ottica di tale trattamento, non vi siano presenti anche, ed in una posizione di preminenza, misure a carattere repressivo capaci, nel loro prodursi, di evitare che il pericolo accada eliminandolo immediatamente alla radice.

In tal guisa operano le misure di sicurezza, le quali, a differenze delle pene – ma tale differenziazione oggi come vedremo tende a sfumare --- sono volte alla prevenzione speciale e dunque lontane dagli schemi della retribuzione – agendo cioè prima e non dopo, contro l'individuo pericoloso e non, invece, contro il soggetto ritenuto responsabile dell'evento.

Seguiamo, in tal senso, l'evolversi della riflessione jakobsiana: “senza dubbio”, scrive il giuspenalista di Bonn “la pena non è soltanto espressiva, ma è altresì fisicamente produttiva di qualcosa: così ad esempio, il detenuto non può commettere delitti all'esterno del centro penitenziario – una

⁴¹⁷ Cfr. G. Fiandaca, *Diritto penale del nemico. Una teorizzazione da evitare, una realtà da non rimuovere*, in A. Gamberini---R. Orlandi (a cura di) *Delitto politico e Diritto penale del nemico. Nuovo Revisionismo penale*, cit., pp. 179---197.

prevenzione speciale certa – nel periodo di effettiva esecuzione della pena privativa della libertà. Se essa non avesse tale efficacia specialpreventiva, dovrebbe ritenersi improbabile che possa assurgere a reazione sistematica nei confronti di fatti criminosi di una certa gravità. In tale misura, la coazione non ha alcuna pretesa espressiva, ma tende invece ad essere effettiva, il che implica che sia diretta non già contro la persona considerata in quanto tale nel sistema giuridico, ma si dirige contro l'individuo pericoloso"⁴¹⁸.

L'essere lontano dagli schemi della retribuzione dunque è una caratteristica esiziale del *Feindstrafrecht*, rispetto allo strutturarsi del regime sanzionatorio: attraverso di esso – nelle intenzioni di chi lo teorizza e di chi lo dispone nella prassi giuridica --- si combatte un criminale, considerato quale nemico, prescindendo dall'azione concretamente commessa, al fine di neutralizzarlo quale fonte di pericolo.

È proprio in termini analoghi si è espressa la dottrina, discutendo dello statuto delle misure di sicurezza: a queste, si afferma, “venne originariamente attribuita natura amministrativa: ed infatti, quale mezzo di profilassi avente come scopo (non già la giusta retribuzione del reato, bensì) la tutela della collettività mediante la neutralizzazione dell'individuo pericoloso, la misura di sicurezza veniva inquadrata nell'ambito dell'attività di polizia, e cioè di un'attività amministrativa tipicamente finalizzata – appunto – alla difesa preventiva della società"⁴¹⁹.

Riconosciuto ciò, considerata cioè la centralità teorica delle misure di sicurezza nello schema del *Feindstrafrecht*, desideriamo andare oltre, nell'analisi: capire infatti lo statuto ontologico delle misure di sicurezza significa, secondo chi scrive, porle nel contesto di uno studio metagiuridico del sistema penale, significa cioè considerarle al di là del loro valore dogmatico --- meramente tecnicistico --- ma nell'ottica di un loro possibile

⁴¹⁸ G. Jakobs, *Diritto penale del nemico*, in M. Donini---M. Papa (a cura di) *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, cit., pp. 7 e ss.

⁴¹⁹ G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 791.

inquadramento nel regime neoliberale attuale – e lungo la vicenda evolutiva di questo.

La domanda che qui ci poniamo è cioè se sia possibile coniugare la teorica jakobsiana --- che serba natura giuridica determinata, con ambizioni filosofiche ancorate alla tradizione di pensiero hegeliana e avendo come sfondo la (presunta) crisi del diritto penale classico --- con gli studi sviluppati di recente, nell’ambito della teoria politica e delle scienze sociali, sui dispositivi e le tecniche di soggettivazione. Ha attinenza il diritto penale (del nemico) con la biopolitica?

La risposta sembrerebbe affermativa, se si assumesse la misura di sicurezza, quale parametro di riferimento di un’analisi biopolitica del sistema penale, intendendola cioè innanzitutto come strumento sanzionatorio d’elezione, all’interno di un (ipotetico) diritto penale del nemico, e al tempo stesso considerandola come principale tecnica di assoggettamento, di produzione della soggettività in un sistema politico criminale: ritenendola cioè un dispositivo, uno dei più importanti. Ma che cos’è un dispositivo, e tale ha attinenza in uno studio sugli istituti di diritto penale?

Diversi, si sono esercitati sul punto: col termine dispositivo ultimamente si è considerato quel “insieme eterogeneo, che include virtualmente qualsiasi cosa, linguistico e non---linguistico allo stesso titolo: discorsi, istituzioni, edifici, leggi, misure di polizia, proposizioni filosofiche ecc. Il dispositivo in se stesso è la rete che si stabilisce tra questi elementi”⁴²⁰.

Fatta la tara alla vastità della definizione, per cui qualsiasi cosa può essere o presentarsi come un dispositivo, se per questo ultimo s’intendono allo stesso tempo misure di polizia, leggi, istituzioni e finanche edifici è fin troppo evidente come a tale categoria possano ben iscriversi, sebbene con delle remore, le misure di sicurezza – le quali, come vedremo, si presentano al tempo col rango di leggi e di misure di polizia, assumendo la forma

⁴²⁰ G. Agamben, *Che cos’è un dispositivo*, Roma, Nottetempo, 2014, p. 6. Più in là l’autore scrive: “...col termine dispositivo, intendo una specie – per così dire – di formazione che in un certo momento storico ha avuto come funzione essenziale di rispondere a un’urgenza. Il dispositivo ha dunque una funzione eminentemente strategica...”.

istituzionale di istituti ed edifici di cura. Chiariamo meglio: nello stabilire un legame, teorico, concettuale, tra le misure di sicurezza e la categoria di dispositivo si vorrebbe indicare, in teoria, il latente processo di governamentalizzazione (di parte) del sistema penale. Ma cosa vuole intendersi con questo? È, tale processo, immanente alle logiche del Moderno? Sulla questione, occorre riferirsi al significato del termine governamentalità, di genesi teorica foucaultiana, per comprendere la dinamica che ha al centro l'uso – ipertrofico – delle misure di sicurezza e più in generale di strumenti detentivi a carattere amministrativo.

“Con la parola governamentalità” – afferma Foucault – “intendo tre cose. L'insieme di istituzioni, procedure, analisi e riflessioni, calcoli e tattiche che permettono di esercitare questa forma specifica e assai complessa di potere, che ha nella popolazione il bersaglio principale, nell'economia politica la forma privilegiata di sapere e nei dispositivi di sicurezza lo strumento tecnico essenziale. Secondo, per governamentalità intendo la tendenza, la linea di forza che, in tutto l'Occidente e da lungo tempo, continua ad affermare la preminenza di questo tipo di potere che chiamiamo governo su tutti gli altri – sovranità, disciplina –, col conseguente sviluppo da un lato, di una serie di apparati specifici di governo, e, (dall'altro) di una serie di saperi. Infine, per Governamentalità bisognerebbe intendere il processo, o piuttosto il risultato, del processo, mediante il quale lo Stato di giustizia del Medioevo, divenuto Stato amministrativo nel corso del XV e XVI secolo, si è trovato gradualmente governamentalizzato”⁴²¹.

Centrale è, nella comprensione delle misure di sicurezza quali dispositivi di soggettivazione, il riferimento al primo punto: l'essere la Governamentalità un insieme di pratiche che ha nella popolazione il suo bersaglio, nell'economia politica il suo sapere, e nei dispositivi (la cui genesi e natura è tanto varia da non essere inquadrabili in un'unica categoria) il suo strumento di realizzazione. Le misure di sicurezza, lungo tale direzione,

⁴²¹ M. Foucault, *Sicurezza territorio e popolazione*, Milano, Feltrinelli, 2005, p.88.

rappresenterebbero così un classico esempio di governamentalizzazione del reale, in cui la prassi si confonde inerendosi con la teoria, l'azione (di governo) assume su di sé la responsabilità di gestire i soggetti sussumendoli nelle proprie strategie di controllo.

Basta, infatti, guardare all'istituto, per accorgersi di tale realtà: le misure di sicurezza, come stabilito nel nostro codice penale, si dividono in due categorie: quelle personali e quelle patrimoniali. In riferimento a quelle personali, tali si distinguono in detentive e non detentive⁴²². Ed è proprio nelle misure a carattere personale detentivo che si mostrerebbe, in maggior grado, quella razionalità di governo tipica dei regimi governamentali, tesi a disciplinare, sorvegliare, prendere in cura. Ricordiamone le varie determinazioni: esse sono, nell'ordine, così come previsto dal nostro codice⁴²³, quelle consistenti nell'assegnazione ad una colonia agricola o ad una casa di lavoro; nel ricovero in una casa di cura e di custodia; nel ricovero in un ospedale psichiatrico giudiziario; nel ricovero in un riformatorio giudiziario. Senza volerne scandagliare, di tutte, gli aspetti tecnico---legali – compito che esorbita gli obiettivi di questa analisi ---, diciamo che tali misure incarnano quel paradosso liberale, per cui chi governa “produce, consuma e gestisce libertà, ossia procura le condizioni affinché si possa esser liberi e così facendo, limita, controlla soffoca la libertà: aumentano i rischi securitari, di controllo e le strutture statuali poliziesche forti”⁴²⁴. Dunque un'attenta lettura delle misure di sicurezza, del loro valore metagiuridico, può condurre ad interpretarle come un classico caso di tecnologia di potere governamentale: ma a quale modello di governamentalità esse appartengono? Osserviamo come negli studi sulla biopolitica s'individuano due direttive teoriche: da un lato s'indaga il governo degli altri, con il quale ci si riferisce per nominare lo stadio iniziale – d'impronta classico liberale – del processo di governamentalizzazione della società, avente come modello il regime pastorale così come teorizzato

⁴²² Cfr. G.Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 803 e ss.

⁴²³ Così come agli artt. 216-222 c.p.

⁴²⁴ L. Bazzicalupo, *Governamentalità: Pratiche e Concetti*, in “Materiali per una storia della cultura giuridica”, 2, 2013, p. 406.

da Foucault, dall'altro il governo di sé, che caratterizzerebbe l'evoluzione di quel primo modello di governamentalità in senso neoliberale.

Stante questa suddivisione, e date le caratteristiche peculiari delle misure di sicurezza, tali farebbero parte della struttura governamentale originaria: nel primo modello, nel suo stadio genetico, la governamentalità si presenta, come detto, come un regime di pratiche, saperi, tecniche, tendenti all'amministrazione, cioè al governo degli altri. Solo successivamente – quel regime --- si ripiegherà su sé stesso: “seguiamo il mutamento che investe ad un certo punto il dispositivo governamentale, indebolendone la vistosa prevalenza del governo degli altri e l'inclinazione disciplinare---biopolitica. Questo mutamento, nel quale la piega del governo esalta il governo di sé, è contestuale al liberalismo. Il suo governo frugale segna la distanza dalla ragion di Stato tesa alla massimizzazione della potenza del politico, anche se non ne rivoluziona la razionalità: piuttosto si innesta su di essa trasformandola con l'immissione, nel gioco strategico, del mercato, luogo in cui la verità della nuova razionalità di governo si forma specchiando il suo naturale meccanismo di fissazione dei prezzi”⁴²⁵ . Dunque, seguendo la nostra ipotesi di discorso, se le misure di sicurezza nascono e si sviluppano nella fase iniziale del processo di governamentalizzazione del reale, qual è il loro ruolo oggi in cui non più il governo degli altri ma il governo di sé opera da principio direttivo, in cui “l'agency individuale è esaltata e la pastoralità sembra lontana”⁴²⁶?

Occorre osservare come e quanto il sistema penale, nel suo complesso, venga investito da tali mutamenti, e, in riferimento alle misure di sicurezza, se queste siano ancora, del tutto, capaci di rieducare, di produrre corpi docili o non siano diventate, secondo lo schema del *Feindstrafrecht*, solo strumenti tesi alla neutralizzazione.

⁴²⁵ Ivi, pp. 405 e ss.

⁴²⁶ *Ibidem*.

2.2 Misure a carattere amministrativo o penale?

Prima di ritornare, di nuovo, sull'ipotesi circa la natura governamentale delle misure di sicurezza, soffermiamoci sul loro inquadramento dogmatico: il problema riguarda la loro genesi contestata. Si tratta di misure a carattere amministrativo o penale?

Sul punto in dottrina si sono registrati pareri diversi: Maria Antonella Pasculli ricorda come "Le misure di sicurezza si manifestano da principio come provvedimenti aventi natura amministrativa, alla stregua di qualsivoglia atto di polizia, rivolti a contrastare i soggetti pericolosi che delinquono, differenziandoli dalle pene, agganciate a principio di responsabilità e direttamente proporzionate al fatto commesso"⁴²⁷.

Tale interpretazione è importante perché, nell'equiparazione tra misure di sicurezza e atti di polizia, rilancia in un certo qual modo la nostra considerazione circa le misure di sicurezza quale tecnologia di potere tendente a controllare, disciplinare, sorvegliare: lontane dunque dallo schema retributivo che regola (o che dovrebbe regolare), nel suo complesso, il sistema penale; da un altro punto di vista, ne sottolinea la natura ancipite, a metà tra politica e diritto, legge e forza: dispositivi operanti in un regime giuridico d'eccezione in cui la legalità è in parte sospesa.

Bisogna dire però che, nel tempo, tale linea interpretativa --- la quale descrive la misura di sicurezza come atto di polizia avente natura amministrativa --- si è in parte modificata: per alcuni addirittura è necessario andare oltre il sistema del doppio binario, che prevede da una parte le pene dall'altra le misure di sicurezza: "in seguito al riconoscimento costituzionale del finalismo rieducativo delle pene in senso stretto (art. 27, comma 3 Cost.)" si è scritto, "è venuta ormai meno però quella distinzione di scopi che in origine giustificava lo sdoppiamento del sistema

⁴²⁷ M. A. Pasculli, *Le misure di sicurezza*, in *Commentario al codice penale, Persone e sanzioni. Presupposti soggettivi, previsione comminazione ed esecuzione delle sanzioni penali* in M. Ronco (diretto da), Bologna, Zanichelli, 2006, p. 768

sanzionatorio nell'assetto codicistico del '30 (pena=retribuzione e prevenzione generale; misura di sicurezza=prevenzione speciale a mezzo di incapacitazione e/o risocializzazione)"⁴²⁸.

Anche la pena oramai --- e il riferimento al *Feindstrafrecht* è esemplificativo --- svolge secondo alcuni autorevoli autori una funzione di profilassi sociale tendente a "farsi carico di neutralizzare o attenuare la pericolosità del reo e di impedirne la ricaduta nel delitto"⁴²⁹. Questo però mette in discussione una serie di questioni in apparenza consolidate: se le misure di sicurezza si presentano come oramai indistinguibili dalle pene - e le pene da esse --- per via della loro funzione, e del loro inquadramento dogmatico, qual è la ragione della loro esistenza, *rectius* della loro sopravvivenza?

Non più misure a carattere amministrativo ma pene vere e proprie, esse rappresenterebbero "la logica conseguenza alla commissione del fatto di reato e vengono ad essere applicate all'esito dello stesso processo giurisdizionale di garanzia, novellato dal c.p.p. 1988, in cui si accerta la penale responsabilità dell'individuo"⁴³⁰.

Quanto, tale assunzione dogmatica, riverberi sul piano del nostro discorso, è presto detto: nella sussunzione delle misure di sicurezza nell'ambito classico della pena, ciò determina che l'intero ordinamento penale (e non solo quello riguardante le misure di sicurezza), lungo tale direzione (pena=misura di sicurezza), tenda a caratterizzarsi in senso governamentale: tenda cioè ad *amministrativizzarsi*, così che sia la pena che la misura di sicurezza mutino contemporaneamente in dei dispositivi di disciplina; ma, riconosciuta tale sussunzione - delle misure di sicurezza nello schema generale delle pene ---, dov'è che permane (se permane) la responsabilità per il fatto? Registriamo una sorta di cortocircuito, nell'analisi: se, secondo molti, pene e misure di sicurezza svolgono oramai lo stesso ruolo, per cui ogni differenziazione tende ad essere oggi più che mai obsoleta, è necessario capire quanto la natura dell'una condizioni la

⁴²⁸ G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 791.

⁴²⁹ *Ibidem*.

⁴³⁰ M. A. Pasculli, *Le misure di sicurezza*, cit., p. 769.

natura dell'altra, quanto cioè la pena perda il proprio status originario mutandosi in misura di sicurezza, e viceversa; è evidente che un discorso del genere non può essere affrontato solo da un punto di vista tecnico dogmatico, ma occorre valutarne i suoi effetti sul piano metagiuridico, sociale: rendere le pene e le misure di sicurezze fungibili, andare oltre lo schema del doppio binario significa rivoluzionare non solo l'assetto codicistico iniziale, parto del legislatore fascista, ma porre in forte discussione alcune categorie classiche del pensiero giusfilosofico e penale, tra le quali quelle della pericolosità, della colpevolezza, della responsabilità, che si sono sedimentate nel Moderno.

La previsione delle misure di sicurezza contribuì, infatti, non solo ad una riappacificazione tra la scuola classica e la scuola positiva, ma delineò un sistema in cui erano ben chiari i compiti: non tutto il diritto penale infatti, che nella sua generalità si fondava su parametri retributivi, ma solo una sua parte, basava la propria ragione giuridica, la propria operatività, in virtù della pericolosità sociale del soggetto sottoposto alla misura.

Dunque tecnologia di potere governamentale, dispositivo rivolto alla prevenzione e alla cura, attraverso la messa in custodia: l'area delle misure di sicurezza rappresentò inizialmente quel luogo, dell'ordinamento giuridico, sul confine tra penale e amministrativo, in cui si realizzava, in massimo grado, quel duplice compito di funzionalizzazione sociale --- di cui parla Jakobs riguardo al teleologismo sotteso al fatto penale -- e di presa in carico biopolitica del soggetto.

“È un fatto accertabile” afferma Bettiol, “che le misure di sicurezza cominciano ad apparire -- sia pure sporadicamente -- nelle varie legislazioni e nei progetti di riforma solo quando lo Stato da un tipo spiccatamente liberale va trasformandosi in liberale---autoritario o in un tipo di Stato sociale---autoritario”⁴³¹.

Oggi, se possibile, gli argini -- intesi come garanzie --- si sono (ancor di più) rotti: assistiamo, infatti, e in larga parte, ad un generale *processo di*

⁴³¹ G. Bettiol, *Aspetti etico-politici delle misure di sicurezza*, in *Scritti giuridici*, I, cit., p. 518.

funzionalizzazione del diritto penale, che esorbita il perimetro classico delle misure di sicurezza, tale da rendere l'intero impianto penale strumento di profilassi sociale in difesa non più del singolo ma della comunità – si osservi, come vedremo, per questo l'uso politico delle leggi d'emergenza.

Nell'ibridazione, tra pene e misure di sicurezza, opera anche il principio della spiritualizzazione del concetto di (illecito) *Unrecht* – per cui il diritto penale protegge funzioni, interessi generali, non beni individuali.

Torniamo allora, e nuovamente, a sondare i diversi caratteri delle misure di sicurezza in prospettiva di una loro interpretazione biopolitica, quali dispositivi di potere governamentale.

Se, per quanto finora detto, pene e misure di sicurezza vanno perdendo la loro differenza originaria, è importante osservare – di queste ultime --- alcuni profili tali da rendere ancora la misura di sicurezza, e in particolare la misura di prevenzione, strumenti sanzionatori particolarissimi, in qualche modo sussumibili nella logica del *Feindstrafrecht* jakobsiano e altrettanto inquadrabili nella categoria di dispositivo. Si badi: in linea di principio l'impianto assiologico che ispira da una parte la logica del dispositivo, dall'altra quella del *Feindstrafrecht*, sono divergenti: attraverso il dispositivo, infatti, il potere (governamentale) regola, disciplina, (ri)produce categorie sociali; per mezzo del diritto penale del nemico invece si tende ad escludere, coartare, finanche neutralizzare l'altro ritenuto ostile. Nondimeno esiste un punto di contatto. In questo senso ciò che rileva subito, e che può essere utilizzato ai fini di tale lettura, è il principio della *pericolosità sociale*. In virtù di tale principio agisce, infatti, lo spettro delle misure di sicurezza (e delle misure di prevenzione), in linea con la logica del *Feindstrafrecht*, e su questo stesso principio si basa la loro natura di dispositivi tesi alla soggettivazione⁴³².

Sul principio di pericolosità tanto si è scritto, tanto da renderlo principio ispiratore di una importantissima scuola interpretativa di diritto penale (la scuola positiva). Ed è proprio nel principio di pericolosità (sociale) che può

⁴³² Cfr. De Cristofaro, *Legalità e pericolosità. La penalistica nazifascista e la dialettica tra retribuzione e difesa dello Stato*, cit., pp. 1031---1082.

rintracciarsi quella razionalità governamentale che regola e governa la materia delle misure di sicurezza: “Quale presupposto per l’applicazione delle misure di sicurezza, la categoria della pericolosità sociale (o criminale) è stata dal legislatore del ’30 recepita secondo la specifica elaborazione maturata nell’ambito del positivismo criminologico di fine Ottocento: in questo contesto teorico e culturale, la pericolosità sociale viene cioè a coincidere con la probabilità che un soggetto, a causa delle sue caratteristiche fisiche e/o dell’influenza esercitata dall’ambiente, commetta in futuro fatti di reato”⁴³³.

È evidente, in queste parole, il taglio biopolitico adottato, nell’elaborazione del concetto di pericolosità, dalla dottrina. Qui, nella prospettiva della pericolosità sociale, il giuridico si confonde continuamente, attraversandola, con la vita. Ed è proprio da questo *attraversamento* che nasce la categoria del delinquente⁴³⁴, cui si indirizzano le misure di sicurezza: “Il delinquente”, scrive Foucault, prodotto del sistema carcerario moderno, “si distingue dall’autore di una infrazione per il fatto che è meno il suo atto che non la sua vita ad essere pertinente per caratterizzarlo. L’operazione penitenziaria, se vuole essere una vera rieducazione, deve totalizzare l’esistenza del delinquente, fare della prigione una sorta di teatro artificiale e coercitivo dove quell’esistenza verrà considerata dal principio alla fine”⁴³⁵.

Il carcere definisce e perfeziona l’ontologia criminale del delinquente, colui verso il quale l’indagine “deve risalire non solo alle circostanze, ma alla cause del crimine; cercarle nella storia della sua vita, dal triplo punto di vista della organizzazione, della posizione sociale e dell’educazione, per conoscere e constatare le pericolose tendenze della prima, le incresciose disposizioni della seconda, ed i cattivi antecedenti della terza”⁴³⁶.

⁴³³ G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 795.

⁴³⁴ La categoria del delinquente qui descritta può essere paragonata, sotto diversi punti, a quella del nemico nell’ottica jakobsiana.

⁴³⁵ M. Foucault, *Surveiller et punir*, trad. it. A. Tarchetti (a cura di) *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Torino, Einaudi, 1993, pp. 275 e ss.

⁴³⁶ Ivi, p. 276.

Dal nostro punto di vista le misure di sicurezza, e meglio di esse le misure di prevenzione, realizzano quel piano d'immanenza del diritto (penale) rispetto alla vita: se la pena quale *castigo legale* si fonda infatti su un fatto, secondo il paradigma retributivo – ma abbiamo visto come quel paradigma sia oggi alquanto in crisi, nella prassi e nella dottrina --- e dunque è circostanziata nello spazio e nel tempo, le misure di sicurezza (rectius le misure di prevenzione) rappresentano al contrario una *tecnica punitiva* operante sulla vita, sul *bios*, senza interruzioni, secondo il principio della pericolosità sociale.

Definire come “governamentale” il regime sanzionatorio sotteso alla materia delle misure di sicurezza appare allora come la presa d'atto di una realtà indiscutibile: nonostante operi in esse anche il principio di legalità, sotto il duplice parametro della riserva di legge e della tassatività, le misure di sicurezza mostrano chiari riflessi disciplinari che non possono essere elusi al fine di una comprensione efficace delle stesse. Scendendo più nel dettaglio, volendo meglio delineare il nesso governamentalità/misure di sicurezza, sul piano del diritto positivo, si potrebbe far riferimento alla casa di cura e di custodia, come visto appartenente all'alveo delle misure di sicurezza personali detentive, quale figura iuris icastica di tutto questo discorso. Tale rappresenta, secondo autorevole dottrina, proprio “un ibrido di ideologia curativa e di ideologia custodialistica”⁴³⁷.

Senza voler aggiungere altro, e senza dilungarci in una ricostruzione meramente tecnicistica dell'istituto, compito dei giuristi penalisti, ecco confermate le nostre considerazioni iniziali: è proprio in relazione a quella duplice ideologia infatti, curativa e custodialistica, sottesa allo schema generale delle misure di sicurezza a carattere detentivo personale, che si può scorgere, in filigrana, la traccia di quel potere che vuole disporre delle vita, in tutti i suoi aspetti e in tutte le sue forme.

⁴³⁷ Cfr. G.Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 805.

2.3 Il passaggio alle misure di prevenzione. Da una società disciplinare ad una società di controllo

Riconosciuta, dunque, la genesi governamentale delle misure di sicurezza – le quali “sono protese verso il recupero etico---sociale dell’individuo pericoloso, perché (...) esso torni ad essere un soggetto normale”⁴³⁸ –, ad esse, per una comprensione generale del fenomeno, devono accompagnarsi, nell’analisi, le cosiddette misure di prevenzione, cui si è accennato, quali disposizioni, di carattere amministrativo, assimilabili, in un certo qual modo, al tipo delle misure di sicurezza.

Grande interesse hanno tali disposizioni, ai fini della nostra riflessione: in relazione a queste “è invero pressochè unanime in dottrina l’opinione che, nonostante la loro denominazione formale di misure di prevenzione, le tradizionali misure c.d. personali (...) non siano mai riuscite a sortire un effetto autenticamente preventivo/rieducativo; anzi, di fatto esse sono state non di rado utilizzate come strumento di controllo sociale di tipo sostanzialmente repressivo”⁴³⁹.

Qui, nel campo delle misure di prevenzione, pare verificarsi concretamente l’ipotesi prevista da Jakobs con la teorizzazione del *Feindstrafrecht*; nondimeno anche disposizioni, quali le misure di prevenzione, il cui fine non è la rieducazione – quindi la disciplina –, ma soltanto la repressione, s’inscrivono in una logica metagiuridica, direbbe Deleuze “immanente” alle *società del controllo*. Ma andiamo con ordine.

Anche nelle misure di prevenzione, come si è osservato, opera il principio della pericolosità sociale che conduce a quell’attraversamento del “giuridico” rispetto alla dimensione del *bios*, della vita, caratteristica fondante delle misure di sicurezza e, in generale, della categoria di dispositivo. Invero, rispetto alle misure di sicurezza, non sussiste alcuna ipotesi di una loro sussunzione nello schema generale delle pene: “Esse hanno come caratteristica peculiare di essere applicate indipendentemente

⁴³⁸ G. Bettiol, *Aspetti etico-politici delle misure di sicurezza*, cit., p. 523.

⁴³⁹ G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 840 e ss.

dalla commissione di un precedente reato, onde la denominazione di misure ante o praeter delictum, è questa caratteristica che le distingue dalle misure di sicurezza, applicabili (...) ai soggetti socialmente pericolosi che abbiano già commesso un reato”⁴⁴⁰.

Se nelle misure di sicurezza ben resiste un principio di legalità – sebbene si tratti di un principio di legalità generico, ove nel sistema delle pene opera, invece, un principio di legalità specifico --- tale da renderle disposizioni con un (seppur parziale) ancoraggio a parametri legalistici determinati, nelle misure di prevenzione si agisce secondo un mero criterio funzionalistico: garantire la difesa della società dall’attacco di soggetti pericolosi.

Il fine, dunque, di misure che sono esclusivamente a carattere amministrativo – anche se una evoluzione in senso giurisdizionale si è avuta, in materia, negli ultimi anni --- è solo quello del controllo e della profilassi sociale. Scrive Deleuze a proposito dello statuto di tali nuovi dispositivi (appartenenti alla *società del controllo*): “Le reclusioni sono modelli---stampi, delle distinte modellature, mentre i controlli sono una modulazione, come una modellatura auto---deformante, che si modifica continuamente, da un’istante all’altro”⁴⁴¹.

Facendo nostra tale lettura vediamo come le misure di prevenzione possano ben rappresentare dei dispositivi di controllo, serbando una maggiore elasticità rispetto allo schema delle misure di sicurezza – e ovviamente rispetto a quello della pena. Non è un caso quindi che tali misure – di prevenzione – siano adottate contro classi di soggetti considerati esclusi, privi di diritti, senza parte: nemici dell’ordinamento

⁴⁴⁰ *Ibidem*.

⁴⁴¹ G. Deleuze, *Politica: controllo e divenire --- Poscritto sulle società del controllo*, in *Pourparler*, Macerata, Quodlibet, 2000, p. 236. Qui l’analisi del filosofo francese verte sul mutamento di paradigma, avvenuto negli ultimi anni: “Nelle società disciplinari non si faceva che ricominciare (dalla scuola alla caserma, dalla caserma alla fabbrica), mentre nelle società di controllo non si finisce mai con nulla, in quanto l’impresa, la formazione, il servizio sono gli stati metastabili e coesistenti di una stessa modulazione, di uno stesso deformatore universale”. Anche la sanzione diventa un trattamento estendibile all’infinito, attraverso particolari misure a carattere preventivo.

verso cui adottare tecniche pervasive di controllo e di neutralizzazione, facilmente modulabili secondo le varie esigenze di prevenzione⁴⁴².

“Quanto alle tipologie soggettive di pericolosità” scrivono Fiandaca e Musco, cui nel disegno iniziale erano indirizzate le misure di prevenzione, “la legge del '56 originariamente contemplava cinque categorie di destinatari, fundamentalmente ricalcanti – a loro volta – le tipologie di vecchio stampo già menzionate nel testo unico di pubblica sicurezza del 1931, e cioè: oziosi e vagabondi; soggetti dediti a traffici illeciti; proclivi a delinquere; sospetti sfruttatori di prostitute o contrabbandieri o trafficanti di sostanze stupefacenti; soggetti abitualmente dediti allo svolgimento di attività contrarie alla morale pubblica o al buon costume”⁴⁴³.

Nella elencazione delle tipologie criminali emerge dunque, fin dall'inizio, quello stigma – di carattere antropologico – in virtù del quale l'azione penale/amministrativa tende non in funzione rieducativa, disciplinare, ma, al contrario, è rivolta soltanto alla mera neutralizzazione.

Ecco allora che, con l'emersione delle misure di prevenzione, i dispositivi di disciplina incarnati dalle misure di sicurezza, transitano verso forme nuove e diverse, di controllo: il dna delle misure rimane in parte inalterato (la base rimane la pericolosità), quello che cambia è il sostrato teleologico delle stesse.

Abbiamo discusso all'inizio delle misure di sicurezza, nella prospettiva di una loro “incardinabilità” nello schema del *Feindstrafrecht*, verificando al tempo la loro natura di dispositivi. Invero è nel campo delle misure di prevenzione – in maggior grado rispetto a quelle di sicurezza --- che la costruzione teorica jakobsiana pare trovare completa concretizzazione, realizzandosi cioè sul piano dell'effettività giuridica. Scrive, infatti, Jakobs: “Pertanto, in luogo di una persona, che in quanto tale ha una propria competenza e la cui azione si contraddice mediante l'irrogazione della pena, appare l'individuo pericoloso, avverso il qual si procede (...) in maniera

⁴⁴² Cfr. L. Re, *Carcere e globalizzazione. Il boom penitenziario negli Stati Uniti e in Europa*, Roma--Bari, Laterza, 2011.

⁴⁴³ G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 843.

fisicamente effettiva: si tratta di una lotta contro un pericolo, in luogo di una comunicazione; è diritto penale del nemico (...) invece che diritto penale del cittadino, ove il termine Diritto ha nelle due espressioni un significato chiaramente differente”⁴⁴⁴.

Così si esprime il giuspenalista di Bonn in riferimento alle misure di sicurezza (art. 61, n. 3 e 66 StGB) previste nell’ordinamento tedesco: in realtà a noi pare che, al di là delle misure di sicurezza, le misure di prevenzione – prive per molto tempo di quelle garanzie appartenenti al campo delle misure di sicurezza e, in generale, delle pene --- realizzino compiutamente quella dimensione preventiva, di annichilimento sociale prevista dal *Feindstrafrecht*.

2.4 Per una critica del concetto di devianza

Se le misure di sicurezza dunque si presentano come dei dispositivi disciplinari, funzioni di una razionalità governamentale oggi in parte mutata, indirizzata al governo di sé, le misure di prevenzione e in generale le misure a carattere amministrativo/penale, rivolte alla profilassi sociale, appaiono come la manifestazione di un controllo, latente, pervasivo, il cui fine non è più solo la soggettivazione – degli individui pericolosi --- ma (solo) la loro neutralizzazione.

L’uso reiterato di tali misure pare seguire la transizione da una società disciplinare ad una società di controllo. Chi è sottoposto a determinate sanzioni – così come previste nell’ipotesi del *Feindstrafrecht* e concretamente operanti nei casi di applicazione delle misure di prevenzione – infatti, non è visto come un soggetto da rieducare, ma come l’oggetto di un’azione “immunizzante”, di difesa della società, da parte del sistema penale⁴⁴⁵.

⁴⁴⁴ G. Jakobs, *Diritto penale del nemico*, in M. Donini---M. Papa (a cura di) *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, cit., p. 8.

⁴⁴⁵ R. Esposito, *Immunitas. Protezione e negazione della vita*. Torino, Einaudi, 2002.

Seguiamo l'evolversi della vicenda: da uno stadio in cui, attraverso l'applicazione delle misure di sicurezza, lo Stato tentava di farsi carico della devianza in un quadro sistemico, cercando di porre in essere un'opera di rieducazione, pur agendo con forti limitazioni della libertà personale, ad uno in cui l'essere deviante, il criminale recidivo viene, attraverso l'uso di misure a carattere preventivo o d'emergenza, semplicemente annullato nella sua esistenza, viene cioè neutralizzato sul piano ontologico.

I detenuti di Guantanamo rappresentano plasticamente tale dinamica: non possono definirsi dei normali soggetti di diritto cui è applicata momentaneamente una pena detentiva, né soggetti pericolosi verso cui è in corso però un tentativo di risocializzazione, essi sono semplicemente reclusi, uomini senza dignità, degradati allo stato di cose – non a caso nella pubblicistica è emerso ed è stato utilizzato, infatti, a proposito di questi, il termine *enemy aliens*. Verso di essi opera un controllo che non ne contempla la dimensione umana, civile: “attraverso l'esame della vicenda Guantanamo è possibile considerare fino a che punto un potere dello Stato, ovvero nel caso in specie l'esecutivo, possa intervenire sulla sfera dei diritti soggettivi in ragione di un fine superiore, come la sicurezza nazionale”⁴⁴⁶. Qui il diritto (penale), e in particolare, il sistema di detenzione hanno svolto compiutamente quella funzione *simbolica* prima richiamata a proposito della teoria della pena come prevenzione---integrazione⁴⁴⁷.

Ma, andando al di là della vicenda Guantanamo, esemplare nella sua eccezionalità, è possibile fare i conti con la natura dei dispositivi di controllo guardando alla normativa prodotta in casa: è il caso della legislazione sul fenomeno dell'immigrazione, tema centrale degli ultimi anni in Italia. In questo campo, paiono realizzarsi tutti i presupposti del *Feindstrafrecht*, e, in conseguenza di ciò, viene raggiunto il punto di

⁴⁴⁶ T. E. Frosini, *Lo Stato di diritto si è fermato a Guantanamo*, in “Diritto pubblico comparato ed europeo”, 4, 2005, pp. 1647 e ss.

⁴⁴⁷ E' evidente, infatti, come nel caso delle carceri di Guantanamo il tipo di sanzioni ivi previste, e, in generale, il sistema penitenziario adottato, abbiano generato un precedente pericolosissimo. Ci si domanda altresì quanto una forzatura concettuale, e prasseologica, di così grande peso, rispetto ai principi di uno stato di diritto, possa condizionare in futuro le politiche criminali o essere stata solo un tragico intermezzo nella lotta al terrorismo.

massima operatività delle misure di prevenzione: “Ritroviamo nello statuto dell’immigrato irregolare tutto il bagaglio culturale delle misure di prevenzione, perché anche nei confronti dello straniero lo stereotipo dell’immigrato---autore di reati, ed in quanto tale potenzialmente pericoloso, gioca a favore del rafforzamento degli strumenti coercitivi e di allontanamento dal territorio dello Stato. Quel mutamento dallo Stato di diritto allo Stato di prevenzione, evidenziato da molti rispetto alla gestione dei rischi tecnologici ed alla prevenzione del terrorismo, trova una ulteriore conferma anche nel diritto dell’immigrazione”⁴⁴⁸. Ciò segna ovviamente un cambiamento, che, partendo dal penale, arriva a toccare l’architettura istituzionale, soprattutto in tema di garanzie e di terzietà dei poteri.

Verificata, dunque, l’assoluta complementarità di misure – quali quelle di prevenzione – nello schema del *Feindstrafrecht*, considerata la genesi biopolitica delle misure di sicurezza --- operanti sul *bios* – desideriamo soffermarci ora, seppur brevemente, sul concetto di devianza, sotteso all’intera materia in esame, delle misure di sicurezza/prevenzione. Questo perché il concetto di devianza inerisce quello di pericolosità sociale sviluppato dal positivismo criminologico e trova eco nell’analisi jakobsiana finora sviluppata.

Il concetto di devianza, infatti, è un asse gnoseologico fondamentale nel discorso sulla prevenzione penale (generale e speciale), sulla possibilità che la sanzione si rivolga ad un soggetto indipendentemente dal fatto commesso, per ragioni di profilassi sociale, di controllo, di risocializzazione. Il concetto di devianza è, inoltre, come visto, un termine dal profondo significato biopolitico⁴⁴⁹.

Occorre però definire la relazione tra soggetto pericoloso e azione deviante. In chiave critica, si è scritto, che “l’azione deviante non può essere considerata come un indice, un sintomo di una personalità deviante, né può

⁴⁴⁸ M. Pelissero, *Il Vagabondo oltre confine. Lo statuto penale dell’immigrato irregolare nello Stato di prevenzione*, in “Politica del diritto”, 2, 2011, p. 279.

⁴⁴⁹ Cfr., sul concetto di devianza, fra gli altri, T. Pitch, *La devianza*, Firenze, La Nuova Italia, 1975 e, inoltre, S. Anastasia, *Metamorfosi penitenziarie. Carcere pena e mutamento sociale*, Roma, Ediesse, 2012.

essere vista di per sé come un segnale di disturbi della personalità, del rapporto con gli altri, di squilibri nello sviluppo, ecc.”⁴⁵⁰ . Lungo tale direzione allora la devianza può essere considerata, più che un elemento congenito, appartenente alla struttura ontologica del soggetto, il riflesso di una serie di interazioni tra individuo e prassi sociale. Quasi fosse – lo è? – un elemento sovrastrutturale, la devianza, rispetto alle consuetudini, alle istituzioni, sedimentatesi nel tempo, giuridiche e non.

In questo senso si può affermare che “Ogni individuo compie azioni ampiamente diversificate rispetto al confine norma/devianza; ciò che le diversifica non è per lo più di ordine psicologico o personologico, ma normativo e sociale” ⁴⁵¹ . È chiaro come, tali considerazioni possano benissimo sposarsi con quella, da noi offerta, riguardante la misura di sicurezza quale dispositivo di soggettivazione.

La misura di sicurezza, o per essa qualsiasi misura a carattere amministrativo/penale, nel suo realizzarsi, produce spesso, infatti, o consolida, personalità devianti, produce cioè tipi criminali: è il paradosso del sistema penale moderno, per dirla alla Foucault, un sistema nel quale cercando di regolamentare l’anormale – al fine di rieducarlo/risocializzarlo – lo si rende perfettamente funzionale alla struttura epistemologica del sistema penale stesso.

Tale è anche il paradosso della costruzione teorica jakobsiana: in questa, infatti, il criminale/nemico opera come una funzione imprescindibile per l’ordinamento penale, da un punto di vista euristico e prasseologico.

Occorre quindi aver consapevolezza del nesso inestricabile tra devianza e politiche della devianza: è la logica del sistema (penale) moderno, che, mentre tenta di contenere la conflittualità immanente al piano sociale si serve sovente di questa per modellare nuovi strumenti coercitivi, e nuove soggettività criminali. Ciò pare essere quindi l’esito perverso delle misure

⁴⁵⁰ G. De Leo, *Devianza, Personalità e risposta penale: una proposta di riconcettualizzazione*, in “La Questione criminale”, 1981, p. 224.

⁴⁵¹ *Ibidem*.

di sicurezza/prevenzione: combattere il pericolo correndo però il rischio di (ri)crearlo⁴⁵².

3. La teoria della colpa in senso funzionale

3.1 La crisi del principio della libertà del volere

Avendo affrontato, seppur in linea generale, alcune questioni relative al problema della pena, nella duplice prospettiva moderna data dalla crisi del paradigma retributivo e dall'affermazione di quello preventivo ⁴⁵³, rivolgiamoci ora alla categoria della colpa --- che della pena è la matrice e il presupposto condizionante --- indagando innanzitutto la relazione tra colpa e soggetto (agente)⁴⁵⁴.

Tale relazione è invero fondamentale: questo perché “La colpevolezza riassume le condizioni psicologiche che consentono l'imputazione personale del fatto di reato all'autore (...) Nel giudizio di colpevolezza rientra così, innanzitutto, la valutazione del legame psicologico, o, comunque, del rapporto di appartenenza tra fatto e autore, nonché, la valutazione delle circostanze, di natura personale e non, che incidono sulla

⁴⁵² Una delle critiche più accese a proposito della teoria jakobsiana, riguarda proprio il concetto di devianza da essa sviluppato. Cfr. A. Baratta, *Integrazione---prevenzione. Una nuova fondazione della pena all'interno della teoria sistemica*, cit. In particolare laddove l'autore afferma che “La teoria della prevenzione---integrazione, (...) svolge una funzione conservatrice e legittimatrice nei confronti della tradizionale costruzione e gestione penale dei conflitti di devianza. Il suo contributo alla coscienza, alla costruzione e alla gestione dei conflitti non va al di là di quella che vorrei chiamare la cultura del penale”.

⁴⁵³ Cfr. M. Romano, *Prevenzione generale e prospettive di riforma del codice penale italiano*, in F. Stella---M. Romano (a cura di) *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, cit., pp. 151--182. Nota l'autore (p. 156): “La teoria della prevenzione generale si regge --a ben vedere -- già su questo solo presupposto, di per sé molto solido, antropologicamente attendibile e del resto ormai confermato in sede scientifica, che la minaccia della pena, seppure insieme ad altri fattori, riesce a dissuadere alcune persone dal commettere reati, cioè contribuisce a ridurre il numero dei fatti criminosi”.

⁴⁵⁴ Nota Würtenberger: “Il concetto di colpevolezza ha ottenuto, grazie alle elaborazioni della dogmatica penalistica, una formazione tale da porre in evidenza che oggetto del giudizio giuridico di disapprovazione non è più soltanto il fatto oggettivo, ma anche la personalità dell'agente. È oggi indiscusso che la colpevolezza deve essere anche colpevolezza della personalità”. Cfr. T. Würtenberger, *La situazione spirituale della scienza penale in Germania*, Milano, Giuffrè, 1965, p. 148.

capacità di autodeterminazione del soggetto”⁴⁵⁵. Lo statuto del soggetto agente, dunque, la sua interpretazione dogmatica, condiziona il modo d’intendere la funzione penale e con essa la struttura del reato⁴⁵⁶: sia che si tratti di *Gesinnungsstrafrecht*, sia di *Feindstrafrecht*, sia anche di un diritto d’impronta più marcatamente liberale, la speculazione giuridico penale non può mai eludere, del tutto, l’indagine sugli aspetti personali (del soggetto agente) o, come afferma Bettiol, “arrestarsi sulle soglie di un opaco oggettivismo”⁴⁵⁷.

Nondimeno, all’inizio della sua vicenda evolutiva, la scienza penale, influenzata da correnti illuministiche, aveva anche cercato di guardare esclusivamente al fatto di reato, declinandosi così puro *oggettivismo penale*. Lungo il corso della modernità però ci si è ben presto resi conto di non poter sfuggire del tutto all’analisi sulle condizioni interne – psicologiche --- del soggetto agente: esse, infatti, erano essenziali nella ricostruzione generale dello schema del reato⁴⁵⁸. Questo ha determinato però che sovente si sia proteso verso un pericoloso soggettivismo: è il rischio, infatti, in cui da ultimo sono incorse proprio costruzioni teoriche come quella jakobsiana la quale, partendo da una rigida separazione tra *Feindstrafrecht* e *Bürgerstrafrecht*, edifica intere categorie concettuali come quelle della colpa e della pena in virtù, esclusivamente, dello statuto ontologico del

⁴⁵⁵ G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 169.

⁴⁵⁶ Sottolinea in merito Dini: “Non c’è dubbio che nella elaborazione della teoria moderna del diritto penale vi sia questo vero e proprio sovraccarico della categoria soggetto, fino a costituire l’ontologia fondamentale dell’intera costruzione. È anche vero, però, che proprio tale tipo di costruzione ha significato in molti casi non solo uno sviluppo, ma anche un decisivo avanzamento di fatto. È il caso appunto della colpevolezza: attraverso la definizione di questo concetto, la teoria del reato e della pena si depurerà dal rigido oggettivismo cui l’aveva relegata il processo stesso di autonomizzazione del diritto dalla morale e dalla religione. Rientra con la colpevolezza l’aspetto soggettivo del reato e della pena, l’esigenza di un’analisi psicologica e etica del reato si estende alla stessa pena”. Cfr. V. Dini, *Nulla pena sine culpa. Pena, legge, colpevolezza. Saggio di ricostruzione di un paradigma del pensiero giuridico moderno*, in “Critica del Diritto”, 1--3, 2006, p. 195.

⁴⁵⁷ G. Bettiol, *Sul diritto penale dell’atteggiamento interiore*, cit., p. 110.

⁴⁵⁸ Afferma, infatti, De Giorgi: “Al soggetto era possibile ricollegare l’azione come alla sostanza, attraverso il principio del volere e l’idea della rappresentazione. Nella semantica del movimento *il soggetto* veniva rappresentato insieme come la *positivistica sostanza*, come *l’io penso trascendentale* e come *didattica di sapere e volere*. Il soggetto costituiva una unità complessa che descriveva l’inizio del movimento e la fine alla quale il movimento perveniva attraverso il processo di imputazione”. Cfr. R. De Giorgi, *Azione e motivazione*, Lecce, Milella, 1984, p. 38.

soggetto arrivando, come si è detto, a stabilire l'esistenza di due poli, due tendenze opposte all'interno di un unico sistema ovvero l'ordinamento penale: da una parte il cittadino, dall'altra il nemico contro il quale si agisce, col massimo della durezza e il minimo delle garanzie.

Sul punto, sostiene, infatti, Jakobs: "si tratta di capire se il rigoroso ed esclusivo inquadramento nella categoria di delitto non imponga allo Stato un vincolo – precisamente, la necessità di rispettare l'autore come persona – che nei confronti di un terrorista, che segnatamente non giustifica l'aspettativa di una condotta propria, in termini generali, di una persona, risulti semplicemente inadeguato"⁴⁵⁹. Continuando, la presa di posizione da parte del giuspenalista di Bonn appare ancor più netta: "chi riconduce il nemico all'interno della nozione di delinquente cittadino non deve meravigliarsi se si sovrappongono i concetti di guerra e processo penale. (...) colui che non intende privare il Diritto penale del cittadino delle sue caratteristiche vincolate alla nozione di stato di diritto (...) dovrebbe dare una diversa denominazione alle misure che è *necessario* prendere contro i terroristi se non si vuole soccombere; dovrebbe cioè adottare la definizione di Diritto penale del nemico, o guerra disciplinata"⁴⁶⁰. A riguardo, si è osservato come, in riferimento ad alcune fattispecie di reato – quella associativa in particolare – autorevole dottrina tenda a sfumare le differenze tra diritto e guerra, declinando lo stesso diritto penale come diritto di lotta agente non contro cittadini che insieme decidono di delinquere ma verso entità ostili, operando, dunque, una sorta di diversificazione nello statuto ontologico del soggetto agente⁴⁶¹.

Si badi dunque al fatto che, come si è appena osservato, l'attenzione all'aspetto personologico nella teorica sul reato non è assolutamente una novità ascrivibile ai recenti sviluppi della scienza penale essendone al contrario un elemento costitutivo; ciò significa che la tendenza al soggettivismo ha segnato profondamente lo sviluppo della dogmatica fin

⁴⁵⁹ G. Jakobs, *Diritto penale del nemico*, in M. Donini-M. Papa (a cura di) *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, cit., pp. 18-19.

⁴⁶⁰ *Ibidem*.

⁴⁶¹ Si veda M. Donini, *Il Diritto penale di fronte al "nemico"*, cit., pp. 735 e ss.

già dalla scuola positiva, nel corso del XIX secolo, trovando in essa il suo massimo apogeo e riconoscimento teorico. Da questa, infatti, – dalla scuola positiva e dagli studiosi che ne animarono il dibattito --- “l’attenzione fu spostata dal reato come ente giuridico al reato come fenomeno naturale e sociale. Questo mutamento di prospettiva tendette a trasformare la stessa scienza penale in scienza empirico---sociale, con conseguente ibridismo metodologico e sottovalutazione della funzione individual---garantistica attribuita (...) al diritto penale dalla scuola classica”⁴⁶².

AmMESSO che non spetta sicuramente a noi qui analizzare in tutti i suoi aspetti storico/dottrinari il dibattito scientifico che i positivisti promossero --- esistendo ampia letteratura sull’argomento⁴⁶³ --- si tratterà di stabilire, in un primo momento, un legame tra alcuni di quegli aspetti – appartenenti alla tradizione del positivismo criminologico --- e la proposta avanzata (da Jakobs) sulla natura del diritto penale (del nemico).

Cominciamo allora col dire che un ruolo centrale assume, nella riflessione, l’idea della *responsabilità sociale* e con essa la ridefinizione del concetto di colpa del soggetto autore. Nei positivisti, infatti, “La negazione del libero arbitrio ebbe come conseguenza l’eliminazione dell’idea di colpevolezza individuale e la sua sostituzione con quella di responsabilità sociale: in altri termini, ciascun autore di reato sarebbe da considerare oggettivamente responsabile nei confronti della società per il semplice fatto di realizzare comportamenti dannosi che trovano causa in una condizione soggettiva di pericolosità. Ciò equivale a ritenere che la società sia legittimata a difendersi ricorrendo a misure di controllo del delinquente indipendentemente dalla possibilità di rivolgere all’autore un vero e proprio rimprovero di colpevolezza”⁴⁶⁴.

A riguardo si è preso nota del proliferare delle misure di prevenzione, considerate quali dispositivi di controllo: esse ben si conformerebbero agli schemi euristici del *Feindstrafrecht* quali misure tese alla neutralizzazione

⁴⁶² G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. XXVII.

⁴⁶³ Cfr. Neppi Modena, *Diritto penale e positivismo*, in AA. VV., *Il positivismo e la cultura italiana*, Milano, Franco Angeli, 1985.

⁴⁶⁴ G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. XXVIII.

del soggetto autore considerato come nemico, indipendentemente dal suo grado di colpa nel fatto illecito⁴⁶⁵.

Dunque è sul concetto di colpa individuale – sulla sua negazione --- e sulla sua possibile ri---declinazione come *responsabilità sociale* che occorre soffermarsi. È qui, infatti – nella confutazione dell’idea della colpa individuale --- che si manifesta, a parer nostro, in massimo grado il legame tra la scuola positiva e l’indirizzo sistemico – al quale Jakobs appartiene. In tale orientamento dottrinario, infatti, ossia in quello sistemico, “la colpevolezza è completamente derivabile dalla prevenzione generale e alla sua stregua è altresì graduabile”⁴⁶⁶. Ciò significa che la riflessione sulla colpa – nella teoria sistemica --- segue sempre, subordinandosi, a quella sulla pena quale strumento di ri---stabilizzazione sociale e normativa: in tal senso “l’ascrizione di colpevolezza in tanto è giustificata, in quanto l’attribuzione di responsabilità a un determinato soggetto si riveli necessaria per rimediare alla delusione delle aspettative normative provocata dal reato e per compensare così la perdita di fiducia patita dai cittadini”⁴⁶⁷.

Quello che conta dunque, in tale prospettiva, nella configurazione del (giudizio di) colpevolezza, sono le attese sociali e normative frustrate, in virtù delle quali si muove il complesso pena---colpa all’interno dello schema della prevenzione generale. Sia chiaro: la teoria sistemica, e, in essa, la dottrina jakobsiana sul *Feindstrafrecht*, si mostra, come vedremo, nell’elaborazione del concetto di colpa, conforme ad una tendenza ben consolidata nella scienza giuridica contemporanea, ponendosi tra l’altro – come rispetto alla dottrina della pena --- nettamente al di là della tradizione giuridica propria dell’illuminismo. Se, infatti, nella riflessione illuminista (e postilluminista) – dunque all’interno del campo semantico del classicismo penale --- alla base del discorso sulla colpevolezza stava l’idea del *libero arbitrio*, della possibilità dell’agire diversamente, che derivava

⁴⁶⁵ Sull’attuale schema delle misure di sicurezza/prevenzione, sulle sue criticità, cfr. M. Pelissero, *Quale futuro per le misure di sicurezza*, in “Rivista italiana diritto procedura penale”, 2013, pp. 1266---1290.

⁴⁶⁶ G. Fiandaca, *Considerazioni su colpevolezza e prevenzione*, in “Rivista italiana diritto procedura penale”, 1987, p. 860.

⁴⁶⁷ Ivi, p. 861.

dall'immagine dell'uomo quale protagonista e motore della società, e che ispirava una certa idea della pena intesa quale mezzo di retribuzione giuridica (per il fatto commesso) e di rieducazione civile e morale, in Jakobs – e, scendendo sul piano dell'effettività, in certe manifestazioni del diritto penale moderno --- lo stesso giudizio di colpevolezza sovente degrada a “costrutto”, a mera ipotesi finzionalistica, o più precisamente a “fenomeno sociopsicologico di ascrizione normativa finalizzata a scopi di stabilizzazione sociale”⁴⁶⁸.

Nei fatti, dunque, “L'affievolirsi della disputa sul libero arbitrio è anche conseguenza del mutato rapporto tra la categoria della colpevolezza e la concezione relativa alle funzioni della pena. Fintantochè ha storicamente predominato la concezione retributiva, la pena era concepita come una reazione avente come scopo di compensare la colpevolezza del reo: e, in quest'ottica eticamente orientata, non avrebbe avuto alcun senso parlare di compensazione della colpevolezza se il reato non fosse stato frutto di una scelta fondata, appunto, sulla libertà del volere del soggetto”⁴⁶⁹. Oggi non è più così, a prevalere, infatti, è l'esigenza di una prevenzione latente allo strumento penale: “Nell'attuale momento storico, caratterizzato da una concezione più laica e secolarizzata dei compiti del diritto penale, e dal conseguente predominio della teoria preventiva della pena (...) La colpevolezza invero si spoglia di implicazioni eticizzanti”⁴⁷⁰. È inevitabile, allora, che, seguendo questo modello di interpretazione – centrato sull'idea della pena quale strumento di stabilizzazione sociale e giuridica e sulla colpa quale mezzo di mera ascrizione normativa del fatto illecito ---, la stessa categoria di soggetto (autore) sia destinata a trasformarsi in un corpo artificiale, perdendo il proprio status di ente morale e acquisendo, al contrario, perciò, la forma di “centro di imputazione di responsabilità in

⁴⁶⁸ *Ibidem*.

⁴⁶⁹ G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 169.

⁴⁷⁰ *Ibidem*.

quanto strumento di una punizione simbolica e di una funzione preventivo---integratrice”⁴⁷¹.

Non desideriamo anticipare ora questioni che saranno sviluppate in seguito ma ci preme porre l’attenzione su un punto: se la soggettività (penale) in Jakobs, nei teorici della scuola sistemica e, cosa più importante --- se non si sottrae lo sguardo dalla realtà del diritto – in certa recente prassi securitaria, appare come una costruzione simbolica, una maschera, una funzione in grado di attribuire responsabilità sociali e quindi risolvere i vari conflitti maturati in seguito alla caduta delle aspettative (nella vigenza delle norme) che i rispettivi reati determinano, “di conseguenza viene escluso dall’ambito delle persone” alle quali, come visto, è possibile secondo Jakobs attribuire responsabilità sociali in quanto titolari di aspettative “colui che non può beneficiare di nessun diritto né sopportare alcun dovere”⁴⁷².

La colpa (intesa in senso funzionale) serve quindi da scudo per giustificare la reazione dell’ordinamento, teso alla salvaguardia generale (della vigenza) delle norme. Essa, come la pena, s’inscrive in una logica precisa: “Rafforzare la validità della norma, stabilizzarla, è definita prevenzione generale positiva, e solo a questo scopo deve servire il giudizio di colpevolezza rispetto al comportamento contrario alle norme, soltanto questo scopo deve costituire il contenuto del concetto di colpevolezza”⁴⁷³.

Dunque, la pena, come la colpa, intese entrambe nell’ottica funzionale, favorirebbero un certo riduzionismo nello statuto ontologico del soggetto agente: l’idea di una funzionalizzazione del giudizio di colpevolezza, infatti, comporta inevitabilmente una degradazione generale del soggetto il quale, nella sua duplice veste di responsabile cognitivo e fattuale del reato, è destinato ad essere rappresentato non più come individuo che, nella sua

⁴⁷¹ G. Fiandaca, *Considerazioni su colpevolezza e prevenzione*, cit., p.862.

⁴⁷² G. Jakobs, *Diritto penale del nemico*, in M. Donini---M. Papa (a cura di) *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, cit. Scrive l’autore (p. 6): “a colui che delinque reiteratamente, compiendo illeciti penali ben più gravi di mere bagatelle, in quanto individuo pericoloso, si impedisce concretamente di impedire ulteriori reati, mediante la custodia di sicurezza (...). In termini kantiani: si impone la segregazione nei confronti di chi non consente di essere incluso nel consorzio civile”.

⁴⁷³ G. Stratenwerth, *Il concetto di colpevolezza nella scienza penalistica tedesca*, in “Materiali per una storia della cultura giuridica”, 1, 1998, p.223.

sfera di autonomia (la libertà del volere), decide di commettere un fatto illecito e per questo punito, ma, al contrario, viene considerato come un mero accidente ai fini dell'ascrizione di responsabilità, o, detto più correttamente, come una costruzione normativa che risponde, in ogni istante, dell'artificialità del giudizio di imputazione⁴⁷⁴.

In riferimento a questo indirizzo s'esprime criticamente Roxin, per il quale, "questo approccio" di tipo rigorosamente funzionale al problema della colpa "condurrà ad una strumentalizzazione totale dell'individuo a favore dell'interesse collettivo e spoglierà il principio di colpevolezza della forza di proteggere il singolo dagli eccessi preventivi della potestà di punire"⁴⁷⁵. Ci sembra comunque che, sposando una interpretazione meramente funzionale della colpa, Jakobs, e con lui parte della dottrina penale moderna⁴⁷⁶, sottovalutino il ruolo che la categoria di colpevolezza ha assunto nella modernità: tale ruolo è stato infatti quello di limitare, sistematicamente, l'arbitrio del potere sovrano quand'esso svolga una funzione punitiva⁴⁷⁷. Secondo Jakobs però, il quale da par suo desidera sgombrare il campo da possibili fraintendimenti, tale rischio non esisterebbe, per il fatto che i soggetti sono tali per essere parte di rapporti sociali e che tali rapporti sociali hanno una loro razionalità determinata, nel senso che hanno sempre una forza di coazione (*Sachzwang*)⁴⁷⁸ ad essi sottesa. Ciononostante concordiamo con l'obiezione di Roxin, rivendicando come l'idea della colpa, qui intesa in senso funzionale, possa condurre ad una crisi della colpevolezza nei suoi tratti deontici, tramutandosi in un

⁴⁷⁴ Scrive Jakobs a proposito di questo soggetto artificializzato: "l'oggetto della valutazione" del giudizio di colpevolezza "è ormai solo una costruzione". Cfr. G. Jakobs, *Schuld und Prävention*, Tübingen, 1976, p. 8.

⁴⁷⁵ La critica roxiniana è contenuta e riproposta in G. Jakobs, *La funzione del dolo, della colpa e della colpevolezza nel diritto penale*, in L. Mazza (a cura di) *Studi sulla colpevolezza*, Torino, Giappichelli, 1990, p. 4.

⁴⁷⁶ Soprattutto di orientamento tedesco. Si veda tra gli altri P. Noll, *Schuld und Prävention unter dem Gesichtspunkt der Rationalisierung des Strafrechts*, in *Festschrift für H. T. Mayer*, 1966. In tal senso per Noll (p. 227) "la prevenzione normativa agisce soprattutto non con l'intimidazione per mezzo della minaccia della pena, ma attraverso l'orientamento e l'appello alla comprensione e alla capacità di autodeterminazione".

⁴⁷⁷ Cfr. L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit.

⁴⁷⁸ G. Jakobs, *La funzione del dolo, della colpa e della colpevolezza nel diritto penale*, cit.

giudizio sulla personalità del soggetto agente e quindi, di fatto, operandone una sua indubbia strumentalizzazione.

Si badi: la funzionalizzazione della colpa (e della pena) a scopi di mera prevenzione appare come un fenomeno più generale, all'interno della dogmatica contemporanea⁴⁷⁹, non riconducibile certo alla sola riflessione jakobsiana. Lo stesso sostiene Roxin che, pur rifiutando, come visto, una teoria meramente funzionale della colpa, dichiara che "si deve riconoscere che il concetto di colpevolezza contiene in sé alcuni aspetti preventivi". Si tratta, dunque, di una tendenza ben radicata: molti cioè rivestono la categoria di colpevolezza di un senso teleologico che trascende la dimensione del soggetto⁴⁸⁰.

In tal senso, però, una teoria funzionale della colpa determina un radicale cambio di prospettiva rispetto alla struttura stessa del reato. Scrivono Fiandaca e Musco: "Secondo una parte della dottrina contemporanea, la colpevolezza quale presupposto del reato riceve oggi una rinnovata legittimazione proprio grazie al suo rapporto di strumentalità rispetto alla

⁴⁷⁹ Scrive quasi provocatoriamente Jakobs: "Nell'ordine di idee che ho qui illustrato non si tratta però di una sostituzione del diritto penale esistente con qualcosa di nuovo, ma di una interpretazione del diritto penale così come vige. Le proposte di cambiamento sono volte solo a correzioni marginali. In questa situazione, ogni trattamento politico---criminale o moralizzante del risultato dell'analisi è fuori luogo: il riferimento alla realtà del diritto penale da me operato non dipende da particolari concezioni politico---criminali o morali. Se l'interpretazione è giusta, si dovrebbe, se non piace, criticare la realtà interpretata, cioè il diritto penale vigente, ma non l'interpretazione stessa, come se si volesse eliminare il fastidio che provoca un messaggio condannando il suo latore!". Cfr. G. Jakobs, *La funzione del dolo, della colpa e della colpevolezza nel diritto penale*, cit., pp. 41 e ss.

⁴⁸⁰ Per una rassegna, oltre a Jakobs, dell'idea della colpa in senso funzionale, cfr. G. Fiandaca, *Considerazioni su colpevolezza e prevenzione*, cit., pp. 836---880. Di particolare importanza è la posizione di Roxin. Cfr. C. Roxin, *Sul problema del diritto penale della colpevolezza*, in "Rivista italiana diritto procedura penale", 1994, pp. 13 e ss. Spiega l'autore (p. 36): "Non è possibile venire a capo della problematica dei rapporti tra colpevolezza e prevenzione liberando la colpevolezza da tutti gli elementi degli scopi della pena per poter porre i concetti in un puro rapporto di antitesi. Piuttosto, fin quando può essere accertata nella prassi forense, è già contenutisticamente determinata da esigenze di prevenzione. Ma, capovolgendo le precedenti posizioni, neppure si possono accogliere, come è stato recentemente tentato, tutte le prospettive specialpreventive oppure solo tutte le prospettive generalpreventive, così da far sparire il carattere antinomico di colpevolezza e prevenzione. Piuttosto si deve riconoscere che il concetto penalistico di colpevolezza contiene in sé alcuni elementi preventivi, ma non altri, così che subentrano reciproche limitazioni del potere punitivo, che si atteggiavano diversamente per la colpevolezza come fondamento della pena e per la colpevolezza per la commisurazione della pena".

funzione preventiva della pena”⁴⁸¹. Nei fatti ciò che si è verificato, come detto, è lo sganciamento del principio di colpevolezza dall’idea della retribuzione: “L’entrata in crisi della tradizionale concezione retributiva della pena – dovuta ad un complesso di fattori che vanno dal fallimento della prassi penale ad essa ispirata allo stesso orientamento interventista dello stato sociale di diritto che si preoccupa sempre più di rimuovere le cause della delinquenza – solleva il problema di una nuova giustificazione della categoria della colpevolezza”⁴⁸².

Proprio il fallimento – o mutamento – della idea della retribuzione indurrebbe dunque a questa nuova configurazione del concetto di colpevolezza, intesa in senso funzionale. Sia chiaro: il paradigma classico della colpa, come quello della pena, sono da tempo oggetto di un profondo ripensamento. Nondimeno alcuni ancora si battono affinché “la funzione garantistica di limite all’intervento punitivo statale che la colpevolezza svolge” possa rappresentare ancora “un’acquisizione indiscutibile e di particolare significatività sul piano della tutela del diritto di libertà individuale”⁴⁸³.

Ricapitolando: come visto in relazione allo statuto della colpa, essa, secondo lo schema classico, presuppone l’attribuzione di un evento ad un soggetto, partendo dal suo grado di responsabilità personale nel fatto (illecito). In tal senso s’indaga il potere di signoria del soggetto stesso in riferimento all’evolversi della condotta (delittuosa): “in forza di questa condizione, che corrisponde al cosiddetto elemento soggettivo o psicologico del reato, nessun fatto o comportamento umano ha il valore di un’azione se non è frutto di una scelta; né conseguentemente può essere punito, e prima ancora proibito, se non è intenzionale, cioè commesso con coscienza e volontà da una persona capace d’intendere e di volere”⁴⁸⁴.

⁴⁸¹ G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 285.

⁴⁸² Ivi, p. 284.

⁴⁸³ Cfr. S. Moccia, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, Esi, 1992.

⁴⁸⁴ L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., p. 491.

Il problema allora, riguardo alla affermazione della categoria della colpa – intesa in senso funzionale – è dato dallo svuotarsi, integrale, dell'elemento soggettivo o psicologico del reato: qui sta il senso e l'importanza della svolta teorica jakobsiana. Se, infatti, si afferma che, verso colui che non può essere definito come persona, perché rifiuta l'inserimento nel contesto sociale, l'azione penale prescinde da ogni valutazione in merito all'evolversi condotta, « essa re---agisce cioè sistematicamente contro un nemico – l'indagine sul livello di responsabilità individuale muterà radicalmente.

Di fatto, una scelta --- quella jakobsiana --- che collega l'imputabilità, il grado di responsabilità penale, al ruolo sociale. Scrive, sul punto, Jakobs: “Un individuo che rifiuta di obbligarsi ad entrare a far parte dello stato civile non può fruire dei benefici legati alla qualità di persona”⁴⁸⁵. Ciò, come detto, mette in crisi il *principio deontico della colpevolezza*: questa, infatti, la colpevolezza, “consistendo in una modalità deontica pur connotata psicologicamente, è esclusivamente una qualificazione giuridica dell'azione e non del suo autore. Solo un'azione, infatti, e non anche una persona o un suo stato personale, può essere argomento di modalità deontiche e prima ancora aletiche”. Nello specifico, “Di una persona si può dire che ha la possibilità e quindi il dovere di agire diversamente da come agisce, non già di essere diversa da quella che è”⁴⁸⁶.

Il giudizio di colpevolezza dovrebbe riguardare – volendo partire da una prospettiva che abbia in conto, pienamente, le garanzie del soggetto --- “insomma l'agire, o se si preferisce il volere, ma non l'essere dell'agente”⁴⁸⁷, la sua struttura deontologica, non ontologica. Se si vuole quindi riflettere la categoria di colpevolezza in una dimensione deontica e non ontica, sembra necessario approfondire, assumendo una posizione critica, la relazione tra individuo e persona, così come espressa dalla teoria jakobsiana ovvero trattenendosi e discutendo sul valore che ivi si attribuisce alla categoria di

⁴⁸⁵ G. Jakobs, *Diritto penale del nemico*, in M. Donini---M. Papa (a cura di) *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, cit. Scrive l'autore (p. 14) “nessun contesto normativo, quale è anche quello della cittadinanza, si auto---afferma. Al contrario, esso deve anche mirare ad orientare, a grandi linee, la società; solo in tale misura può dirsi reale”.

⁴⁸⁶ L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., pp. 504-505.

⁴⁸⁷ *Ibidem*.

persona, la quale sembra perdere la sua forza concettuale, sembra cioè ridursi alla categoria asfittica di *soggetto funzionale di diritto*. Avremo quindi, da una parte, nello sviluppo della nostra analisi, l'universo assiologico che, frutto della tradizione giuridica continentale, si è formato intorno al soggetto (di diritto), dall'altra i recenti studi che pongono la persona, intesa in un senso meta giuridico, al centro di una riflessione che coinvolge valori quali quelli della solidarietà e della dignità. Ma avanziamo per gradi.

3.2 Sulla relazione tra colpa (Schuld) e fine (Zweck): la teoria penale nel giovane Schmitt e la sua vicinanza alla scuola sistemica

Prima, dunque, di affrontare un simile percorso, a conclusione del nostro lavoro – impresa che sicuramente presenta un certo livello di difficoltà, data l'enormità del campo semantico riferibile al doppio sintagma persona/soggetto (di diritto) – ritorniamo alla dottrina della colpa, finora soltanto abbozzata. In riferimento a quest'ultima, considerata euristicamente nella prospettiva funzionale, ad una prima analisi è possibile riconoscere come l'idea, sottesa ad essa, di un orientamento allo scopo, non rappresenta una novità assoluta o un elemento inedito all'interno del dibattito scientifico – in special modo di area tedesca.

Dell'idea della colpa in senso funzionale, intesa cioè quale costruito, quale mezzo di ascrizione normativa – del fatto illecito --- ai fini di una stabilizzazione sociale e normativa, rivolta cioè allo scopo della preservazione dell'ordine --- si possono ritrovare, infatti, quantomeno nelle premesse del discorso, dei residui, delle tracce, già in autori precedenti della tradizione tedesca. Come rileva lo stesso Jakobs, agli albori della scienza penale, “già von Liszt ha dimostrato che i concetti propri del diritto penale pensati al di fuori dell'idea di uno scopo non contengono alcun criterio per la determinazione della pena”⁴⁸⁸.

⁴⁸⁸ G. Jakobs, *La funzione del dolo, della colpa e della colpevolezza nel diritto penale*, cit., p. 41.

Ma, andando al di là di von Liszt, e rivolgendoci ad un autore di cui si è già discusso – a proposito dei reati contro lo Stato persona --- e sul quale in seguito ritorneremo, trattando della dottrina dell’eccezione, (*Ausnahmehzustandlehre*), è nell’opera giovanile di Carl Schmitt – che della scienza giuridica tedesca è stato ispiratore e maestro – sviluppata proprio “Sulla colpa e i tipi di colpa” (*Über Schuld und Schuldarten*), che può ritrovarsi, nello sviluppo del concetto di colpa, una attenzione alla dimensione funzionale, teleologica, orientata cioè al concetto di fine (*Zweck*). Quello che qui si sostiene, è, cioè, in sintesi, l’esistenza di un nesso tra teoria sistemica --- la quale attribuisce, come detto, all’idea della colpa uno scopo sociale assegnando al soggetto agente la caratteristica di essere “centro di imputazione di responsabilità in quanto strumento di una punizione simbolica e di una funzione preventivo---integratrice” -- e l’idea espressa e sviluppata – sulla colpa --- da quel primissimo Schmitt. Ma procediamo con ordine. Sebbene il giurista di Plettemberg non possa essere annoverato tra i penalisti ortodossi – al centro del suo pensiero sta, come visto, l’idea del Politico ed i suoi interessi giuridici lo vedono spaziare tra piano costituzionale e piano internazionalistico della riflessione --- egli nondimeno condurrà il suo esordio scientifico proprio nel campo penale, sotto la supervisione del professor Fritz van Calker⁴⁸⁹. La pubblicazione della sua tesi di laurea, infatti, avvenuta nel 1910, avente come tema, come detto, proprio quello della *Schuld* – della colpa ---, segnerà il suo ingresso nel dibattito dottrinario dell’epoca, caratterizzato dalla disputa tra neokantismo e positivismo.

⁴⁸⁹ Cfr. S. Pietropaoli, *Schmitt*, Roma, Carocci, 2012. Nota l’autore (p. 18): “Nella sua tesi Schmitt sostiene che la responsabilità giuridica non può essere dedotta da una singola norma incriminatrice, ma deve essere desunta dall’ordinamento nel suo complesso. In polemica con la dottrina relativistica propugnata da Gustav Radbruch, Schmitt sostiene che la separazione tra foro interno e foro esterno deve essere declinata nel senso della distinzione tra peccato e colpevolezza. Occorre tuttavia, raccomanda Schmitt, non cadere nell’errore di ritenere indifferente per il diritto tutto ciò che accade nella sfera interiore dell’individuo. Il dolo e la negligenza – i due termini ai quali egli dedica maggiore attenzione – secondo Schmitt sono concetti propriamente giuridici. Essi collegano l’interiorità del soggetto con la realtà dei fatti, attraverso un meccanismo di imputazione basato non su nessi eziologici, ma sull’analisi della finalità perseguita dall’individuo. Qualora questa finalità individuale sia in contrasto con le finalità dell’ordinamento giuridico, emerge un profilo di colpevolezza”.

Ma, andando al punto nodale della questione, e tralasciando questioni particolari in ordine alla *Begriffsgeschichte* del tempo, qual è quest'idea di fondo, sottesa alla teoria della colpa in Schmitt? Perché essa suscita delle analogie, dei paralleli, con la dottrina della colpa sviluppata nel corso dell'ultimo trentennio da parte della scienza giuridica tedesca – in particolare quella d'indirizzo funzionalista sistemico ---, della quale Jakobs, come detto, è stato (ed è) uno dei maggiori esponenti?

Uno dei principali punti di contatto tra le due concezioni (inerenti lo statuto della colpa) – quella schmittiana e quella sistemica – sarebbe dato dalla critica del libero arbitrio e dall'opinione che il giudizio di colpevolezza debba svincolarsi da qualsiasi valutazione di tipo spirituale o personalistico e debba orientarsi, invece, al fine, allo scopo (Zweck), in vista di una ri-stabilizzazione normativa: “ciò vuol dire che in essa”, nella colpa, “è da riscontrare certamente un momento spirituale il quale però non è deducibile muovendo dalla singola persona come soggetto psicologico, ma trova la sua determinazione nell'essere oggetto di un giudizio di disvalore (Unwertuteil) espresso dal diritto vigente”⁴⁹⁰ . Questo vuol dire che il giudizio di colpevolezza s'inscrive in una logica di sistema – rectius funzionale al sistema ---, per cui per Schmitt – e per i giuristi come Jakobs – “la struttura formale del concetto di colpa anziché dominata da un processo intersoggettivo interiore, si mostra al contrario dominata dall'idea del fine (Zweck)”⁴⁹¹ . Il fine (Zweck) segna dunque – nella comune prospettiva funzionalista --- l'intera dinamica del giudizio di colpevolezza: in questo quadro la colpa è l'espressione di una contraddizione tra il soggetto – la sua sfera d'azione – e lo scopo generale dell'ordinamento – l'insieme di interessi, valori, sotteso al diritto vigente; essa, la colpa, è frutto cioè di una “concreta posizione di fini non corrispondente ai fini del diritto da parte di un uomo capace di intendere e volere, in cui era possibile la coscienza della contrarietà al dovere” (Schuld ist die Konkrete, den Zwecken des Rechtes

⁴⁹⁰ A. Calabrese, *Colpa e decisione negli scritti giuspenalistici di Carl Schmitt (1910---1912)*, in “Logos. Rivista del dipartimento di Filosofia A. Aliotta. Università degli studi di Napoli Federico II”, 7, 2012, p. 47.

⁴⁹¹ *Ibidem*.

nicht entsprechende Zwecksetzung eines zuruchnungsfähigen Menschen, bei dem das Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit möglich war)⁴⁹².

Perdono valore dunque – o quantomeno non ricoprono più un ruolo essenziale --- le circostanze personali del soggetto agente --- figlie di un processo cognitivo complesso e difficilmente indagabile --- le quali acquistano rilevanza solo nel momento in cui conducono ad una azione in grado di porre in questione la vigenza/validità dell'ordinamento: la colpa, scrive Schmitt, è cattiva volontà, "giuridicamente viziata (böser)"⁴⁹³. Quello che porta alla colpa, quindi, è l'intersecarsi dell'azione individuale (illegittima) con il sostrato valoriale dell'ordinamento: tornando a Jakobs, infatti, si afferma che "la norma prescrive ciò che in generale non può sussistere da solo. Vale a dire: è colpevole chi non si adatta alla funzione di una norma autoregolatrice. È questo è il concetto di colpevolezza funzionale"⁴⁹⁴.

Sia chiaro: il sistema teorico, sviluppato da Schmitt sul concetto di colpa, trova radice in un contesto culturale chiaramente diverso – caratterizzato, lo ripetiamo, dalla disputa tra neokantismo e positivismo --- da quello in cui opera Jakobs --- la cui vicinanza col sociologismo di Durkheim e con la teoria dei sistemi di Luhmann è stata precedentemente riconosciuta. È un sistema speculativo, chiaramente ancora poco maturo, quello del giovane Schmitt, dal punto di vista scientifico, quantomeno incompleto; nondimeno quello che può interessare, qui, è riflettere sulle analogie, sui condizionamenti, anche impliciti, che il giurista di Plettemberg si trovò ad esercitare, anche inconsapevolmente, su parte della dottrina penale – di area tedesca – a lui coeva e successiva all'esordio di quella che sarà una vicenda intellettuale ricca e complessa.

L'importanza di Schmitt, dunque, nell'elaborazione del concetto di colpa, sta nell'aver affrontato, ai primi del '900, la relazione di quest'ultima col fine (Zweck), relazione che sarà poi riproposta da Jakobs e dai teorici della

⁴⁹² C. Schmitt, *Über Schuld und Schuldarten*, Breslau, Schletter, 1910, p. 92.

⁴⁹³ Ivi, p. 51.

⁴⁹⁴ G. Jakobs, *La funzione del dolo, della colpa e della colpevolezza nel diritto penale*, cit., p. 39.

scuola sistemica: se, infatti, come ricordato, per Schmitt, “colpa è cattiva volontà” (Schuld ist böser Wille) “l’agire umano può essere caratterizzato come azione volontaria solo attraverso il volere, il volere solo attraverso lo scopo” (Das Handeln des Menschen kann als Willensbetätigung nur durch das wollen charakterisiert werden, das Wollen nur durch den Zweck)⁴⁹⁵. L’idea di un giudizio di colpevolezza caratterizzato quindi teleologicamente – valutato cioè in base al grado di contrarietà rispetto ai fini dell’ordinamento – rappresenta a ben vedere un concetto ben sedimentato nella scienza giuridico penale – soprattutto, come osservato, di area tedesca. Esso cioè non può essere ascritto al solo Jakobs, il quale a suo modo lo rilancia adducendo che “se una colpevolezza priva di scopi dovesse costituire un principio di commisurazione, allora tale principio, se avesse mai un proprio autonomo significato, bloccherebbe il proponimento di una pena fornita di scopo fino alla sua inconoscibilità. Questi scopi non sarebbero più veri scopi, e dato che punire senza uno scopo non è voluto da nessuno, la considerazione di una colpevolezza senza scopo, ammesso che sia possibile, annullerebbe la legittimità stessa della pena”⁴⁹⁶.

È abbastanza evidente inoltre – è tale rappresenta una delle nostre principali obiezioni --- come una tale asserzione – riguardante lo statuto teleologico della colpa --- possa essere letta e interpretata nel quadro di una concezione “organicistica” del giudizio di colpevolezza, la quale risulta, come categoria del reato, meramente adesiva alle logiche del potere. “In effetti” si è scritto, “la teoria della prevenzione generale positiva” nella quale si sviluppa perfezionandosi l’idea della colpa in senso funzionale, “limitandosi a spiegare la funzione sociale del diritto penale, si risolve in una dottrina puramente descrittiva del potere punitivo, come tale esposta al rischio dell’apologia dei sistemi penali vigenti, anche di quelli illiberali”⁴⁹⁷.

⁴⁹⁵ C. Schmitt, *Über Schuld und Schuldarten*, cit., p. 54.

⁴⁹⁶ G. Jakobs, *La funzione del dolo, della colpa e della colpevolezza nel diritto penale*, cit., pp. 41-42. Vedi anche G. Jakobs, *Schuld und Prävention*, cit.

⁴⁹⁷ F. Giunta, *Principio e dogmatica della colpevolezza nel diritto penale d’oggi. Spunti per un dibattito*, in “Rivista italiana diritto procedura penale”, 2002, p. 132.

Lungo la stessa direzione, sostenendo la natura funzionale e sistemica della categoria di colpa, sempre Jakobs afferma che “bisogna valutare quali obblighi ha il singolo nei confronti della società, (...), e fin dove la società deve adeguarsi alla individualità del singolo”⁴⁹⁸. Osserveremo tutte le criticità di una tale impostazione, nella quale imputazione e pena sono strettamente dipendenti dal contesto sociale, dove il singolo è funzione del tutto vivendo in rapporto allo scopo della preservazione normativa e sociale dell’ordinamento.

3.3 La dignità quale valore costituzionale operante contro il giudizio di colpevolezza in senso funzionale

Si è accennato, dunque, a quanto una concezione funzionale della colpa possa condizionare l’interpretazione dello statuto ontologico del soggetto agente, nel senso di una sua generale *artificializzazione*. Per tale ragione, la persona emerge – nella teorica jakobsiana --- quale costruzione sociale, spettro di aspettative normative, e come tale si pone rispetto alla possibilità di essere centro di imputazione.

Invero, per puntualità e precisione d’analisi, sarebbe più corretto dire che, rispetto a questa, in relazione cioè alla categoria di colpa vista in senso funzionale, è d’obbligo andare fin oltre Jakobs (e a Schmitt) tornando (di nuovo) a Hegel. È possibile affermare, infatti, che è in Hegel, per primo, che, nell’ambito della teoria moderna del reato, il giudizio di colpevolezza tende in qualche modo a funzionalizzarsi, divenendo cioè come detto “fenomeno sociopsicologico di ascrizione normativa finalizzata a scopi di stabilizzazione sociale”⁴⁹⁹. A tale proposito, dunque, anche rispetto alla categoria della colpa, come rispetto alla pena, è possibile tracciare un filo che colleghi tra loro Hegel a Jakobs: tale filo è tenuto su dal concetto di

⁴⁹⁸ G. Jakobs, *La funzione del dolo, della colpa e della colpevolezza nel diritto penale*, cit., p. 15 e ss.

⁴⁹⁹ G. Fiandaca, *Considerazioni su colpevolezza e prevenzione*, cit., p.860.

ascrizione, di matrice teorica hegeliana⁵⁰⁰. Scrive, sul punto, Seelmann: “Con la finzione motivata in senso politico---criminale la dottrina dell’imputazione di Hegel a livello della società civile si avvicina metodologicamente alla dogmatica penale funzionalistica dei nostri giorni”⁵⁰¹. Questo perché, come in Hegel, “la dogmatica penale funzionalista cerca in particolare di interpretare i concetti giuridici inerenti al lato soggettivo del fatto unicamente a partire dalle loro funzioni nel sistema penale, dalla necessità politico---criminale delle conseguenze giuridiche. Concetti come dolo, colpa, o colpevolezza vengono sganciati dalle condizioni psichiche e ciò indipendentemente dal fatto se si ritenga possibile o meno verificarli”⁵⁰².

Se il giudizio di colpevolezza si trova, insieme alla pena, ad essere pensato, come il riflesso di un processo dinamico, di varia complessità, che conduce infine ad una ri---stabilizzazione normativa e sociale dell’ordinamento, con evidente messa in discussione della funzioni garantistiche sottese al giudizio di colpevolezza stesso, ciò non rappresenta, lo ripetiamo, una novità dogmatica assoluta all’interno della scienza penale.

Se si volesse tentare, infatti, un’operazione metacritica della scienza penale, sul versante della teoria funzionale della colpa, Jakobs si avvicinerebbe alle posizioni di suoi illustri predecessori --- siano essi, come poc’anzi riferito Schmitt, nella sua veste di studioso giovanile delle questioni penali o, soprattutto, l’illustre filosofo di Stoccarda.

Sia in Schmitt, infatti, come in maniera più sistematica in Hegel, e nella dottrina penale di orientamento hegeliano, l’atto dell’imputazione si presenta come l’espressione e il risultato non già di una verifica delle condizioni “interne”, “psicologiche” del soggetto agente – ipotesi che si concreta e si realizza nell’idea del libero arbitrio ---, ma esso – l’atto di imputazione – viene al contrario posto in essere in base e in virtù delle esigenze che sono di volta in volta quelle di profilassi e difesa sociale, di ristabilimento dell’ordine violato.

⁵⁰⁰ Cfr., in tema di ascrizione, K. Seelmann, *Le filosofie della pena di Hegel*, cit., pp. 47 e ss.

⁵⁰¹ Ivi, p. 56.

⁵⁰² *Ibidem*.

In tal senso, ancora Jakobs afferma che “La valutazione dello stato psicologico dell’autore può discolorare solo nella misura in cui si inserisca in un preciso contesto sociale”⁵⁰³. Nel corso del giudizio di colpevolezza --- in senso funzionale – rilevanti, dunque, appaiono le aspettative di prevenzione scaturenti dalla società e non il fatto, la situazione psichica singolarmente presa: o meglio, se quest’ultima – la situazione psichica del soggetto --- assume un ruolo, ciò, come visto, è il riflesso di un processo di strumentalizzazione, il quale determina un totale ripiegamento dello statuto personale del soggetto alle logiche autopoietiche del sistema giuridico⁵⁰⁴.

Ciò che entra in crisi dunque – nel filone interpretativo che, discutendo dei principi assiologici, parte da Hegel, con la concettualizzazione della categoria di *ascrizione*, giungendo a Jakobs – è la libertà del volere, il complesso degli elementi costitutivi (della colpevolezza) che rimandano alla tradizione classico---illuminista del diritto penale. Alla base della concezione illuministica della colpevolezza stava, infatti, come visto, l’idea del libero arbitrio, che esplicava un grado di autonomia del soggetto agente al quale, nel momento in cui sceglieva di delinquere, veniva ricondotta una sanzione orientata alla retribuzione (morale e giuridica) per il fatto commesso.

Insistere, allora, sulle evidenti aporie nello sviluppo del concetto di colpevolezza, testimonia una contrapposizione difficilmente risolvibile: insomma, nelle due concezioni della colpa cui si è fatto finora riferimento – quella moderna di carattere funzionale e quella facente capo alla tradizione illuminista --- “Il problema è quello, antichissimo, dell’alternativa tra determinismo e libero arbitrio, che ha attraversato tutta la storia del pensiero filosofico occidentale. Secondo le ipotesi deterministiche e le loro

⁵⁰³ G. Jakobs, *La funzione del dolo, della colpa e della colpevolezza nel diritto penale*, cit., pp. 42 e ss.

⁵⁰⁴ Per Fiandaca “in una simile prospettiva di fondo la colpevolezza si priva di supporti empirici riferiti all’autore, e il suo guscio vuoto finisce col racchiudere una mera esigenza di imputazione formale: l’esigenza cioè che qualcuno sia chiamato a rispondere personalmente del fatto lesivo, per le esigenze normativo---sociali che hanno a che fare poco con il soggetto che ha delinquito e molto, invece, con i bisogni collettivi di punizione”. Cfr. G. Fiandaca, *Considerazioni su colpevolezza e prevenzione*, cit., p.862.

molteplici varianti (fatalistiche, teologiche, meccanicistiche, idealistico---storicistiche, economicistiche e simili), ogni fenomeno del mondo – e quindi non solo le azioni, ma anche le intenzioni (ossia la somma della loro coscienza e volontà) di commetterle – è l'effetto necessario e perciò inevitabile di cause assolutamente condizionanti di tipo fisico, o psichico, o ambientale, o economico o sociale, a loro volta condizionate da altre cause di tipo analogo e parimenti condizionanti e condizionate in una specie di regresso all'infinito. Viceversa, secondo le ipotesi del libero arbitrio, la volontà umana è normalmente libera e incondizionata, nel senso che tutti gli esseri razionali hanno la facoltà di autodeterminarsi e sono padri e padroni delle loro azioni”⁵⁰⁵.

In riferimento allora alla prestazione teorica jakobsiana, e in generale ad alcune correnti del pensiero penale contemporaneo, si può dire che si proceda ad una limitazione categoriale dell'autonomia e della capacità di autodeterminazione del soggetto agente e in generale ad uno svuotamento della categoria tradizionale di colpevolezza: per Moccia – un giurista sicuramente lontanissimo da Jakobs --- è giusto infatti che “In una dimensione preventiva della pena, adeguata ai principi dello stato sociale di diritto, di ascendenza anche contrattualistica, (...) a fronte di gravi turbative della pacifica coesistenza, lo Stato possa essere legittimato ad intervenire con la sanzione penale a prescindere da problemi di ontologica libertà o di subiettiva riprovevolezza, preoccupandosi di stabilire la misura della presenza nel soggetto della capacità di recepire il dettato normativo e di orientare secondo i parametri da questo predisposti la sua risposta sanzionatoria”⁵⁰⁶.

Ciò che si segnala, dunque, in tali orientamenti, è il pensare il singolo solo in funzione del tutto (l'ordinamento sociale e giuridico) e il processo che conduce alla sanzione come la conseguenza logica di tale assunto; tale concezione, insomma, ci porta, e qui ritorniamo alle riflessioni di partenza,

⁵⁰⁵ L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., pp. 496-497.

⁵⁰⁶ S. Moccia, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, cit. L'autore parla, a proposito della colpa e della pena, che tali serbano una funzione di integrazione sociale.

ad un ripensamento generale dello schema euristico della persona. Secondo Jakobs, infatti, “il concetto di persona si limita a quello di persona in Diritto” in tal senso “A chi non è una persona in diritto lo si denomina individuo”⁵⁰⁷. Secondo tale prospettiva, dunque, “La capacità di autodeterminazione (...) non è solo il presupposto, ma anche la conseguenza della socialità. Al di fuori di un mondo oggettivo vincolante (...) non vi è soggettività e viceversa”⁵⁰⁸.

Muovendo allora da tale premessa – che come vedremo riconduce la persona alla dimensione del soggetto funzionale di diritto – il nemico è, di converso, colui che non può essere destinatario di diritti e doveri, essendosi sottratto ad ogni responsabilità giuridica. Verso quest’individuo/nemico dunque non varrebbe l’affermazione del principio penalistico *nulla pena sine culpa* il quale presuppone “l’accettazione, anche implicita, di un modello di personalità umana come entità costituita da più strati posti in rapporto di successione evolutiva. Si muove cioè dal presupposto che, a differenza degli animali i quali seguono schemi di comportamento rigidamente programmati dai meccanismi istintuali, l’uomo sia in grado, grazie ai suoi poteri di signoria (i c.d. *strati superiori* della personalità), di controllare gli istinti e di reagire agli stimoli del mondo esterno in base a scelte fra diverse possibilità di condotta (...). E’ proprio dando per presupposta questa capacità di scelta che è possibile considerare il reato come opera dell’agente, e rivolgergli un rimprovero per averlo commesso”⁵⁰⁹.

A chi è giudicato come nemico invece sarebbe sottratta tale possibilità di scelta: esso rimane comunque una fonte di pericolo, indipendentemente dal fatto (illecito) commesso e dal grado di responsabilità personale nello stesso; pertanto, contro tale nemico, per questa sua radice ontologica

⁵⁰⁷ G. Jakobs, *Personärität und Exklusion im Strafrecht*, in *Festschrift für D. Spinellis*, Athen, 2001.

⁵⁰⁸ F. Giunta, *Principio e dogmatica della colpevolezza nel diritto penale d’oggi. Spunti per un dibattito*, cit., p. 131. L’autore qui riporta alcune delle considerazioni sviluppate in merito da Jakobs. Cfr. G. Jakobs, *Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und alteuropaischen Prinzipien*, in “ZStW”, 1995.

⁵⁰⁹ G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 275.

(l'essere cioè una fonte di pericolo), si combatte – secondo Jakobs --- una guerra con gli strumenti di una penalità alternativa. Stante questa idea, “ne esce ridimensionata la stessa nozione di libertà di elezione sottesa al principio di colpevolezza”⁵¹⁰. Secondo la teoria sistemica, infatti, “Essendo l'uomo un essere sociale, la capacità di effettuare scelte razionali non è un dato puramente naturalistico e nemmeno pura astrazione idealistica. Per il diritto penale, che è scienza sociale, la sola libertà che rileva è quella che il contesto sociale riconosce ai cittadini”⁵¹¹.

Per tale ragione, il funzionalismo di Jakobs può legittimamente considerarsi come una sorta di species del genus del *determinismo*: svincolato cioè da qualsiasi valutazione inerente la libertà del soggetto agente e orientato invece – nel giudizio di colpevolezza – ai soli parametri della prevenzione. Ecco allora che la colpevolezza degrada ad una mera ascrizione di responsabilità: venendo, infatti, meno l'idea del libero arbitrio, della libertà del volere, la persona, intesa quale costrutto sociale, può diventare oggetto di imputazione solo in virtù di una attribuzione di responsabilità in un contesto sociale. Si prospetta quindi una colpevolezza interamente svuotata nei suoi contenuti garantistici.

Ma può reggere l'idea di una colpa intesa in senso funzionale e, soprattutto, l'immagine, sottesa ad essa, di un nemico inteso come non persona e fonte di pericolo? Occorrerà, a riguardo, come detto, affrontare la relazione individuo---persona così come elaborata da Jakobs, giacché è anche e soprattutto da questa relazione che originano i concetti di colpa e pena compresi in ambito funzionale e, soprattutto, da questi diparte l'idea di una opposizione sistemica tra diritto penale del nemico e diritto penale del cittadino. Si badi: se, come Jakobs afferma, la persona è colui che è titolare di diritti e doveri, essa si mostrerebbe come ricordato, solo ed esclusivamente quale soggetto (funzionale) di diritto.

⁵¹⁰ F. Giunta, *Principio e dogmatica della colpevolezza nel diritto penale d'oggi. Spunti per un dibattito*, cit., p. 131.

⁵¹¹ *Ibidem*.

Ma la persona può ridursi, essendo ricompresa solo nella categoria asfittica di soggetto di diritto, categoria che oggi tra l'altro vive un profondo stato di crisi? A riguardo, scrive Rodotà: "Vi è un momento nella riflessione dei giuristi nel quale il soggetto astratto non appare più come uno strumento capace di comprendere a realtà attraverso una sua elevata formalizzazione"⁵¹². Sebbene l'autorevole giurista si muova in un campo di riflessione ancorato al diritto civile, col tentativo di ripensarne le categorie, tale considerazione può benissimo involgere aspetti di natura penale.

Sarà d'obbligo allora – compito che assolveremo nell'ultima parte del nostro lavoro --- trattenersi sulla categoria di soggetto agente, partendo dalla duplice caratterizzazione jakobsiana di persona/individuo squadernandone le aporie e le contraddizioni. Insomma, ciò che ci preme stabilire, e argomenteremo in tal senso, è quanto il soggetto di diritto sia un "simbolo incompleto" e quanto un'interpretazione della persona solo come soggetto di diritto, dunque come entità artificiale, centro d'imputazione o sotto sistema psico---fisico, sia, oggi più che mai, destinata a rimanere fallace.

Bisognerebbe allora andare oltre, anche nel penale, alla pura dimensione *finzionalista*, abbandonando (o ripensando) il soggetto agente inteso come mera costruzione simbolica, centro d'imputazione per la risoluzione di conflitti ma, al contrario, intendendolo in un senso che rimandi direttamente al piano di valori e principi costituzionali. Si dovrebbe cioè ripensare – del soggetto agente --- la forma giuridico penale al di là di qualsiasi assunto artificialistico avendo come parametro e schema di riferimento il valore della dignità⁵¹³. In tal senso "Parlando di dignità, e procedendo per approssimazioni successive, si può partire da una affermazione di carattere generale: la dignità appartiene a tutte le persone, sì che debbono essere considerate illegittime tutte le divisioni che approdino a considerare alcune vite come non degne, o meno degne,

⁵¹² S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2012, p. 140.

⁵¹³ "In altre parole" sottolinea Bricola "se l'inviolabilità della dignità e libertà personale significa qualcosa, se ne dovrebbe dedurre che la minaccia dei tipi di intervento che, come quello penale, incidono sulla dignità e libertà può giustificarsi solo per necessità di tutela di beni se non di pari grado rispetto al valore (libertà personale) sacrificato, almeno dotati di rilievo costituzionale". Cfr. F. Bricola, *Teoria generale del reato*, cit., pp. 7 ess.

d'essere vissute, o che giungano alla negazione stessa della capacità giuridica, tipica delle legislazioni razziali, che hanno confinato milioni di esseri umani nella categoria delle non persone”⁵¹⁴.

Nell'economia del nostro discorso, la colpa – intesa come possibilità di attribuzione psicologica di un fatto illecito ad un soggetto – si relaziona, infatti, profondamente col valore della dignità la quale se “Sino a Kant (...) resta una categoria eminentemente etica” nondimeno da sempre serba un forte rapporto col diritto penale. La dignità riguarda, infatti, l'essere del soggetto. Afferma, in merito, Cattaneo: “Il problema che devo ora affrontare è quello che a mio giudizio è veramente il problema fondamentale della filosofia del diritto penale: si tratta del problema del rispetto per la dignità della persona umana nell'ambito del diritto penale e nel corso dell'iter punitivo”⁵¹⁵.

Sia chiaro: la dignità cui facciamo riferimento è un concetto relativamente giovane, quantomeno da un punto di vista legale. È indubbio, infatti, come, essa, solo da poco, abbia assunto una dimensione pienamente giuridica: in particolare, solo nel dopoguerra, la dignità è stata inserita nelle carte costituzionali diventandone un valore cardine. Nondimeno, se in passato era in parte sconosciuta – o poco riflettuta --- quale principio giuridico, essa oggi ricopre un ruolo fondamentale, e dal punto di vista proprio del diritto vigente, e da quello di un sempre rinnovato dibattito scientifico.

Occorre dunque riprendere tale principio (di dignità) dalla cassetta degli attrezzi del giurista filosofo, cercandovi una – nuova e rinnovata --- interazione col diritto penale, con le sue categorie – in primis quelle di colpa e di pena. Se, infatti, come detto, quello di dignità si mostra come un principio relativamente giovane, giuridicamente, esso rimane concetto ineludibile in una analisi che voglia proporsi di uscire dalle aporie, dalle contraddizioni, della modernità penologica. “Il concetto di dignità è dunque tanto connesso al ruolo che ogni cittadino è chiamato a svolgere all'interno

⁵¹⁴ S. Rodotà, *La rivoluzione della dignità*, Napoli, La scuola di Pitagora editrice, 2013, pp. 25---26.

⁵¹⁵ M. A. Cattaneo, *Pena diritto e dignità umana*, cit., p. 275.

della società, quanto al fatto che lo Stato deve assicurare a ciascuno la possibilità di svolgerne, dignitosamente, uno. La dignità non va, soltanto, difesa, ma va promossa in quanto è su di essa che si misura la crescita sociale”⁵¹⁶. Appare allora necessario, per rimanere in un campo penale fedele alle garanzie, ai principi costituzionali, utilizzare il principio di dignità per scardinare, l’endiadi persona/soggetto (funzionale) di diritto. Da tale endiadi, infatti, Jakobs trae fondamento per stabilire lo statuto giuridico del cittadino – che è persona e dunque titolare di diritti e doveri – opponendolo a quello del nemico – che persona non è e che quindi, sprovvisto di giuridicità, è privo di tutela.

Quello che ivi si sostiene, in sintesi, e anticipando ora questioni che saranno espresse compiutamente solo più in seguito, è l’inefficacia di un approccio meramente riduzionista al paradigma della soggettività (penale) il quale riconduce la persona allo schema astratto di soggetto funzionale di diritto; analogamente pare esprimersi – profeticamente --- Capograssi, laddove denuncia che “Sarebbe interessante sotto questo riguardo uno studio di tutte quante le concrete esperienze del diritto contemporaneo. Uno dei tratti di esse che più colpiscono è proprio questo, che la individualità in alcune esperienze cessa, in altre tende a cessare di essere persona la quale ha diritti rispetto a cui la sua volontà è sovrana (...). Il soggetto tende, dove più dove meno, a perdere perfino il dominio del suo stesso essere fisico e carnale; (...) Vi sono ordinamenti dove questa, che si potrebbe chiamare la trasformazione del soggetto in senso funzionale, è aperta e positiva, ve ne sono degli altri, dove c’è contrasto tra vecchie nuove posizioni. Questo indebolirsi (per lo meno) della posizione del soggetto nelle esperienze giuridiche contemporanee è una espressione di questo fatto centrale dell’individuo senza individualità, ed insieme uno degli effetti

⁵¹⁶ P. Becchi, *Il duplice volto della dignità*, in “Rivista internazionale di filosofia del diritto”, 2012, p. 597.

e una delle cause di questo fatto e di tutti i fenomeni che qui si vanno registrando”⁵¹⁷.

È evidente come la formula *individuo senza individualità* possa rappresentare bene la dimensione del soggetto in Jakobs, e in parte della dottrina penale contemporanea: tale soggetto, spogliato della sua sfera d’individualità, resta semplicemente un centro d’imputazione (ascrizione) di fatti giuridicamente sensibili – in vista della risoluzione dei conflitti⁵¹⁸.

Rimanendo allora ad un livello di discussione generale, si dovrebbe sempre riconoscere, nel processo d’imputazione di responsabilità penali, nei riguardi di chiunque e in qualunque caso, l’intangibilità della sfera personale, intesa quale *suitas*, quale sfera autonoma d’azione. Sarebbe insomma da rifiutarsi – o quantomeno da non porre come unico principio fondante la colpa --- qualsiasi concezione meramente deterministica – quale nei fatti è quella di Jakobs ---, la quale “è sostanzialmente lesiva della dignità umana”, perché, argomenta Cattaneo, in essa “il colpevole è considerato come un *minus habens*”, non dunque una persona ma “come un essere inferiore da curare contro la sua volontà (la quale, peraltro, per definizione non è libera)”⁵¹⁹.

⁵¹⁷ G. Capograssi, *Le incertezze dell’individuo*, in *La vita etica*, Milano, Bompiani, 2008, pp. 540--541.

⁵¹⁸ Si rifletta in questo senso sull’operatività delle misure di sicurezza/prevenzione, prima affrontate.

⁵¹⁹ M. A. Cattaneo, *Pena diritto e dignità umana*, cit., pp. 275 e ss.

CAPITOLO TERZO

Alla ricerca di possibili mediazioni teoriche: tra descrizione e prescrizione

SOMMARIO: 1. Significato e limiti dell'eccezione penale: Il Feindstrafrecht come Ausnahmezustand. 1.1 Eccezione (o emergenza) interna all'ordine? 1.2 La crisi del principio di legalità e i suoi effetti sullo stato di eccezione penale. 1.3 Il Feindstrafrecht come iustitium? Limiti di un paradigma. 2. Il nemico come non persona in diritto: un problema in termini giuridici e filosofici. 2.1 La persona come soggetto funzionale. 2.2 Jakobs e l'equiparazione della persona al soggetto: linee di continuità rispetto alla tradizione giuridica moderna. 2.3 Il recupero del valore costituzionale del termine persona: tra artificializzazione giuridica e riflessione cristiana.

1. Significato e limiti dell'eccezione penale: Il Feindstrafrecht come Ausnahmezustand

1.1 Eccezione (o emergenza) interna all'ordine?

Dopo aver riflettuto su alcuni degli aspetti più controversi della penalità contemporanea – su tutti la crisi del principio retributivo, l'emergere, egemone, della logica della prevenzione (nella sua veste generale e speciale)⁵²⁰ e, con essa, i problemi riguardanti la conversione in senso funzionalistico della pena e della colpa – volgiamo ancora lo sguardo sui caratteri del diritto penale atti a definirlo come diritto penale del nemico.

⁵²⁰ In riferimento alla prevenzione, nella sua veste generale, "A partire dalla metà degli anni sessanta" nota Andenaes, "la prospettiva di ricerca è semplicemente cambiata in quasi tutti i paesi del mondo. Negli Stati Uniti si è pubblicato un numero crescente di ricerche sulla prevenzione generale (deterrenza) e numerosi sono stati i libri che hanno trattato in modo specifico di questo argomento. Studi interessanti sono stati compiuti anche in Inghilterra, Olanda, ed in alcuni altri paesi europei. In Svezia, dove prevenzione generale era fino a pochi anni fa un'espressione sporca, il Consiglio nazionale ufficiale per la prevenzione dei reati ha riconosciuto alla prevenzione generale il primo posto fra i programmi di ricerca". Cfr. J. Andenaes, *La prevenzione generale nella fase della minaccia, dell'irrogazione e dell'esecuzione della pena*, in F. Stella---M. Romano (a cura di) *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, cit., p. 43.

Innanzitutto, per quanto detto finora, per diritto penale del nemico si può e si deve intendere un regime giuridico d'eccezione. Abbiamo visto, discutendo dello statuto degli atti preparatori e soprattutto del reato associativo, quanto tali figure delle penalità siano comprensibili, pienamente, solo se sussunte in una logica (giuridica) di carattere eccezionalista. Entrambe le materie, infatti, quella del reato associativo e soprattutto quella dell'incriminazione anticipata, presentano una natura spuria – secondo alcuni a metà tra diritto penale del nemico e diritto penale di lotta⁵²¹ --- tale da sfuggire agli schemi di comprensione propri della legalità ordinaria. Insomma, “In questo momento storico si è consolidato, al livello legislativo, ma anche della prassi, un *habitus* di tipo emergenziale dalle origini risalenti, collegato anche a gravi e diffuse forme di criminalità – terrorismo, criminalità organizzata, criminalità economica, ecocriminalità, corruzione, ma anche reati predatori da parte di autori per lo più marginali – che non può non destare preoccupazione in rapporto alla difesa dei diritti dell'individuo”⁵²².

Occorre però definire con esattezza le forme attraverso le quali si esprime tale regime – di eccezione --- e quanto questo ultimo si allontani dalle linee generali del diritto penale ordinario. Volendo allora tracciare una definizione esaustiva, tale sistema si manifesterebbe, da una parte, attraverso “la legislazione d'eccezione rispetto alla Costituzione e quindi il mutamento legale delle regole del gioco”, dall'altra, attraverso “la giurisdizione d'eccezione, a sua volta degradata rispetto alla stessa legalità alterata”⁵²³.

È d'obbligo precisare che, nell'ambito penale, si tende a sovrapporre, sfumandone così i caratteri, l'eccezione con l'emergenza. In teoria l'emergenza dovrebbe essere fonte dell'eccezione rappresentando, cioè, quell'episodio specifico, situato sul piano della realtà, che conduce alla rottura dell'ordine; nei fatti però, nel penale, emergenza ed eccezione

⁵²¹ M. Donini, *Il diritto di fronte al “nemico”*, cit., pp. 735 e ss.

⁵²² S. Moccia, *Il volto attuale del sistema penale*, in “Rivista italiana diritto procedura penale”, 2013, pp. 1093 e ss.

⁵²³ L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., p. 485

incarnano il doppio volto di una stessa medaglia. Anche un giurista come Ferrajoli, sempre fedele --- come visto più volte --- ad una rigorosa grammatica dei concetti, non sembra sfuggire a quest'equivocità: secondo il giurista romano, infatti, alla base del processo che conduce rispettivamente ad una legalità ed ad una giurisdizione alterate, sta "l'assunzione dell'eccezione o dell'emergenza (antiterroristica, o antimafiosa o anticamorristica) come giustificazione della rottura, o se si preferisce, del cambiamento delle regole del gioco che nello stato di diritto disciplinano la funzione penale"⁵²⁴.

Ciononostante, il dilemma sembra presentarsi come meramente semantico o terminologico: sebbene intercorra una distanza concettuale tra eccezione ed emergenza, infatti, questa viene risolta, di fatto, sistematicamente a favore dell'emergenza: in tal senso, nel penale, "il campo semantico in cui pensare i regimi giuridici dell'eccezione non sarà più quello della correlazione (da costruire) tra *ordinarium* ed *extraordinarium*, piuttosto sarà quello della contrapposizione (da mantenere) tra ordinario ed emergenza"⁵²⁵. Quando parliamo di stato giuridico d'eccezione, dunque, ci troveremo dinanzi a situazioni poste continuamente sul crinale tra legge e forza, atto e fatto, decisione e norma, segnate cioè dalla contingenza delle decisioni e dei provvedimenti presi in vista del contenimento di un pericolo: "Qui il paradigma legalistico non sembra offrire vie d'uscita soddisfacenti"⁵²⁶.

Il diritto penale del nemico serba in tal senso proprio l'ambizione di "giuridicizzare" quelle decisioni e quei provvedimenti presi in situazioni di pericolo, fissando in maniera definitiva le forme di un agire penale diverso. "Pertanto, il diritto penale conosce due poli o tendenze delle sue discipline" scrive Jakobs, "Da un lato, il trattamento del cittadino, nel quale si ripongono aspettative sino a quando egli esteriorizzi le sue azioni, reagendo solo allora, al fine di confermare la struttura normativa della società; e

⁵²⁴ Ivi, p. 844.

⁵²⁵ M. Meccarelli, *Paradigmi dell'eccezione nella parabola della modernità penale*, in "Quaderni storici", 2, 2009, p. 501.

⁵²⁶ Ivi, p. 510.

dall'altro il trattamento del nemico, che è immediatamente bloccato già nello stadio precedente e che si combatte in quanto pericoloso"⁵²⁷.

La proposta teorica di Jakobs, dunque, come osservato a proposito del delitto politico, lungi dall'essere una novità dogmatica assoluta al contrario "propone in chiave aggiornata il consueto sdoppiamento del sistema penale: il piano del *diritto penale del cittadino* viene distinto da quello del *diritto penale del nemico*, fino a concepire la necessaria instaurazione del secondo per la conservazione del primo. La differenziazione viene costruita enucleando una particolare tipologia di comportamenti criminali – le condotte tese alla distruzione dell'ordinamento giuridico – tra quelle che costituiscono il terreno sul quale (re)agisce il sistema penale"⁵²⁸.

La domanda da porsi, allora, è quanto e come l'eccezione, o l'emergenza, assunta veste giuridica, determini un effetto decostruttivo sui già precari equilibri dello Stato democratico, favorendo uno sdoppiamento del sistema penale. Argomento sicuramente complesso, che ovviamente non può essere compreso solo all'interno del campo di riflessioni sul *Feindstrafrecht*, essendo in passato già stato affrontato e pensato, da prospettive diverse, da giuristi e studiosi di dottrina dello Stato. Tra questi il più noto e importante rimane Carl Schmitt, del quale si è già discusso trattando della natura dei delitti contro la personalità dello Stato e, soprattutto, in riferimento alla genesi concettuale della colpa, nella prospettiva funzionale---sistemica.

Nell'economia della nostra analisi il giurista di Plettemberg assume, allora, un peso decisivo. Se, infatti, "Per Schmitt", nota Preterossi, "la costruzione di un concetto giuridico procede sempre dalla sua negazione", allora il diritto penale diventa un campo d'elezione, ai fini di un'indagine sul nesso giuridicità/inimicizia, poiché in esso "più forte ed evidente è la connessione tra diritto e forza, giuridicità e patologia"⁵²⁹.

⁵²⁷ G. Jakobs, *Diritto penale del nemico*, in M. Donini---M. Papa (a cura di) *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, cit., p. 19.

⁵²⁸ M. Meccarelli, *Paradigmi dell'eccezione nella parabola della modernità penale*, cit., pp. 510 e ss.

⁵²⁹ G. Preterossi, *La politica negata*, cit., p. 56.

È necessario però, a riguardo, prestare molta attenzione: premesso che grande rilievo è dato alla categoria di eccezione nel pensiero giusfilosofico moderno, e questo proprio grazie a Schmitt, – anche se come nota Agamben “ancor oggi, tuttavia, una teoria dello stato di eccezione manca nel diritto pubblico, e giuristi e pubblicisti sembrano considerare il problema più come una *quaestio facti* che come un genuino problema giuridico”⁵³⁰ --- è opportuno ricordare che in Jakobs l’eccezione non si colloca evidentemente solo sul piano politico---costituzionale, come avviene nella *Ausnahmezustandlehre* schmittiana secondo la quale appunto “sovrano è chi decide sullo stato di eccezione”, ma essa si produce essenzialmente a livello penale---processuale, per cui l’eccezione è l’illecito. Ciò costituisce già una differenza di grande importanza sul piano concettuale.

Se, infatti, la dottrina dell’eccezione schmittiana --- che grande influsso ha avuto sugli studi giuridici del secolo scorso, diventando un topos del pensiero politico---giuridico --- prende in considerazione, nel discorso sull’eccezione, innanzitutto il potere sovrano, e dunque “con lo stato d’eccezione va inteso un concetto generale della dottrina dello Stato, e non qualsiasi ordinanza d’emergenza o stato d’assedio. Il fatto che lo stato d’eccezione sia eminentemente appropriato alla definizione giuridica della sovranità ha una ragione sistematica, di logica giuridica”⁵³¹, in Jakobs – e nella riflessione penalistica --- l’eccezione è invece di natura ibrida, collocandosi a metà tra il piano amministrativo e quello penale, dunque a un livello più basso. In tal senso il potere capace di decidere su di essa non è più (solo) quello del sovrano, ma riguarda l’agire dei funzionari, i quali sono legittimati a muoversi liberi, tanto da poter autorizzare situazioni di fatto – si pensi ad alcune disposizioni di carcerazione preventiva prese in situazione di *vacatio legis* – le quali, dato il loro essere frutto di scelte maturate nell’emergenza, non sono verificabili secondo i parametri giuridici ordinari.

⁵³⁰ G. Agamben, *Stato di eccezione*, Bollati Boringheri, Torino, 2010, p. 9.

⁵³¹ C. Galli, *Eccezione (Voce)*, in *Enciclopedia del pensiero politico*, cit., pp. 252-253.

Questo significa che, se in Schmitt il discorso sull'eccezione assume una "priorità logica e politica", ciò equivale a dire che "l'eccezione – e la decisione sovrana su di essa – sia la definitiva crisi di un ordine, che ha come esito non la sua difesa e il suo ristabilimento ma l'instaurazione di un ordine nuovo: l'eccezione è quindi origine della dittatura sovrana, o del potere costituente o della rivoluzione, ed è fonte straordinaria di energia politica innovativa"⁵³².

Dunque, da una parte abbiamo, nelle premesse del nostro ragionamento, *l'eccezione schmittiana*, la quale si colloca fuori dall'ordine essendone però la matrice genetica, dall'altra *l'eccezione jakobsiana*, la quale si esprime nelle forme del *Feindstrafrecht* ma vive, però, in funzione del sistema, essendone una parte fondamentale: essa è "convergente con la normalità, e, del tutto privata della sua capacità" come invece avviene in Schmitt "di gettare uno sguardo alternativo sull'origine e sui nuovi orizzonti della forma politica, è tutta attratta nelle logiche dell'autopoiesi degli ordini sociali. L'indeterminazione che reca con sé non distrugge gli ordini, ma li fa essere"⁵³³.

Ricapitolando: l'eccezione schmittiana si presenta come *funzione ordogenetica*, vivendo al di là dell'ordine (giuridico) ma serbando la pretesa di (ri)fondarlo, mentre nel penale, si è detto, l'eccezione si presenta nelle forme dell'emergenza: ciò significa che, non possedendo alcuna energia politica innovativa, il suo raggio d'azione sarà contenutisticamente molto più limitato: essa sarà cioè tesa esclusivamente alla salvaguardia del sistema giuridico, agendo dall'interno del sistema giuridico stesso.

In Jakobs dunque, a differenza che in Schmitt, non c'è alcuna pretesa teologico politica che sovraccarichi il momento della decisione (sullo stato di eccezione) di un contenuto metagiuridico, assiale ma, al contrario, c'è l'esigenza di incardinare quella decisione in una architettura istituzionale

⁵³² *Ibidem*.

⁵³³ C. Galli, *Eccezione come contingenza*, in V. Dini (a cura di) *Eccezione*, Napoli, Dante & Descartes, 2007, pp. 109 e ss.

pre---definita⁵³⁴. Ciò è in linea, come detto, con una certa tradizione giuridico continentale nella quale “una dimensione di legalità speciale avrebbe affiancato l’altra incastonata nella forma codice, andando a formare un doppio binario su cui il diritto penale si sarebbe legittimamente svolto. Le due legalità avrebbero corrisposto a finalità diverse: quella del codice avrebbe assolto una funzione di tutela della persona anche contro le ingerenze dello Stato; quella dei provvedimenti per l’emergenza avrebbe svolto una funzione di difesa dello Stato (cioè dell’ordine costituito) anche contro la persona”⁵³⁵.

Legalità ordinaria versus legalità stra---ordinaria: da questa dicotomia prende forma, dunque, manifestandosi nello scarto, l’eccezione penale. Insistiamo ancora sul parallelo tra Schmitt e Jakobs. Se in entrambi l’eccezione assume profili diversi – politica in Schmitt, quindi concettualmente ambiziosa, capace di sfondare il rigido muro del diritto, giuridica in Jakobs, quindi chiusa in un modello limitato formalisticamente --- chiara appare l’esigenza comune di pensare il conflitto con l’altro, il diverso, l’escluso, quale momento generativo dell’eccezione – vista, lo ricordiamo, in termini diversi, politico costituzionali (in Schmitt), giuridico penali (in Jakobs).

Tutto ciò traendo entrambi ispirazione dalla dottrina dello Stato hobbesiana: in tal senso “Il punto di discriminazione tra criminalità del nemico e criminalità del cittadino sta nel diverso modo con cui nemico e cittadino si

⁵³⁴ Afferma sul punto Giulia M. Labriola “Nella cultura giuridica sembra invece largamente diffusa e condivisa la consapevolezza, piaccia o meno tutta schmittiana, del fatto che il tema dello stato di eccezione è irrimediabilmente e logicamente sospeso *fra* decisione e norma. Assunto che si tratta di una questione di fatto *e* di diritto, il vero problema è costruire un equilibrio interno o, come è stato definito, un punto di squilibrio interno. Uno dei fronti più stimolanti di riflessione su questa ineludibile implicazione sta nei tentativi, raffinati, di evitare la semplificazione dell’unidimensionalità (decisione o norma) rileggendo la qualità stessa della decisione. Contestando la ben nota affermazione schmittiana secondo cui, in senso normativo, la decisione è nata dal nulla, si è cercato di individuare un banco di lavoro nella riqualificazione del nulla che sarebbe il vero retroterra della decisione (sovrana), capace di mostrare in tutta la sua drammaticità il dilemma che al giurista si pone dietro le confortanti (non sempre, peraltro) vesti del potere costituito” Cfr. G. M. Labriola, *Stato di eccezione fra decisione e norma*, in F. Mancuso--G. Preterossi---A. Tucci (a cura di) *Le Metamorfosi del diritto. Studi in memoria di Alfonso Catania*, cit., p. 96.

⁵³⁵ M. Meccarelli, *Paradigmi dell’eccezione nella parabola della modernità penale*, cit., pp. 506 e ss.

rapportano al *pactum subjectionis* (...). Il nemico ha come scopo proprio quello di impedire allo Stato di esistere: si pone cioè al (e agisce dal) di fuori⁵³⁶ dell'ordinamento. Per tale ragione nasce, secondo Jakobs, e si sviluppa una penalità diversa, straordinaria nelle forme e nei modi d'intervento.

Con Jakobs quindi il potere – capace di decidere sullo stato di eccezione – se non possiede natura ordogenetica, come in Schmitt, nondimeno agisce, forte della propria legittimità, per prevenire un pericolo da parte di un individuo pericoloso al di là di qualsiasi vincolo di legalità (ordinaria): ciò che conta è l'immediatezza della reazione che conduce al risultato, al fine (Zweck) della protezione dell'ordinamento con evidente sacrificio di chi è sottoposto alla misura coattiva⁵³⁷.

Il perimetro del diritto penale subisce, allora, una striatura, ma ciò non significa “contrapporre due sfere indipendenti del diritto penale, ma di descrivere due poli di un *unico* sistema, ovvero di esplicitare due tendenze opposte all'interno di un contesto giuridico-penale unitario”⁵³⁸. Cadendo quindi il principio del fatto, se il nemico è colui che, come visto, rappresenta una fonte di pericolo per il bene, verso di esso si agirà in un momento precedente l'azione (criminale) stessa, prescindendo anche dalla possibilità di attribuirne una volontà contraria – si agirà cioè indipendentemente dal grado di colpa individuale⁵³⁹.

⁵³⁶ Ivi, p. 510.

⁵³⁷ In ciò si consideri nuovamente l'uso reiterato nella prassi di misure a carattere amministrativo-penale come le misure di sicurezza o prevenzione, che paiono rappresentare bene il diritto (penale) nella sua dimensione emergenziale. Cfr. M. Pelissero, *Quale futuro per le misure di sicurezza*, cit., pp. 1266--1290.

⁵³⁸ G. Jakobs, *Diritto penale del nemico*, in M. Donini--M. Papa (a cura di) *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, cit., p. 7.

⁵³⁹ “Dal punto di vista del meccanismo processuale e penale” scrive Dini, “la legislazione d'emergenza – abbiamo visto – comporta una estrema soggettivazione: all'inquirente e al giudice viene attribuito il potere, quasi completo, anche senza riferimento oggettivo della legge, di promettere e comminare pene, fino al limite dello stesso annullamento del reato. Ma dal punto di vista del soggetto che compie il reato e delle sue motivazioni in senso psicologico e normativo – tutto il campo, appunto, della colpevolezza – si verifica invece un processo speculare di oggettivazione della repressione penale. Per tutta la serie dei reati associativi, nei confronti dei quali s'indirizza la legislazione di emergenza, la specificità del reato e le condizioni soggettive che lo determinano passano in seconda linea rispetto alla condizione oggettiva nella quale è inserito, la struttura organizzativa e la stessa strategia politico-criminale. Quel principio della responsabilità oggettiva di cui non era rimasta

In Jakobs, a differenza che in Schmitt, il discorso sull'eccezione si presenta dunque teleologicamente orientato alla legittimazione di una legalità straordinaria, nel quale l'eccezione stessa – espressa nelle forme del *Feindstrafrecht* --- assolve ad una funzione di salvaguardia, rispetto all'orditura generale dell'ordinamento; volendo utilizzare una metafora spaziale, si potrebbe definire quella schmittiana una *teoria esogena dell'eccezione* laddove “Il caso d'eccezione rende palese nel modo più chiaro l'essenza dell'autorità statale. Qui la decisione si distingue dalla norma giuridica, e (per formulare un paradosso) l'autorità dimostra di non aver bisogno di diritto per creare diritto”⁵⁴⁰; la dottrina jakobsiana presenta, al contrario, un'*eccezione endogena*, interna al sistema: il diritto penale del nemico è, come detto, tutto interno alle logiche autopoietiche del sistema, così che “il trattamento di individui ostili è disciplinato dal punto di vista giuridico”, sebbene “si tratta della regolamentazione giuridica di un'esclusione: gli individui sono non---persone”⁵⁴¹.

Se in Schmitt dunque l'eccezione – e la decisione sovrana su di essa – sfugge ai parametri determinati della legge, in Jakobs l'eccezione stessa tende a codificarsi, a farsi cioè (parte dell') ordinamento: essa – nelle forme del *Feindstrafrecht* – viene sistematicamente introiettata nella trama normativa.

Invero tale ragionamento – sulle forme dell'eccezione penale, sulla sua immanenza rispetto al tessuto ordinamentale --- troverebbe conferma se guardassimo al diritto positivo, laddove “per quanto riguarda il profilo costituzionale (...) si deve tuttavia notare che in molti Stati europei, e non solo, sono previste clausole espresse di eccezione le quali, anche in

alcuna traccia (...) Sembra assumere ora un ruolo strisciantemente rilevante nel diritto penale. Si tratta di un principio che fa riferimento a motivi e valutazioni di ordine politico, se non anche morale, e perciò la sua ricomparsa sta a indicare una surrettizia ricomposizione di diritto e politica (e morale). È di nuovo l'immagine di uno specchio a apparire; da una parte lo Stato e la sua ragione, il diritto; dall'altra l'organizzazione politica e criminale, l'antistato. Il diritto è ridotto così a riflesso della politica, concepita a sua volta come fondata sulla violenza e sulla guerra, sul criterio della definizione di amico/nemico”. Cfr. V. Dini, *Nulla poena sine culpa. Pena, legge, colpevolezza*, cit., p.197.

⁵⁴⁰ C. Galli, *Eccezione (Voce)*, in *Enciclopedia del pensiero politico*, cit., pp. 252-253.

⁵⁴¹ G. Jakobs, *Diritto penale del nemico*, in M. Donini---M. Papa (a cura di) *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, cit.

situazioni diverse da quelle di guerra, attribuiscono ad organi dello Stato il potere di dichiarare lo stato di emergenza e di sospendere alcune garanzie, rendendo così possibile l'adozione di provvedimenti che altrimenti si porrebbero in contrasto con la Costituzione vigente"⁵⁴².

Tali clausole di eccezione manifestano esplicitamente la permanenza, a livello del diritto nazionale, di norme stra---ordinarie tese a disciplinare stati d'emergenza, nei quali le garanzie penali classiche vengono via via negate per ottemperare alle varie esigenze di tutela. Occorre, però, operare un chiarimento: non esisterebbe, infatti, secondo autorevole dottrina, un unitario stato giuridico d'eccezione ma, al contrario, si avrebbero due tipi di clausole d'eccezione o d'emergenza, di natura assoluta e relativa, tra loro assiologicamente divergenti⁵⁴³.

Nella prima "ciò che si tutela è infatti o lo Stato nazionale in sé e per se considerato (nella prospettiva precostituzionale) oppure lo Stato come espressione di valori omogenei e generalmente condivisi espressione di una unità e stabilità indiscussa"⁵⁴⁴, nella seconda ciò che si difende, "non è lo Stato inteso come ordinamento politico---valoriale omogeneo, ma lo Stato pluralistico, che può essere interpretato sia come democrazia neutra procedurale, nel senso che ciò che si deve tutelare sono soltanto le regole del gioco, ma anche come democrazia contraddistinta da un pluralismo valoriale, da una perenne conflittualità---relazionalità di valori e fini diversi o addirittura contrapposti, nel senso che al di fuori dei diritti individuali inviolabili non esistono valori collettivi egemoni e assoluti, ma valori

⁵⁴² R. Bartoli, *Lotta al terrorismo internazionale. Tra diritto penale del nemico jus in bello del criminale e annientamento del nemico assoluto*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 179 e ss.

⁵⁴³ Nota Bin: "Come si vede, la dittatura, lo stato d'assedio, lo stato di eccezione non sono fenomeni estranei, ma una dimensione immanente, una costante presenza nella nostra storia costituzionale d'epoca liberale. Nei giorni feriali lo Stato era costituzionale e liberale, la domenica e nei giorni festivi prendevano sopravvento la dittatura, lo stato d'assedio, i cavalli di frisia, la sospensione e la crisi dei diritti. L'ordinamento ha spesso cercato di inglobare nella regola l'eccezione: la teoria della necessità come fonte suprema dell'ordinamento, l'invenzione della decretazione d'urgenza, la stessa disciplina dello stato d'assedio ne sono la riprova". Cfr. R. Bin, *Democrazia e terrorismo*, in C. De Maglie---S. Seminara (a cura di) *Terrorismo internazionale e diritto penale*, Padova, Cedam, 2007, p. 41.

⁵⁴⁴ R. Bartoli, *Lotta al terrorismo internazionale. Tra diritto penale del nemico jus in bello del criminale e annientamento del nemico assoluto*, cit., p. 180.

diversi che devono essere messi in relazione tra di loro e bilanciati”⁵⁴⁵. È evidente come l’ipotesi sul *Feindstrafrecht* possa essere letta e interpretata nel primo senso, tendendo cioè a privilegiare, all’interno del perimetro dell’eccezione, la difesa di “valori omogenei e generalmente condivisi espressione di una unità e stabilità indiscussa”⁵⁴⁶.

Il *Feindstrafrecht* – inteso come regime giuridico d’eccezione --- si presenterebbe dunque come uno stadio, un momento nel quale “l’omogeneità politico---valoriale (...) consente anzitutto di configurare lo stato di emergenza in termini molto estesi sia dal punto di vista dei presupposti di fatto emergenziali, sia per quanto riguarda il potere attribuito a chi deve fronteggiare la situazione straordinaria”⁵⁴⁷. Nei fatti, come osservato, un tipo di *organicismo penale*.

1.2 La crisi del principio di legalità e i suoi effetti sullo stato di eccezione penale

Discutere di una legalità penale straordinaria, la quale si manifesterebbe, come visto, nelle forme di un regime giuridico d’eccezione, significa in qualche modo affrontare il tema della relazione tra legalità e legittimità. Significa, cioè, avvicinarsi al tema, vastissimo, della crisi del principio di legalità che, del diritto penale, è stato ed è uno degli assi teorici principali.

In tal senso, rispetto a tale principio – di legalità – occorre ribadire che “la sua matrice risale alla dottrina del contratto sociale e si giustifica con la conseguente esigenza di vincolare l’esercizio di ogni potere dello Stato alla legge. Il pensiero illuministico, proteso ad eliminare gli arbitri e i soprusi dello Stato assoluto, si fa assertore in chiave garantistica del vincolo del giudice alla legge quale corollario del principio della divisione dei poteri”⁵⁴⁸.

⁵⁴⁵ Ivi, p. 181.

⁵⁴⁶ Ivi, p. 180.

⁵⁴⁷ *Ibidem*.

⁵⁴⁸ G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 47.

Dunque, con il pensiero illuminista, si manifesta il principio di legalità e con esso la prima grande opera di disciplinamento del potere sovrano: “L’idea della tutela dei diritti di libertà del cittadino nei confronti del potere statale si esprime, fondamentalmente, nel *divieto di retroattività* della legge penale: agli illuministi appare gravemente lesivo di tali diritti punire successivamente un’azione la quale, nel momento in cui viene commessa, non è ancora penalmente sanzionata, anche se risulta già contraria alla morale o al diritto”⁵⁴⁹.

Si è riferito – in relazione allo statuto teorico della pena --- della natura per certi aspetti *anti illuministica* della prestazione teorica jakobsiana: essa si presenterebbe, infatti, come una specie di *contro dottrina del diritto penale classico*, contestando molti dei principi d’ispirazione illuministica. Ma procediamo con ordine.

Tornando a Schmitt, emerge, proprio tra le pieghe della speculazione jakobsiana, una diade concettuale che, tra le altre, rimanda al giurista di Plettemberg, e che può aiutarci nella comprensione dello stato delle cose nella realtà penale attuale: la diade composta per l’appunto dalla coppia legalità/legittimità. La Rivoluzione – intesa come *metabolatio*, naturale trasformazione di una forma di governo in un’altra – prodottasi tra il XVI ed il XIX secolo, giunta a completo sviluppo con lo Stato di diritto costituzionale, aveva in qualche modo distinto le sfere della legalità e della legittimità, per cui non sempre ciò che rilevava sul piano della legittimità (del potere politico) conservava valore sul piano della legalità (dell’ordinamento giuridico).

Lungo tale direzione si è venuto formando il diritto penale moderno, sebbene, come visto, del significato della modernità penale in dottrina si hanno interpretazioni diverse: nondimeno, nell’ottica di questa graduale separazione – tra politica e diritto --- era la legge a stabilire ciò che era reato e chi era il colpevole e mai il (potere) sovrano arbitrariamente. Nessuna condizione straordinaria poteva da sola giustificare l’adozione di misure a

⁵⁴⁹ *Ibidem*.

carattere repressivo: così tra l'altro nasceva e si andava formando il principio di tassatività, che, rispetto a quello generale di legalità, rappresentò da subito una *species* particolare del *genus*.

Infatti, "il principio di legalità sarebbe rispettato nella forma, ma eluso nella sostanza, se la legge che eleva a reato un dato fatto lo configurasse in termini così generici da non lasciar individuare con sufficiente precisione il comportamento penalmente sanzionato: appartiene, quindi, alla stessa ragione ispiratrice del principio di legalità l'esigenza della *tassatività* o *sufficiente determinatezza* della fattispecie penale"⁵⁵⁰.

Volendo allora porre uno sguardo sulla genealogia del rapporto tra legalità e legittimità, con l'occhio bene rivolto a Schmitt, si può subito riconoscere come i termini di questo stesso rapporto oscillino in un duplice senso: se al principio della vicenda evolutiva dello Stato classico europeo era, infatti, presente una sovrapposizione informale tra il piano della legittimità e quello della legalità, col tempo tale relazione costitutiva si è indebolita formalizzandosi; in particolare, per Meccarelli, "l'emersione del principio di legalità nel penale (...) si svolge storicamente su un campo di tensione legittimante: da un lato esso sorregge la sovranità statale, finalmente portata alla sua realizzazione compiuta (legge come espressione della decisione sovrana); dall'altro predefinisce le regole attraverso le quali quella sovranità può esprimersi (legge come vincolo statale)"⁵⁵¹.

Tutto ciò è stato possibile, è bene ricordarlo, anche grazie ad un radicale processo di secolarizzazione che ha coinvolto lo Stato e le sue istituzioni. Si può dire dunque, in tal senso, che "in età moderna il rapporto fra politica e diritto è in linea di principio la traduzione della legittimità (...) in legalità. Questa è la civiltà, questo è il progresso"⁵⁵². Tale progresso è, infatti, "l'esito di una salda costruzione politica di una convivenza giuridica centrata – grazie alla neutralizzazione sovrana del conflitto interno attraverso la

⁵⁵⁰ Ivi, pp. 66 e ss.

⁵⁵¹ M. Meccarelli, *Paradigmi dell'eccezione nella parabola della modernità penale*, cit., p. 501.

⁵⁵² C. Galli, *Delitto e politica: profili teorici e politici del loro rapporto*, cit., p. 50.

criminalizzazione del nemico – sulla personalità dello stato e del cittadino e sull’instaurazione di un sistema di norme neutrali e universali”⁵⁵³.

Sul piano penale tale traduzione del politico nel giuridico – della legittimità nella legalità – ha significato l’instaurazione di una serie di garanzie a tutela del reo, facendo di esso il fulcro del sistema, rendendo il sistema stesso, secondo la celebre formula di von Liszt, una vera e propria *magna charta del delinquente*. Ma qui iniziano i problemi.

Guardando, infatti, al presente – nel quale come visto l’esistenza di un diritto penale del nemico, sebbene contestata, è comunque questione aperta e dibattuta --- sembra che vi sia un ritorno forte a quell’origine dis/ordinata: di nuovo, infatti, i piani della politica e del diritto – della legalità e della legittimità – paiono confondersi, determinando una caduta di senso di un insieme di categorie – Catania non a caso parla di metamorfosi del diritto⁵⁵⁴ – che nell’incertezza che le avvolge – pensiamo nuovamente al concetto di lotta in riferimento al reato associativo --- acquistano un nuovo (vecchio?) significato.

La teorica jakobsiana sul *Feindstrafrecht* altro non sarebbe, quindi, tra le diverse cose, che una spia di questa deriva semantica e fattuale: “Di fronte a questo modello di diritto penale” afferma Eduardo Demetrio Crespo “occorre domandarsi se la modernizzazione del diritto penale che ne consegue rappresenti realmente un’evoluzione o piuttosto, come qui si suggerisce, un’indesiderata involuzione”⁵⁵⁵.

Se, come visto, la dottrina del diritto penale del nemico, lungi dall’essere una novità assoluta nel campo della dogmatica (e della prassi) penale, riprende in qualche modo, e rielaborandola, parte della tradizione sul delitto politico, in tal senso “la cultura dell’emergenza e la pratica dell’eccezione, ancor prima delle trasformazioni legislative, sono infatti responsabili di un’involuzione del nostro ordinamento punitivo che si è

⁵⁵³ *Ibidem*.

⁵⁵⁴ A. Catania, *Metamorfosi del diritto. Decisione e norma nell’età globale*, cit.

⁵⁵⁵ E. D. Crespo, *Il “Diritto penale del nemico”. Darf nicht sein!*, cit., p. 44.

espressa nella riedizione, in panni ammodernati, di vecchi schemi sostanzialistici propri della tradizione penale premoderna”⁵⁵⁶.

Dal nostro punto di vista – avendo riconosciuto, in riferimento ai delitti contro la personalità dello Stato, il grado di persistenza di quei vecchi schemi sostanzialistici propri della tradizione penale premoderna – si può ben aderire a tale considerazione, prendendo atto di come, tra le pieghe dell’emergenza resasi eccezione, riemergano con forza modelli arcaici, simili, nella forma e nella sostanza, a quelli appartenenti alla tradizione dei *crimina maiestatis*.

Poniamo, in quest’ottica, attenzione al disegno istituzionale, così come esso si configura nella statualità odierna: in esso è possibile notare infatti come, rispetto ad alcune funzioni classiche dello Stato di diritto, si assista ad un vero e proprio stravolgimento: ad esempio, si può discutere ancora dell’esercito e della polizia nei termini tradizionali? Se prima essi rappresentavano il discrimine netto tra il diritto e la politica (legalità versus legittimità), tra lo spazio interno e quello esterno dell’agire statale – con l’esercito quale strumento per rafforzare l’unità statale nella dimensione internazionale contro i nemici e la polizia quale forza di carattere amministrativo cui era affidato il compito di presidiare lo Stato per garantirne la sicurezza contro i criminali – oggi assistiamo a missioni belliche chiamate operazioni di polizia, mentre la sicurezza interna – come visto in relazione al contenimento del fenomeno associativo criminale --- è sovente compito di forze militari.

L’associazione diritto/guerra dunque, nel campo penale, non è una esclusiva teorica ascrivibile solo a Jakobs, che la relaziona in particolare allo statuto dei reati associativi, e neanche solo il risultato di un presente confuso, bensì il frutto avvelenato di un processo di lunga durata, dato dal (ri)prodursi di logiche giustappositive tra diritto e politica – legalità e

⁵⁵⁶ L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., p. 844.

legittimità --- per cui alcuni tipi di criminali vengono (ri)considerati, ogni volta di nuovo, come nemici dello Stato⁵⁵⁷.

Tra l'altro, anche l'apparire prepotente del potere economico/finanziario, con la sua pretesa di normare la realtà istituzionale e politica, sconvolge gli assetti caratteristici dello *Rechtsstaat*, favorendo proprio il determinarsi di un regime giuridico d'eccezione e la (ri)conversione di criminali in nemici. La predominanza del discorso economico, vera e propria (auto)narrazione dell'Occidente in crisi, può infatti considerarsi come uno dei segni principali dell'epoca nostra, in cui agiscono forze diverse e in cui tutto non è più leggibile nella prospettiva statuale, ma affonda le sue radici in una costellazione di senso oramai globale, nella quale qualsiasi distinzione tra interno ed esterno, tra pubblico e privato, sembra essere saltata in favore dello *sconfinamento*, vera e propria modalità, prassi operativa della globalizzazione in atto⁵⁵⁸.

Tutto ciò innesca processi destrutturanti delle tradizionali - viste nell'ottica dello Stato di diritto - costruzioni politico---giuridiche di cui

⁵⁵⁷ Scrive in merito Sbriccoli: "Il Regno d'Italia nasce sotto il segno di una mortale emergenza. L'insurrezione di una parte delle popolazioni meridionali mette in pericolo da subito, ed in modo assai serio, l'unità dello Stato appena realizzata, e getta drammaticamente il Regno appena proclamato in una difficilissima condizione politica ed istituzionale. Il modo in cui quella classe dirigente reagì, sul piano normativo e su quello delle pratiche di giustizia, impresse indelebilmente nel sistema penale italiano un segno che si sarebbe rivelato praticamente incancellabile, un imprinting originario destinato a durare e a colorare di sé la politica penale dello Stato lungo l'intero arco della sua esistenza: una costituzione materiale penale si sarebbe affiancata stabilmente a quella formale, finendo per metterla sovente in ombra, o perfino per soppiantarla, quando le condizioni politiche sarebbero state tali da consentirle o addirittura pretenderlo. L'affermazione non sembra enfatica. In ragione di quella emergenza, si dette avita ad una legislazione eccezionale, dalla quale pullularono, su di un terreno peraltro già preparato ad accoglierli, prassi e principi che si installarono permanentemente nell'ordinamento penale, con il fine di prevenire e di fronteggiare l'emergente. In primo luogo il principio stesso delle legge d'eccezione, che, in ragione di un sopraggiunto stato di necessità e di pericolo, (...) e sia pure per un tempo determinato, consente di stravolgere scale penali, aggravare procedure, sospendere o comprimere garanzie, varcando i limiti della legalità costituzionale. Procedure speciali, penalità aggravate, norme straordinarie costellano l'esperienza penalistica italiana e si impongono come una delle sue stabili peculiarità, così come lungamente si sono usate indulgenza o noncuranza nei confronti di pratiche abusive illegali di apparati pubblici, per la sol ragione che esse venivano applicate a soggetti ritenuti pericolosi o magari colpevoli, ma senza che se ne fosse potuta provare la responsabilità". Cfr. M. Sbriccoli, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860---1990)*, in *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972---2007)*, cit., pp.592---594.

⁵⁵⁸ Cfr. C. Galli, *Spazi politici. L'età moderna e l'età globale*, Bologna, Il Mulino, 2001.

beneficia tale potere economico/finanziario, che è sempre più libero, non più soggetto alle capacità frenanti di una politica e di un diritto oramai indeboliti, quantomeno nella loro dimensione costituzionale --- al contrario, il tipo di regolazione economico---commerciale, come dimostra il caso della *lex mercatoria*, è ben lungi dall'essere in discussione.

Se la crisi del principio di legalità, e, con esso, il predominare delle forze dell'economia globale, favoriscono, insieme, un determinato ri---assetto del sistema penale, nel senso di un suo sdoppiamento in due poli diversi, uno ordinario l'altro stra---ordinario, segnato dai caratteri dell'eccezionalità e dell'emergenza, come nota Cancio Melià, "questo sviluppo può riassumersi essenzialmente in due fenomeni: il cosiddetto diritto penale simbolico e il ritorno del punitivismo"⁵⁵⁹. A livello della prassi, si assiste ad una crescita ipertrofica degli apparati di sicurezza la quale, a sua volta, determina un processo di ibridazione tra il campo politico e il campo giuridico. "Entrambe le linee di evoluzione" continua Cancio Melià, "quella di natura simbolica e quella che si caratterizza invece per il punitivismo, costituiscono (...) la matrice originaria del diritto penale del nemico"⁵⁶⁰. Quali sarebbero allora questi caratteri del *simbolismo* e del *punitivismo*, emergenti nella prassi penale attuale e che conducono ad un diritto penale del nemico/d'emergenza?

Scriva sempre Cancio Melià: "il Diritto penale simbolico non identifica soltanto un determinato fatto, ma anche (o soprattutto) uno specifico tipo di autore, definito non come uguale, ma come diverso. Vale a dire che l'esistenza della norma penale (...) persegue una finalità performativa di una determinata immagine dell'identità sociale, attraverso la definizione degli autori come diversi, come non partecipi, cioè, di questa identità. Appare pertanto evidente che a tal fine sono necessarie anche le direttive forti di un punitivismo esasperato, in continua progressione, soprattutto quando la condotta in questione integrava gli estremi di un illecito

⁵⁵⁹ M. Cancio Melià, "Diritto penale" del nemico?, in M. Donini--M. Papa (a cura di) *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, cit., p. 69.

⁵⁶⁰ *Ibidem*.

penale”⁵⁶¹. È evidente come si tratti di due poli di una stessa matrice: “Pertanto, tra il Diritto penale simbolico ed il punitivismo” spiega sempre Cancio Melià, “intercorre una relazione fraterna”, un rapporto sinallagmatico.

Una tale analisi è importante, tra l’altro, perché delinea, nello specifico, le linee di tendenza attraverso le quali s’instaurerebbe un regime giuridico di eccezione: l’obiettivo di questo infatti, attraverso la presa d’atto di una realtà emergenziale, consiste proprio nel perseguire “una finalità performativa di una determinata immagine dell’identità sociale, attraverso la definizione degli autori come diversi, come non partecipi, cioè, di questa identità” e questo può aversi solo grazie ad un “punitivismo esasperato, in continua progressione”⁵⁶² che, di fatto, altera l’intelaiatura del sistema (penale).

1.3 Il Feindstrafrecht come iustitium? Limiti di un paradigma

Nel quadro della crisi della legalità penale ordinaria – e dunque nella prospettiva euristica del *Feindstrafrecht* – sta l’uso della decretazione d’urgenza. Come visto, uno dei fattori che maggiormente contribuirebbero a rendere il diritto penale (del nemico) un regime giuridico d’eccezione è rappresentato dall’*amministrativizzazione dell’intervento punitivo*.

Si è fatto cenno a come, nella dottrina jakobsiana, ma soprattutto nella prassi penale a noi coeva, vi sia una particolare attenzione all’uso di misure repressive prese in situazione di *vacatio legis*. Tali misure paiono contribuire a quella generale tendenza volta a degradare la figura dell’illecito penale: esso scivola così dal piano della legislazione ordinaria verso quella amministrativa, nella quale è implicito l’allontanamento dalla legalità costituzionale.

In tal senso, secondo autorevoli osservatori, una delle caratteristiche precipue dell’*eccezione giuridica* sarebbe proprio quella di manifestarsi in

⁵⁶¹ Ivi, pp. 70 e ss.

⁵⁶² *Ibidem*.

assenza di legge, serbando, contemporaneamente, i crismi della legalità. Per Agamben la questione ruota intorno al sintagma *forza di legge*, di cui lo stesso Agamben ritrova le origini nella tradizione romanistica e medioevale. “Il sintagma forza di legge si riferisce, tanto nella dottrina moderna che in quella antica, non alla legge, ma a quei decreti, aventi appunto, come si dice, forza di legge, --- che il potere esecutivo può essere autorizzato in alcuni casi – e, segnatamente, nello stato di eccezione – a emanare”⁵⁶³.

È abbastanza evidente come, nella prassi penale degli ultimi anni⁵⁶⁴, vi sia stato un abuso dello strumento/decreto, sulla base di valutazioni dettate ora dalla paura per l'immediatezza della minaccia terroristica, ora dall'esigenza di ripristinare una situazione di pace e di ordine pubblico in un arco di tempo se possibile breve. Come nota Aponte, riferendosi alla situazione in Colombia, il potere esecutivo ha di fatto sostituito il legislativo nella gestione del penale: “titolare della funzione legislativa è diventato il potere esecutivo. Quest'ultimo è stato incaricato della politica criminale o per lo meno di quella dell'emergenza, che ha peraltro un maggiore impatto su tutto l'ordine sociale, giuridico e politico”⁵⁶⁵. In Colombia, continua Aponte, “il sovrano, dal punto di vista dell'eccezione – che è divenuta regola – è stato storicamente il potere esecutivo”⁵⁶⁶.

In realtà, ad una prima analisi, non solo in paesi come la Colombia, relativamente giovani dal punto di vista delle garanzie e dello Stato di diritto – sebbene si tratti della democrazia sudamericana più antica ---, ma anche nei paesi dell'Occidente maturo, i piani della politica e del diritto tendono nuovamente a sovrapporsi così che risulta assai difficile discernere in essi la legalità (di una norma) dalla legittimità (di un potere). Si pensi al riguardo alla legislazione antiterrorismo prodotta negli ultimi anni del

⁵⁶³ G. Agamben, *Stato di eccezione*, cit., p. 51.

⁵⁶⁴ In Italia tutta la stagione dagli anni '80 in poi è segnata, periodicamente, dall'uso indiscriminato, in materia penale (e non solo), della decretazione d'urgenza. Cfr. L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., in particolare pp. 844 ess.

⁵⁶⁵ A. Aponte, *Il diritto penale dell'emergenza in Colombia tra pace e guerra: una riflessione sul diritto penale del nemico* in M. Donini---M. Papa (a cura di) *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, cit., p. 172.

⁵⁶⁶ Ivi, p. 173.

mandato dell'amministrazione Bush, nella quale i valori metagiuridici di Dio della Patria, della Religione, ricevevano legittimità giuridica ed ispiravano la normativa particolare. Seguendo tale schema di ragionamento – uso del decreto legge, dittatura dell'esecutivo, instaurazione di un regime di legalità straordinaria – il diritto penale torna allora ad incarnare – quantomeno in una sua parte – una pura forza non regolamentata? È questo che segnala la presenza di uno *Ausnahmezustand*?

Scriva Agamben: “la prestazione specifica dello stato di eccezione non è tanto la confusione dei poteri, su cui si è fin troppo insistito, quanto l'isolamento della forza---di---legge dalla legge. Esso definisce uno stato della legge in cui, da una parte, la norma vige, ma non si applica (non ha forza) e, dall'altro, atti che non hanno forza di legge ne acquistano la forza”⁵⁶⁷.

In una situazione che alcuni definiscono come una situazione di *perenne emergenza* --- in relazione alla crisi del modello penale liberale⁵⁶⁸, e nella quale Jakobs per sua parte s'inserisce, contribuendo all'elaborazione dogmatica --- ciò che richiama uno stato d'eccezione (penale) non sarebbe tanto la confusione dei poteri, il ruolo egemone dell'esecutivo, a discapito del legislativo nella disciplina dei reati, quanto il fatto che, attraverso la decretazione d'urgenza, l'amministrativizzazione delle funzioni muti lo statuto ontologico della norma penale.

Per Ferrajoli, “non può più infatti neppure parlarsi di soggezione alla legge, né di garanzie di certezza per i cittadini, ove le leggi siano, quanto ai reati, delle scatole vuote incapaci di porre limiti all'arbitrio giudiziario e, per questo suscettibili di qualunque transizione”⁵⁶⁹.

Ciò però ci persuade solo in parte. È evidente, infatti, che l'emergere della decretazione d'urgenza determina uno svilimento della legge penale, una sua generale trasformazione; tuttavia, questo non può rappresentare la causa, bensì l'effetto. Quello che emerge con evidenza nella configurazione dell'eccezione è l'ipertrofico ruolo dell'esecutivo che si fa carico, nel caso

⁵⁶⁷ G. Agamben, *Stato di eccezione*, cit., p. 52.

⁵⁶⁸ S. Moccia, *La perenne emergenza*, cit.

⁵⁶⁹ L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., p. 873.

esso operi nello spazio penale, sia dell'individuazione sia della repressione dei reati.

Su questo punto la posizione agambeniana sembra convergere. Nel suo lavoro sullo stato di eccezione, poc'anzi citato, attraverso una puntuale operazione ermeneutica, egli risale all'espressione *plenitudo potestatis*, di chiara matrice romanistica, per riferirsi alla facoltà del governo, in situazione di crisi, di emanare decreti aventi forza di legge: ciò si presenta come una dinamica istituzionale tipica dello stato d'eccezione. "Il presupposto è qui che lo stato di eccezione implichi un ritorno a uno stato originale pleromatico in cui la distinzione tra i diversi poteri (legislativo, esecutivo, ecc) non si è ancora prodotta"⁵⁷⁰.

Tuttavia il problema di come configurare l'eccezione sul piano giuridico---penale rimane apertissimo: se è indubbio che l'uso sempre più massiccio della decretazione d'urgenza, quale riflesso immediato dell'aumento del potere del governo, determina un cambio di paradigma della legge (non più solo atto ma fatto), questo "definisce una delle possibili modalità di azione del potere esecutivo durante lo stato d'eccezione, ma non coincide con questo"⁵⁷¹.

Al di là di qualsiasi considerazione – pur importante – sulla forma delle legge penale, tutto pare a noi ruotare intorno ad un punto: l'eccezione (si pensi al citato caso di Guantanamo ma anche agli innumerevoli episodi occorsi nel nostro paese, dall'eversione nera e poi rossa degli anni '70 e '80 alla fase stragista, di stampo mafioso, dei primi anni '90) rappresenta uno spazio pieno o un vuoto del diritto?

Sulla questione nota Donini: "C'è una tradizione importante in tutto il corso del Novecento, che si colloca su una linea di rifiuto rispetto alla possibilità di disciplinare giuridicamente gli stati d'eccezione, (...) La realtà delle emergenze viene così solitamente inquadrata in situazioni di mero fatto (se accettabili, perché veramente emergenziali, benchè non

⁵⁷⁰ G. Agamben, *Stato di eccezione*, cit., p. 15.

⁵⁷¹ *Ibidem*.

disciplinate), oppure in situazioni giuridicamente illegittime, (se non emergenziali o comunque contrastanti con discipline di legge)”⁵⁷².

Per tale ragione, e rivolgendoci nuovamente all’analisi sugli istituti della tradizione romanistica operata da Agamben, si potrebbe definire l’eccezione penale – quand’essa sia compresa nelle forme del *Feindstrafrecht* – come una sorta di *Iustitium*, pur con tutte le distinzioni del caso. “Il termine *Iustitium*”, infatti, nota Agamben, “significa letteralmente arresto, sospensione del diritto (...). Esso implicava, cioè, una sospensione non semplicemente dell’amministrazione della giustizia, ma del diritto come tale”⁵⁷³. Esso creava perciò un *vuoto giuridico*.

Nel caso del diritto penale del nemico, però, come osservato al principio, e nel corso dell’analisi, pur ammettendone le numerose anomalie rispetto ai presupposti classici dello Stato di diritto, non ci troveremmo dinanzi ad uno spazio privo di norme, un luogo in/disciplinato del diritto, anzi: l’eccezione che esso incarna, riprendendo le parole di Galli, risulta “convergente con la normalità, e, del tutto privata della sua capacità di gettare uno sguardo alternativo sull’origine e sui nuovi orizzonti della forma politica, è tutta attratta nelle logiche dell’autopoiesi degli ordini sociali. L’indeterminazione che reca con sé non distrugge gli ordini, ma li fa essere”⁵⁷⁴.

Per Jakobs, infatti, principio fondamentale è che “la lotta non ha luogo, nella pratica, senza alcuna regola”. Come visto in relazione al campo dei reati associativi – e più in generale rispetto a quello dei delitti contro la personalità dello Stato --- questi, pur riconoscendone per certi aspetti l’appartenenza ad un regime penale diverso da quello ordinario, e in cui le garanzie classiche vengono in parte negate, rappresentano comunque uno spazio disciplinato giuridicamente, nel quale il diritto e l’ostilità vivono in una interazione costante.

Il diritto penale del nemico, assunte le forme di un diritto d’eccezione, si mostrerebbe così come una *lotta giuridica regolamentata*. È evidente, tra

⁵⁷² M. Donini, *Il diritto penale di fronte al “nemico”*, cit., pp. 735 e ss.

⁵⁷³ G. Agamben, *Stato di eccezione*, cit., p. 56.

⁵⁷⁴ C. Galli, *Eccezione come contingenza*, in V. Dini (a cura di), *Eccezione*, cit., pp. 109 e ss.

l'altro, come una simile posizione contrasti radicalmente con le tesi di coloro che, rifiutando l'equazione diritto/guerra, sostengono l'irriducibilità del fenomeno giuridico a quello bellico: "il diritto penale, anzi il diritto tout court, è la negazione del nemico; perché è lo strumento, il tramite mediante il quale i rapporti di convivenza trapassano dallo stato selvaggio allo stato civile e ciascuno è riconosciuto come persona. La pena in questo senso è la negazione della vendetta, così come il diritto in generale è la negazione della guerra"⁵⁷⁵. Ciò significa sostanzialmente che "nella società civile istituita dal diritto non esistono più nemici ma consociati"⁵⁷⁶.

Tutta la prestazione teorica sul *Feindstrafrecht* si fonda invece, come ricordato, sul tentativo di disciplinare giuridicamente l'anomia prodotta dallo scontro con chi si ritiene un nemico: "Se si indaga sul vero concetto di diritto penale del nemico, questo ultimo è una guerra, il cui carattere limitato o totale dipende (anche) da quanto si tema il nemico stesso"⁵⁷⁷.

Una simile posizione dunque, che si pone il problema euristico di un'eccezione interna all'ordine, pensata in funzione della tenuta del sistema, e che nondimeno mescola diritto e guerra, azione militare e operazione di polizia, sebbene combattuta da molti in dottrina – tra cui, particolarmente Ferrajoli e Moccia in Italia – non è rimasta isolata nel dibattito internazionale. Altri, oltre Jakobs, partendo da posizioni teoriche differenti, hanno cercato di trovare una via per *istituzionalizzare l'eccezione*, o meglio, per *ri-razionalizzarla*, tentando soluzioni in grado di contenere (chiaro è il rimando al ruolo e alla funzione del *Katechon* schmittiano), attraverso l'ipotesi di una disciplina costituzionale, la deriva incarnata da comportamenti pericolosamente devianti dalle logiche di uno Stato di diritto.

Ci riferiamo, per esempio, alle proposte avanzate da Ackerman il quale, nel suo *The Emergency Constitution*, tenta di risolvere la questione del

⁵⁷⁵ L. Ferrajoli, *Il diritto penale del nemico e la dissoluzione del diritto penale*, in "Questione di giustizia", 4, 2006, p. 804.

⁵⁷⁶ *Ibidem*.

⁵⁷⁷ G. Jakobs, *Diritto penale del nemico*, in M. Donini---M. Papa (a cura di) *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, cit., p. 50.

pericolo terrorista proponendo una serie di misure agenti sul piano della legalità costituzionale, al fine di regolare le situazioni di paura, violenza, causate da situazioni di attacco interne al sistema, preservando la legalità del sistema stesso. L'intento di Ackerman consiste in tal senso nell'elaborare un tipo di modello costituzionale utile, elastico, adattivo rispetto al verificarsi dei casi d'emergenza.

Come Jakobs, egli approfondisce tematiche di carattere penale e processuale – il ruolo politico del giudice, il carattere generalpreventivo delle pene, la necessità di un giusto indennizzo alle vittime in caso di errore giudiziale – centrali nella ridefinizione del modello liberaldemocratico, sorvolando però su tutta una serie di interrogativi, che pure permangono. Per questa ragione, in riferimento al tentativo di costituzionalizzare i casi d'emergenza, declinando l'emergenza stessa nella prospettiva di un suo assetto istituzionale liberaldemocratico, tale posizione può suscitare delle perplessità. “Oltre alle specifiche incongruenze e ai gravi problemi” infatti, “ciò che emerge è l'ingenua pretesa intellettuale di sottoporre a trattamento analitico neutralizzante ciò che strutturalmente ad esso si sottrae, rappresentando una dismisura non irreggimentabile in nome della decenza”⁵⁷⁸.

Evidentemente, ciò che non può essere sottoposto, quantomeno non del tutto, “a trattamento analitico neutralizzante”, è quell'ostilità (o inimicizia) che della politica (e del diritto) rappresenta la “matrice genetica” – della quale abbiamo discusso parlando dei delitti contro la personalità dello Stato.

Perché allora interrogarsi su Ackerman tentandone un confronto con Jakobs? Date le ragioni teoriche che ci muovono – ovvero ragionare sul nesso diritto(penale)/inimicizia osservando come con tale nesso possa determinarsi un regime giuridico d'eccezione – è comunque interessante prendere nota di ogni proposta di ripensamento complessivo della dottrina dello *Ausnahmezustand*, sottraendola all'egemonia del politico schmittiano,

⁵⁷⁸ G. Preterossi, *I diritti alla prova del politico*, in “Ragion Pratica”, 2, 2008, pp. 279-280.

ora sussumendo l'eccezione nella dimensione penale (come fa Jakobs), ora dandole una configurazione costituzionale nella logica di uno Stato democratico di diritto (come fa Ackerman).

In questo ultimo senso, "uno Stato di emergenza o di eccezione deve contenere il massimo di garanzie che il rientro delle normalità avvenga il più rapidamente possibile" nota Ferrara, secondo il quale "pensare uno stato d'emergenza da una prospettiva democratica significa incastonare nelle sue linee costitutive in primo luogo la sua provvisorietà"⁵⁷⁹.

Il punto però, e qui ritorniamo ai nostri dubbi iniziali, è se l'eccezione possa davvero vivere nella maglie strette di uno Stato di diritto: stabilirne a monte, per legge, la provvisorietà, la precarietà dello statuto, la rende per questo compatibile, a pieno, con un regime democratico? E se il problema fosse quello di rielaborare, in toto, le categorie classiche dello Stato di diritto così come ereditate dalla tradizione giuridica occidentale?

Per Jakobs, infatti, non esiste – se non nei sogni di alcuni – uno Stato di diritto ideale, assoluto nella garanzie, al contrario, dal confronto con la realtà quotidiana – nella quale le emergenze si susseguono – emergerebbe invece la necessità di una serie di compromessi, i quali non possono essere elusi al fine di non sacrificare la sicurezza generale dell'ordinamento. Insomma vi sarebbe una grande differenza tra uno "Stato di diritto meramente postulato" ed uno reale, concreto. Così ritiene anche Ackerman, che si domanda se non sia preferibile al caos de---istituzionalizzato – dunque all'affermazione di uno *stato di diritto meramente postulato* – una normalizzazione, intesa come costituzionalizzazione, delle condizioni di emergenza.

Ciò, è bene ribadirlo, nei fatti già avviene: come visto, correndo il rischio di una reiterazione nel discorso, "in molti Stati europei, e non solo, sono previste clausole espresse di eccezione le quali, anche in situazioni diverse da quelle di guerra, attribuiscono ad organi dello Stato il potere di dichiarare lo stato di emergenza e di sospendere alcune garanzie, rendendo

⁵⁷⁹ A. Ferrara, *Prefazione* a B. Ackerman, *La costituzione d'emergenza*, Roma, Meltemi, 2005.

così possibile l'adozione di provvedimenti che altrimenti si porrebbero in contrasto con la Costituzione vigente"⁵⁸⁰. Indubbiamente le ambiguità presenti nella diade concettuale *Stato di diritto reale o postulato* sono numerosissime e qui possono essere evocate solo in parte: ci sia permesso aggiungere come la tradizione penale dello *Rechtsstaat*, quantomeno a livello dogmatico, non conosca una sua relativizzazione, una sua riduzione alla prassi del caso, essendo del Moderno una premessa (teologico) politica inaggirabile.

Insomma, per alcuni, il diritto penale, che dello Stato di diritto è stato ed è un architrave imprescindibile, o si pone come un diritto di garanzie o, semplicemente, non esiste⁵⁸¹. Nel negare in parte questo⁵⁸², si gioca, al fondo, secondo chi scrive, l'ereticità della proposta jakobsiana.

2. Il nemico come non persona in diritto: un problema in termini giuridici e filosofici

2.1 La persona come soggetto funzionale

Affrontando il tema della pena, ancorati alla prospettiva teorica jakobsiana --- la quale, come detto, ben riflette una china che ha assunto parte della scienza giuridica contemporanea, allontanando il diritto penale

⁵⁸⁰ R. Bartoli, *Lotta al terrorismo internazionale. Tra diritto penale del nemico jus in bello del criminale e annientamento del nemico assoluto*, cit., pp. 179 e ss.

⁵⁸¹ La legittimità del diritto penale, come afferma Ferrajoli, non è democratica, cioè proveniente dal consenso di tutti, bensì garantistica. "Garantismo, infatti, significa precisamente la tutela di quei valori o diritti fondamentali la cui soddisfazione, anche contro gli interessi della maggioranza, è lo scopo giustificante del diritto penale: l'immunità dei cittadini contro l'arbitrarietà delle proibizioni e delle punizioni, la difesa dei deboli mediante regole del gioco uguali per tutti, la dignità della persona dell'imputato e quindi la garanzia della sua libertà tramite il rispetto anche della sua verità. È precisamente la garanzia di questi diritti fondamentali che rende accettabile da tutti, inclusa la minoranza dei rei e degli imputati, il diritto penale e lo stesso principio maggioritario". Cfr. L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., p. 330.

⁵⁸² Bisogna sempre essere chiari su un punto: nello schema jakobsiano, il diritto penale del cittadino è, al contrario del *Feindstrafrecht*, un diritto di garanzie. Cfr. G. Jakobs, *Diritto penale del nemico*, in M. Donini---M. Papa (a cura di), *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, cit., pp. 5 e ss.

da molti dei suoi esiti garantistici⁵⁸³ --- si è osservato come la pena stessa possa essere considerata strumento non di retribuzione per il fatto illecito, né di rieducazione del soggetto sottoposto alla sanzione ma, al contrario, essa possa essere vista quale mezzo per preservare, riaffermandola, la stabilità dell'ordinamento, la vigenza della norma⁵⁸⁴. Nella stessa ottica, altrettanto può dirsi della colpa: non più frutto, esclusivamente, di un giudizio fondato sulla libertà del volere – basato sull'idea cioè del libero arbitrio --- dunque ipotesi strettamente legata alla dimensione spirituale, psicologica del soggetto (agente), al contrario la colpa, quale categoria dogmatica, diviene – così come declinata nella dottrina jakobsiana e, con diverse gradazioni, anche in parte della penalistica italiana⁵⁸⁵ – mezzo di ascrizione normativa del fatto in capo al singolo in vista di uno scopo strumentale: la salvaguardia dell'ordinamento giuridico.

Entrambe, quindi, la pena e la colpa, dall'angolo prospettico del giuspenalista di Bonn – e di parte di quella dottrina contemporanea più orientata al paradigma della prevenzione⁵⁸⁶ – sacrificando il principio, di matrice illuminista, della tutela della persona, mettono in luce la crisi del noto postulato kantiano, già ricordato, secondo cui, nello svolgersi dell'azione penale, non bisogna mai trattare l'uomo come un mezzo ma

⁵⁸³ Cfr. J. M. Silva Sanchez, *La expansion del derecho penal*, cit., in particolare pp. 157 e ss.

⁵⁸⁴ Proprio in tal senso, afferma Mario Romano: "Siamo allora chiari. Almeno una verità iniziale sulla funzione della pena appare difficilmente discutibile. Come *istituzione* reattiva nei confronti di fatti spiacevoli, essa viene ideata, comminata, minacciata allo scopo di evitare che questi siano commessi. Qualunque suo particolare aspetto si voglia accentuare, sia quello negativo---intimidativo oppure quello positivo---motivante o pedagogico, sia la c.d. *conservazione del diritto* o il c.d. esercizio nella fedeltà *all' ordinamento*, non è contestabile che almeno fino a questo ciclo vitale della pena ciò che conta è *fondamentalmente* la prevenzione generale". Cfr. M. Romano, *Prevenzione generale e prospettive di riforma del codice penale italiano*, in F. Stella--M. Romano (a cura di) *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, cit., p. 155.

⁵⁸⁵ Scrive sempre Romano: "Insomma, la funzione soltanto limitativa della colpevolezza – formulazione non felice di una tesi in sé da condividere, che cioè il legislatore non punisce al fine di retribuire – ha fatto dimenticare, almeno così a me pare, che poiché la colpevolezza è strutturale, e quindi ha un *suo proprio contenuto* nell'illecito penale di uno Stato moderno, la sua presenza in un fatto concreto, unita all'esigenza di prevenzione generale che ha condotto all'introduzione della fattispecie nell'ordinamento da parte del legislatore, *indica già di per sé la necessità di una reazione dell'ordinamento*". Cfr. M. Romano, *Prevenzione generale e prospettive di riforma del codice penale italiano*, in F. Stella--M. Romano (a cura di) *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, cit., p. 178.

⁵⁸⁶

come un fine. Da questo punto di vista, infatti, è chiaro come, e nella costruzione teorica jakobsiana⁵⁸⁷ e in molte manifestazioni della realtà penale odierna⁵⁸⁸ --- che quella costruzione in parte riflette --- sul piano della dogmatica, l'uomo -- inteso come responsabile del reato -- sovente declini a mezzo, a cosa, nel quadro e nella difesa di interessi funzionali. Il complesso pena---colpa dunque, così come sviluppato da Jakobs -- e da altri, in dottrina, partendo da diverse basi teoriche ⁵⁸⁹ ---, segna l'allontanamento dalla tradizione illuminista e postilluminista, nella quale, al contrario, al soggetto -- quale categoria del reato --- non era possibile sottendere alcuna funzione giuridico penale teleologicamente esorbitante gli interessi del soggetto stesso. "Argomento decisivo contro la disumanità delle pene" scrive, infatti, Ferrajoli, "è invece il principio morale del rispetto della persona umana, enunciato da Beccaria e da Kant con la massima che ogni uomo, e quindi anche il condannato, non va mai trattato come mezzo o cosa ma sempre come fine o persona"⁵⁹⁰.

La tutela dell'uomo quale valore cardine dell'azione penale fonda su ragioni precise: "Non è solo e, soprattutto, non è tanto per ragioni economiche, ma è per ragioni morali legate a quel principio, quali che siano i vantaggi o gli svantaggi che possano derivarne, che la pena non dev'essere crudele e disumana; e i principi sono tali proprio perché non si piegano ogni qualvolta convenga. Ciò vuol dire che al di là di ogni argomento utilitaristico il valore della persona umana impone una limitazione

⁵⁸⁷ "E' infatti chiaro che essa" scrive Ferrajoli, "riducendo l'individuo a sottosistema fisico---psichico funzionalmente subordinato alle esigenze del sistema sociale generale, è inevitabilmente solidale con modelli di diritto penale massimo e illimitato, programmaticamente indifferenti alla tutela dei diritti della persona. Il punto di vista della giustificazione esterna scompare anche in questo caso appiattendosi interamente sul punto di vista interno, poco importa se questo, anziché identificarsi con l'ethos dello stato o con qualche pretesa moralità intrinseca al diritto, è diventato la pura istanza funzionale di autoconservazione del sistema politico". Cfr. L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., p. 264.

⁵⁸⁸ Si faccia di nuovo riferimento all'ipotesi, inizialmente discussa, dell'anticipo sistematico della soglia di punibilità verso taluni individui considerati nemici, con l'utilizzo coatto dello schema dei reati ostativi o di sospetto, di recente formulazione. Cfr. G. Fiandaca---E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit.

⁵⁸⁹ Cfr. C. Roxin, *Sulla più recente discussione su colpevolezza prevenzione e responsabilità nel diritto penale*, cit., pp. 13 e ss.

⁵⁹⁰ L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., pp. 392-393

fondamentale alla qualità ed alla quantità della pena. È su questo valore che si fonda, irriducibilmente, il rifiuto della pena di morte, delle pene corporali, delle pene infamanti e per altro verso dell'ergastolo e delle pene detentive eccessivamente lunghe"⁵⁹¹. "Aggiungo" nota sempre Ferrajoli "che questo argomento ha un carattere politico, oltre che morale: esso vale a fondare la legittimità dello Stato unicamente sulle sue funzioni di tutela della vita e degli altri diritti fondamentali; sicchè in base ad esso uno Stato che uccide, o che tortura o che umilia un cittadino non solo perde qualunque legittimità, ma contraddice la sua ragion d'essere, mettendosi al livello degli stessi delinquenti"⁵⁹².

Se dunque si fa --- in antitesi all'emergere e al consolidarsi, in certa dottrina, del paradigma della prevenzione --- della difesa del soggetto, della sua dignità, un elemento esiziale nell'alveo della razionalità statale moderna, accade spesso che, sul piano della prassi quello stesso soggetto --- quand'esso sia discriminato, addirittura oggetto di neutralizzazione, nel corso dell'iter punitivo --- in molti casi si veda negare, da parte dello Stato stesso, la qualità di ente morale, titolare di garanzie, essendo ridotto a mera costruzione normativa, ad artificio legalistico, in vista della preservazione dell'ordine⁵⁹³.

Ciò significa che lo Stato, quando tratti il soggetto (verso cui l'azione penale agisce) come mezzo e non come fine, perda sistematicamente la sua

⁵⁹¹ *Ibidem*.

⁵⁹² *Ibidem*.

⁵⁹³ "All'inizio del secolo" Scrive Lüderssen "quando nella contrapposizione tra scuola penalistica sociologica e scuola classica nessuno dei due orientamenti conseguiva in verità una vittoria definitiva, ma i segni del tempo indicavano che l'idea dello scopo si sarebbe alla fine affermata nel diritto penale, nessuno avrebbe probabilmente immaginato che alcuni decenni dopo, passando attraverso la concezione dello Stato totalitario, si sarebbe imposta una coscienza politica così fortemente gelosa dell'autonomia dell'individuo, sostenuta da quelle scienze sociali che tengono conto con più cura che mai dell'equilibrio psichico del singolo: in particolare, la psicologia generale, la psiconalisi, la psicologia sociale, la teoria della comunicazione, e la teoria del linguaggio. Una tale attualizzazione e un tale affinamento del principio già formulato nella maniera più chiara da Kant, che l'uomo non può essere confuso tra gli oggetti dei diritti reali, sono tanto sorprendenti quanto indiscutibili. Con essi la teoria e la prassi della prevenzione generale devono trovare un'intesa. Se non vi riescono, possono sopravvivere solo dando per scontata l'illegittimità, cioè uno sconsiderato spiegamento del potere". Cfr. K. Lüderssen, *La funzione di prevenzione generale del sistema penale*, in F. Stella---M. Romano (a cura di) *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, cit., p. 102.

ragion d'essere, la sua razionalità giuridica? Se fosse così, avremmo, nei fatti, un panorama costellato di enti giuridici illegittimi perché irrazionali! Purtroppo, nella realtà, e in special modo in quella del diritto penale, accade spesso che azioni "irrazionali", dal punto di vista delle garanzie e dello Stato di diritto, non siano considerate illegittime; il trattare il soggetto – un certo particolare tipo di soggetto --- come mezzo e non come fine – la sua degradazione a scopo strumentale dell'azione sanzionatoria --- rispecchia purtroppo una prassi consolidata: il diritto penale, nella sua trama costitutiva, serba infatti diversi elementi che da sempre lo rendono ben lontano dall'essere strumento di esclusiva difesa nei riguardi del singolo.

Ciò accade, sia chiaro, non solo rispetto al soggetto attivo del reato: trattando del bene giuridico si è visto, infatti, come esso venga, da tanti, in riferimento a certi illeciti, posto oramai nella direzione di una sua spiritualizzazione, perdendo contiguità con la sfera d'interessi della vittima. Si badi: qui non si vuol sostenere che, nel presente, tutto il diritto penale svolga una funzione latamente discriminatoria, degradando qualsiasi uomo a mezzo allo scopo della preservazione dell'ordine né si vuole affermare che il diritto penale sia integralmente sganciato dalle esigenze di tutela del singolo, vittima o autore del reato, e tutto proiettato, organicisticamente, alla difesa di quella società entro cui agisce. Il problema vero è che "se nel paradigma tradizionale le modalità dell'incriminazione erano caratterizzate, a grandi linee e in via di principio, da logiche pure e da frontiere nette (gerarchie di tipo rigorosamente piramidale, diritto imposto dall'alto, monopolio della legge, statalizzazione del diritto, subordinazione del processo al diritto materiale...), il campo penale attuale sembra sempre più caratterizzarsi per l'ibridazione dei suoi elementi e per la presenza simultanea di logiche opposte"⁵⁹⁴.

Rispetto a questo, e, in particolare, in riferimento alla crisi giurisprudenziale, dottrinale, di alcuni principi classici del diritto penale --- come quelli dell'*offensività* e della *materialità* della condotta --- si è visto

⁵⁹⁴ M. Vogliotti, *Le Metamorfosi dell'incriminazione. Verso un nuovo paradigma per il campo penale?*, in "Politica del diritto", 4, 2001, pp. 633---684.

come tali logiche, che comportano nei fatti una striatura nel tessuto ordinamentale, sarebbero – jakobsianamente --- caratterizzate dalla stabilizzazione delle norme (*Bürgerstrafrecht*) e dalla lotta contro un nemico (*Feindstrafrecht*). “È quindi possibile” sottolinea Donini, “se usciamo dalle consuete schematizzazioni che cercano di unificare il diritto penale sotto categorie accettabili e gradite, ma anche un po’ addomesticate, accostare ai paradigmi dominanti del diritto penale come *tutela di beni giuridici* e come statuto di garanzie, e in particolare come garanzia dei consociati di fronte al potere dello Stato (Magna Charta del reo), un altro diritto penale, che tutela, anziché i beni i *cittadini* nei confronti dei *nemici*, e che prima di assestarsi in forme e contenuti di *giustizia* (superiore a qualsiasi litigante), ha l’urgenza di vincere una *lotta*, a difesa dello Stato, delle istituzioni e dei singoli, contro coloro che hanno ingaggiato quella lotta”⁵⁹⁵.

Guardando al tema di queste pagine – che riprendono in parte problemi, questioni, già affrontate discutendo del tema degli atti preparatori e della categoria di colpa in senso funzionale ---, quello di cui qui sarà importante discorrere, indagandone gli aspetti, è la curvatura concettuale che, partendo dalla teoria del bene, della pena, e della colpa, ha investito proprio lo statuto giuridico di quei soggetti, che, come ricordato da Donini, ingaggiano una lotta contro lo Stato, palesandosi cioè come nemici (presunti?) e non come semplici cittadini che delinquono. Bisogna cioè prendere cognizione del fatto che, all’interno di un più complesso studio delle dinamiche del diritto (penale) attuale, si può, partendo sempre dalla dottrina jakobsiana, e da essa occupando l’analisi su parte della dogmatica contemporanea, desumere, per grandi linee, un certo allontanamento da quella che era la posizione originaria – di matrice illuministica e postilluministica – riguardante la sfera del soggetto (di reato) che, spogliato --- in parte --- delle proprie garanzie, si trova, in molti odierni indirizzi

⁵⁹⁵ M. Donini, *Il Diritto penale di fronte al “nemico”*, cit., p. 736.

dottrinari, ripiegato sulla pura normatività, completamente introiettato cioè nelle logiche autopoietiche del sistema penale.

Se, ammettiamo, infatti, come afferma Jakobs, che “lo Stato può procedere secondo due diverse modalità contro i delinquenti: può configurarli alla stregua di persone che delincono, che come tali hanno commesso un errore; ovvero come individui ai quali si deve impedire, mediante il ricorso alla coazione, di distruggere l’ordinamento giuridico”⁵⁹⁶ (Der Staat kann mit Delinquenten also in zweierlei Art und Weise verfahren: Er kann in ihnen delinquierende Bürger sehen, Personen, die einen Fehler gemacht haben oder aber Individuen, die durch Zwang davon abgehalten werden müssen, die Rechtsordnung zu zerstören) occorrerà tener conto della --- reale o presunta --- esistenza di tale bipolarità di trattamento e vedere come questa condizioni gli equilibri del sistema.

Al centro della riflessione dunque, sta, come vedremo, la persona --- il soggetto (di reato) --- e il modo in cui il diritto penale si relaziona, a seconda dei casi, con essa. A proposito della persona, conducendo l’analisi su un piano metagiuridico, si è osservato, a proposito dello statuto funzionale della colpa, come Capograssi parli *d’individuo senza individualità*⁵⁹⁷. A riguardo, riprendendo la locuzione capograssiana, si può benissimo riaffermare come tale formula – *l’individuo senza individualità* --- possa, a parer nostro, rappresentare la dimensione della persona, del soggetto nella teorica jakobsiana. Se è persona, infatti, quindi cittadino sottoposto ad un regime penale ordinario, solo chi, essendo titolare di diritti e doveri, presta adeguate garanzie in merito al riconoscimento (della vigenza) delle norme, lo statuto della persona si ridurrà allora ad un mero modello funzionale, trovandosi, come detto, in Jakobs, completamente ridotto a “*sottosistema fisico psichico funzionalmente subordinato alle esigenze del sistema sociale generale*”⁵⁹⁸.

⁵⁹⁶ G. Jakobs, *Diritto penale del nemico*, in M. Donini---M. Papa (a cura di) *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, cit., pp. 21 e ss.

⁵⁹⁷ Cfr. G. Capograssi, *Le incertezze dell’individuo*, cit.

⁵⁹⁸ Cfr. L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., p. 264.

Di converso chi non presta adeguate garanzie di riconoscimento --- chi cioè in maniera reiterata si pone contro la regolare vigenza delle norme --- sarà visto come nemico dunque *non persona*. Sia chiaro: qui il nemico di cui si parla non è esattamente il nemico della riflessione politica, precisamente il *Feind* schmittiano, colui il quale “è semplicemente l’altro, lo straniero (der Fremde) e basta alla sua essenza che egli sia qualcosa esistenzialmente, in un senso particolarmente intensivo, qualcosa d’altro e di straniero, per modo che, nel caso estremo, siano possibili con lui conflitti che non possono venir decisi né attraverso un sistema di norme prestabilite né mediante l’intervento di un terzo disimpegnato e perciò imparziale”⁵⁹⁹. Al contrario, nella dottrina jakobsiana --- che riflette in parte alcune tendenze della prassi penale attuale e che, cosa fondamentale, sussume l’ostilità nella trama normativa, nonostante sia presente, in diversi punti, un fondo schmittiano come in riferimento alla dottrina della colpa – il nemico non è, né sarà, come in Schmitt, l’*Hostis* pubblico, cioè “un insieme di uomini che combatte almeno virtualmente, cioè in base ad una possibilità reale, e che si contrappone ad un altro raggruppamento umano dello stesso genere”⁶⁰⁰.

Il nemico, nell’ottica jakobsiana sarà, al contrario, un *Inimicus* privato⁶⁰¹, che, nelle vesti di individuo, pura entità materiale, si trova spogliato della propria giuridicità – la sfera civile interna --- e dei diritti di tutela ad essa connessi. Chiariamo meglio: lo statuto della persona – e del nemico ---, così come teorizzati da Jakobs, sono direttamente funzionali allo stabilizzarsi del sistema giuridico: essi esistono, cioè, come categorie dogmatiche, come modelli di orientamento (e non come categorie dell’agire politico); tali – la persona, il nemico – esistono quindi solo per permettere alle norme di avere presa, di essere euristicamente convergenti con la realtà. Scrive in merito Jakobs: “Lo stesso succede con riferimento alla qualità di persona dell’autore di un fatto delittuoso: neppure essa può persistere in maniera

⁵⁹⁹ C. Schmitt, *Il concetto di politico*, in G. Miglio---P. Schiera (a cura di) *Le categorie del politico*, cit., p. 109.

⁶⁰⁰ Ivi, p. 111.

⁶⁰¹ Sulla differenza genealogica tra *Inimicus* e *Hostis* si veda G. Miglio (a cura di) *Amicus (inimicus) Hostis. Le radici concettuali della conflittualità privata e della conflittualità pubblica*, cit.

puramente controfattuale, in assenza cioè di alcuna conferma cognitiva. E ciò, almeno laddove si pretenda di considerare l'altro, ai fini delle aspettative normative, non come mero individuo, e cioè come essere che valuta in funzione di criteri di soddisfazione o insoddisfazione --- ma come persona, che agisce pertanto sulla base di parametri di liceità ed illiceità, dovendo quindi anche questa aspettativa normativa essere confermata, fondamentalmente, in una dimensione cognitiva, in maniera tanto maggiore quanto maggiore sia la rilevanza della norma in questione"⁶⁰².

Da questa serie di considerazioni emergono due rilievi: il primo --- che svilupperemo - rappresentato dalla relazione persona/individuo, che inerisce strutturalmente quella di cittadino/nemico, e che si pone alla base di tutta la costruzione dogmatica del *Feindstrafrecht*; il secondo punto ha a che vedere in particolare con la persona, la quale, come riferito all'inizio, non conosce - in Jakobs e in parte della dottrina penale contemporanea --- alcuna riserva individualistica, anzi, afferma sempre il giuspenalista di Bonn, "le persone devono essere soggetti" ⁶⁰³ (Die person kennt individualistischen Vorbehalt, viel mehr sollen Personen sein Subjekte).

Al di là di qualche oscurità terminologica, quest'equiparazione tra la persona e il soggetto è fondamentale perché di fatto determina - in Jakobs e nella dogmatica penale - una forma di *discriminazione istituzionalizzata*: se si riconduce infatti l'essere persona solo al modello astratto di *soggetto funzionale*, in ragione di tale equivalenza, a chi non è considerato persona - quindi *soggetto* --- ma un mero individuo, viene negata sistematicamente qualsiasi appartenenza alla comunità sociale e giuridica e i diritti di tutela ad essa connessi. Sono queste, forse, formule teoriche prive di legame, di contatto con la realtà? In riferimento alla diade persona/individuo, e alla corrispondente riduzione ontologica della persona al soggetto ovvero la sua sussunzione in un modello formale di imputazione, si potrebbe citare il caso delle misure di sicurezza/prevenzione: tali misure esistano, infatti proprio

⁶⁰² G. Jakobs, *Diritto penale del nemico*, in M. Donini---M. Papa (a cura di) *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, cit., pp. 16 e ss.

⁶⁰³ G. Jakobs, *Norm, Person, Gesellschaft. Voruberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, cit., p. 126.

allo scopo di disconoscere, a certi individui, lo status, la qualità di soggetti (di diritto), svolgendo esclusivamente una funzione di profilassi e difesa sociale.

Parlando di misure di sicurezza/prevenzione, si potrebbe poi evocare il ruolo, il significato, delle tante norme penali di carattere costitutivo – tra le quali proprio le misure di sicurezza/prevenzione --- presenti nell'ordinamento: tali norme operano, infatti, una distinzione tra soggetti, che, in concreto, si mostra come una forma di *discriminazione istituzionalizzata*: “Le norme penali costitutive, infatti, non vietano ma immediatamente puniscono; o, se si vuole, non vietano di agire ma vietano di essere”⁶⁰⁴. La duplice opposizione proposta da Jakobs – tra persona e individuo/cittadino e nemico – sembra quindi essere ben presente, seppur in maniera strisciante, nel tessuto ordinamentale. Soffermiamoci a riguardo ancora sulla natura delle norme costitutive. Nota sempre Ferrajoli: “la costitutività penale è per principio costitutività di diseguaglianze e di discriminazioni. Punendo e reprimendo le identità devianti, indipendentemente dalle azioni commesse, le norme penali costitutive presuppongono che gli uomini siano diversi, naturalmente o socialmente. Ed esprimono perciò l'intolleranza per le persone a---normali o semplicemente diverse, identificate da caratteristiche intrinseche, quali che siano i criteri delle loro differenziazioni”⁶⁰⁵.

In ragione di ciò, dunque, se sulle norme costitutive si possono individuare gli assi su cui poggia un vero e proprio trattamento giuridico discriminatorio, tali norme possono ispirarsi, in un certo qual modo, alla diade persona/individuo? In effetti, come in Jakobs, anche il discorso relativo alle norme costitutive rimanda ad un sistema in cui chi non rispecchia precisi standard viene di conseguenza escluso, ostracizzato sul piano legale, divenendo l'oggetto dell'azione recludente di misure a carattere amministrativo/penale. Si tratta quindi di un modello – quello

⁶⁰⁴ L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., p. 510.

⁶⁰⁵ Ivi, p. 511.

sviluppato da Jakobs sui concetti di persona/individuo – legittimo ed euristicamente valido?

2.2 Jakobs e l'equiparazione della persona al soggetto: linee di continuità rispetto alla tradizione giuridica moderna

Giunti qui, ci chiediamo: tale opposizione --- tra individuo e persona --- che nei fatti determina una riduzione ontologica --- della persona al soggetto funzionale --- può essere ascritta, sul piano teoretico, solo a Jakobs? Ad una attenta analisi, l'intero discorso qui abbozzato – riguardante l'inclusione della persona nell'ambito concettuale del soggetto e il latente effetto discriminatorio che, nella realtà giuridica, soprattutto in quella penale, esso comporta – non rappresenta affatto una novità, né può essere circoscritto solo al campo della dogmatica. Quello che occorre sottolineare, infatti, è che, al di là di Jakobs, la soggettivazione giuridica della persona – la sua sussunzione cioè in uno schema di imputazione legale formale – rappresenta un principio cardine della teoria del diritto moderna.

In tal senso, però, proprio “L'esperienza storica, peraltro, ha mostrato che anche il riferimento al soggetto si è fortemente connotato come dispositivo di esclusione. L'astratta capacità giuridica, formalmente unificante ed egualitaria, si è rivelata inadeguata come strumento effettivo di tutela di fronte alle nuove e terribili pretese di regimi che discriminavano e s'impadronivano brutalmente del corpo stesso delle persone. (...) Il soggetto è stato schermo fragilissimo quando, attraverso la norma giuridica, si sono volute realizzare forme radicali di esclusione, come è accaduto appunto per le leggi razziali”⁶⁰⁶. Sono, queste ultime, parole di Rodotà, il quale, come detto, le riferisce prevalentemente al quadro civilistico sebbene le seguenti parole ben possono individuare una tendenza presente anche nel penale. Non è un caso allora che Jakobs, la sua costruzione del *Feindstrafrecht*, sia tutta immanente ad una tradizione ---

⁶⁰⁶ S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, cit., pp. 140 e ss.

quella tedesca --- dalla quale lo studioso di Bonn peraltro direttamente proviene, che da sempre associa lo statuto della persona allo schema formale del soggetto, operando, di riflesso, una sorta di riduzione (=discriminazione) nello statuto ontologico della persona. Afferma, in merito, sempre Rodotà: “Semplificando assai, si potrebbe individuare una tradizione di matrice tedesca che fa prevalere una nozione astratta di soggetto e assegna quindi alla persona soprattutto la funzione di consentire una distinzione tra persona fisica e persona giuridica” ⁶⁰⁷ . Col *Feindstrafrecht*, quindi, si agirebbe all’interno (e non fuori) ad una tradizione dottrinale – di natura secolare --- che, vede nella persona, semplicemente, un soggetto titolare di diritti e doveri secondo un modello astratto, normativamente pre---definito, il quale, sovente, nel momento stesso in cui è stato posto, ha prodotto forme di esclusione (sociale, giuridica).

In particolare, per spiegare il riduzionismo – della persona al soggetto --- latenti al fondo della costruzione jakobsiana, basterebbe fare riferimento a tale affermazione: “nessun contesto normativo, quale è anche quello della cittadinanza, della persona in diritto, è tale per se stesso, ovvero si auto---afferma” ⁶⁰⁸ (Kein normativer Zusammenhang, und auch der Bürger, die person im Recht, ist ein solcher, gilt aus sich heraus). Nonostante tale si mostri come un riduzionismo ben temperato --- nel senso che la costruzione normativa del soggetto per essere valida deve avere una presa sulla realtà--- la definizione di persona – in Jakobs – rimane comunque ancorata al perimetro della giuridicità formale: essa – la persona – rappresenta infatti *un contesto normativo*, il luogo cioè, in cui lo statuto della persona è determinato continuamente dalla serie di diritti e di doveri che lo Stato attribuisce, e questi ultimi risultano per essere continuamente oggetto di una curvatura in senso funzionale.

⁶⁰⁷ Ivi, p. 151. Scrive sempre l’autore: “La prevalenza di una impostazione di carattere soltanto astratto ha comportato una riduzione del senso e della portata della nozione di persona, dunque una spersonalizzazione del soggetto”.

⁶⁰⁸ G. Jakobs, *Diritto penale del nemico*, in M. Donini---M. Papa (a cura di) *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, cit., p. 14.

Analogamente sempre Jakobs dichiara: “Una società normativamente strutturata non collega gli individui umani, piuttosto le persone. Le persone sono gli indirizzi, costruiti in modo comunicativo, dei diritti e dei doveri. L’ordine normativo, è realmente sociale, quando conduce al reale orientamento”⁶⁰⁹ (Eine normativ strukturierte Gesellschaft verbindet nicht menschliche Individuen, viel mehr Personen. Personen sind die Kommunikativ konstruierten Adressen von Rechten und Pflichten. Die normative Ordnung, das Recht, ist gesellschaftlich wirklich, wenn sie die wirkliche Orientierung leitet).

Se la società dunque non collega individui ma persone, intese come indirizzi --- costruiti in modo comunicativo --- dei diritti e dei doveri, lo statuto della persona (dunque anche del soggetto di reato) è irriducibile alla dimensione del singolo individuo, rimanendo legata – e dipendente --- dall’ordine sociale e giuridico. Nulla di nuovo si potrebbe dire. Sul tema, infatti, Anna Pintore, discutendo dell’approccio della filosofia analitica allo statuto della persona, qui affrontato, riporta le tesi di Kelsen e scrive: “Kelsen, com’è noto, inserisce la sua critica al dualismo persona fisica – persona giuridica nell’ambito della critica più generale al dualismo ideologico diritto soggettivo---diritto oggettivo. La sua tesi è che entrambi i concetti – persona fisica e persona giuridica – sono solo costruzioni ausiliarie della scienza giuridica, personificazioni di un complesso di obblighi e autorizzazioni, cioè di norme giuridiche, Quindi, per Kelsen, anche la persona fisica non coincide con l’uomo in senso biologico. D’altra parte il diritto regola soltanto comportamenti umani: perciò anche i diritti e doveri della così detta persona giuridica sono nient’altro che diritti e doveri di individui umani”⁶¹⁰.

Al di là delle ambiguità pur presenti nella riflessione kelseniana, riguardo allo statuto della persona emerge, dunque, facendosi largo, anche nel giurista praghese (come in Jakobs), quella consuetudine interpretativa che

⁶⁰⁹ G. Jakobs, *Individuum und Person*, cit., p. 266.

⁶¹⁰ A. Pintore, *Il concetto di persona giuridica nell’indirizzo filosofico analitico*, in “Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno”, 1982/83, p. 737.

sarà centrale nella scienza giuridica tedesca e che vede la persona, semplicemente, come una costruzione ausiliaria, un artificio, una personificazione di un insieme di obblighi e autorizzazioni, cioè di norme, fatti, giuridici⁶¹¹.

Se, quindi, la persona – il suo statuto --- è dipendente dalla società ed è ad essa strutturalmente connessa, in virtù di ciò si può comprendere l'operazione – realizzata da Jakobs --- di partire proprio dalla diade persona/individuo per trarre (da questa) lo spunto per una duplice caratterizzazione del soggetto (di reato). Tra l'altro, come afferma anche Cotta: “la più divulgata via oggi proposta per giungere a una rinnovata definizione della persona, che non cada nei citati esiti riduttivi o astratti della sua evoluzione semantica, non è quella di un approfondimento della comprensione della realtà strutturale espressa o esprimibile con la nozione di persona. La via è un'altra ed ha il suo punto di partenza nella *distinctio per oppositionem* tra persona e individuo”⁶¹². Ma, se nella costruzione della categoria di persona funzionale ad essa è l'opposizione con l'individuo, è possibile, ci domandiamo --- trattando del soggetto del reato --- individuare chi è persona – dunque soggetto titolare di garanzie --- solo in base al suo grado di aderenza all'ordinamento? Tali – la persona e l'individuo --- possono rappresentare due categorie, divergenti, nella dottrina del reato? Tale opposizione non corre il rischio, invece, di svuotare di senso costituzionale il sistema penale chiuso in un modello teorico a metà tra formalismo e funzionalismo? Esistono recenti studi che pongono, al contrario, la categoria di persona, oltre il rigido schema della giuridicità ordinaria e formale⁶¹³.

⁶¹¹ Afferma testualmente Kelsen: “la cosiddetta persona fisica non è (...) un uomo, bensì l'unità personificata delle norme giuridiche che attribuiscono doveri e diritti al medesimo uomo. (...) La cosiddetta persona fisica è una persona giuridica”. Cfr. H Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 198.

⁶¹² S. Cotta, *Persona (Voce)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1983, p.162.

⁶¹³ Afferma sempre Cotta: “il tentativo di definire la persona mediante la sua opposizione all'individuo si rivela insoddisfacente perché privo di fondamento. Ciò non significa affatto, giova ripeterlo, che le analisi compiute sulle modalità dell'esistenza autentica e di quella inautentica siano trascurabili. Esse hanno avuto il merito di richiamare l'attenzione sulle diverse possibilità esistenziali aperte all'uomo dalla sua libertà. Ma hanno avuto il torto di

In merito, ad esempio, Viola sostiene che “qualsiasi riduzionismo è una mortificazione della persona e, soprattutto, il riduzionismo che restringe la persona alle sue attività e alle sue concrete manifestazioni. È stato già notato che, quanto più si è evidenziato il valore della persona dal punto di vista morale e giuridico, tanto più è entrata in crisi la sua dimensione ontologica (...). Quest’allontanamento della cultura contemporanea dalla dimensione ontologica della persona è spiegabile con il fatto che le caratteristiche della persona, venute alle luce nello sviluppo storico della coscienza, non sono afferrabili dalle tradizionali categorie ontologiche”⁶¹⁴. Insomma, se la persona è un “*unicum non universalizzabile*”⁶¹⁵, qualsiasi sua interpretazione/riduzione allo schema formale del soggetto di diritto e, di riflesso, qualsiasi sua opposizione strumentale alla categoria di individuo, considerato come non persona e dunque nemico, rischia di essere fallace e soprattutto pericolosa, quando si tratti di diritto penale.

Ma, su questo, come detto, occorre operare dei chiarimenti. Se la dogmatica sul soggetto è, in Jakobs, come finora ricordato, caratterizzata da un profondo riduzionismo – della persona al soggetto funzionale (di diritto) – e tale ricalca una tendenza precisa della scienza giuridica tedesca, “La definizione abitualmente ricorrente”, allargando il discorso all’intero complesso delle scienze sociali, vede infatti la persona esclusivamente “come individuo provvisto di status sociale” e quindi, per tale ragione, “La considerazione della persona (...) corrisponde alla stessa determinazione concettuale del termine come di un agente morale, o un soggetto di diritti civili e politici o, in generale, un membro di un gruppo sociale. L’uomo è

risolvere la questione in modo nominalistico”. Cfr. S. Cotta, *Persona (Voce)*, in *Enciclopedia del diritto*, cit., p. 164.

⁶¹⁴ F. Viola, *Lo statuto giuridico della persona in prospettiva storica*, in G. Pansini (a cura di) *Studi in memoria di Italo Mancini*, Napoli, Esi, 1999, p. 641. Scrive l’autore: “L’essere persona è la permeabilità dell’individuo, che pure in tal modo non si perde, ma realizza se stesso. Su di essa si fonda l’idea della solidarietà nel bene e nel male tra gli esseri umani. La persona tende ad espandersi al di là dell’umanità. La problematica attuale del diritto degli animali ci mostra fino a che punto la persona umana tenda ad abbracciare in sé tutto il creato. La persona tende ad espandersi e a personalizzare. Ma sarebbe un nonsenso tutelare i volti della persona se non per rispetto della persona stessa. Sarebbe come dare dignità alle maschere, alle sempre nuove maschere della commedia umana, e non all’uomo che le impersona”.

⁶¹⁵ *Ibidem*.

persona in quanto, in tali suoi compiti, è essenzialmente definito dalle sue relazioni con gli altri”⁶¹⁶.

Se la relazione con gli altri definisce, buberianamente⁶¹⁷, lo statuto della persona, è chiaro come, partendo da questo quadro teorico, non tutti i soggetti saranno considerati come persone, quindi titolari degli stessi diritti e garanzie, ma solo quelli che prestano adeguate garanzie al rispetto delle norme, solo quelli cioè che vivono in una *interazione istituzionalizzata* con gli altri. “In altri termini” rileva Bagolini, spostando il ragionamento sul piano metaetico, “sta di fatto che di fronte all’altro la persona agisce moralmente quando si comporta in maniera coerente rispetto a un principio sulla base del quale essa non è padrona dell’altro ma è responsabile di ciò che fa rispetto all’altro. Questo principio è profondo e misterioso, è immanente alla coscienza ma peraltro la trascende e la oltrepassa, è cioè trascendente nella sua immanenza”⁶¹⁸.

Forti dell’ultima serie di considerazioni, le quali paiono surrogare il campo gnoseologico jakobsiano, si può allora dire che ogni riduzione della persona al soggetto fondi su un presupposto legittimo, che vede la persona stessa dimorante solo in una dimensione relazionale---giuridica? Andando anche oltre la riflessione che Jakobs stesso conduce – si veda tutto il dibattito sullo statuto dell’embrione – infatti, “si assiste, in alcuni orientamenti di pensiero, ad una tendenza restrittiva nell’attribuzione del significato di persona all’essere umano: molti autori, in forza di argomenti basati su nuovi dati scientifici, non riconoscono la coincidenza essere umano/persona. Tale non---coincidenza può essere intesa in un duplice senso: non ogni essere umano è persona (...) e non ogni persona è un essere umano (...). La prima affermazione è attenuata dal riconoscimento che alcuni esseri umani, che *non* sono persone, *possono* diventare persone, ove il verbo potere nasconde una complessa e ambigua distinzione tra possibilità e potenzialità. Si tratta, in definitiva, o di riconoscere la

⁶¹⁶ G. Fornero, *Persona (Voce)* in *Dizionario di filosofia*, Torino, Utet, 1998, p. 814.

⁶¹⁷ Cfr. L. Bagolini, *La persona nell’esperienza morale e giuridica*, in “Rivista internazionale di Filosofia del diritto”, 1989, pp. 240---249.

⁶¹⁸ Ivi, p. 243.

coincidenza *tout court* tra essere umano e persona, tra vita umana biologica e vita umana personale, o di giustificare la differenziazione tra essere umano e persona, posticipando l'inizio o anticipando la fine della persona (cronologicamente) rispetto all'inizio e alla fine della vita biologica dell'essere umano. Nel secondo caso la nascita e la morte della persona non coinciderebbero con la nascita e con la morte biologica naturale"⁶¹⁹. Se è palese il senso, l'importanza --- e la pericolosità --- di tali concettualizzazioni quando si tratti di porle a fondamento dell'agire penale --- soprattutto per stabilire il grado d'imputabilità personale e le possibili scriminanti dell'azione -- ciò che va riconosciuto, comunque, è che, in Jakobs, tale non--- coincidenza -- tra persona e individuo -- riguarda principalmente la sua declinazione in senso funzionale/sistemico, per cui l'individuo è privo di qualsiasi attributo tale da definirlo persona -- quindi soggetto funzionale di diritto titolare di garanzie --- non perché imperfetto da un punto di vista del *bios*, ma perché si pone al di là del campo della giuridicità formale.

Inoltre, se la persona, per essere riconosciuta tale, sul piano giuridico, deve prestare adeguate garanzie rispetto al riconoscimento (della vigenza) delle norme --- deve cioè essere costantemente introiettata nel tessuto ordinamentale --- ciò riverbererà inevitabilmente, come visto, al livello del trattamento sanzionatorio -- favorendo, verso colui che si ritiene pericoloso, l'anticipo sistematico della tutela. Ogni differenziazione nello statuto del soggetto (di reato) non sarà data quindi (solo) da mere considerazioni di ordine naturale, per cui è possibile distinguere --- come fanno alcuni --- tra persona potenziale o persona sensibile partendo dallo studio delle varie tappe dell'evoluzione della vita, fin dai primi giorni, e da queste dedurre considerazioni di ordine giuridico⁶²⁰: in una prospettiva sistemica lo statuto del soggetto agente sarà condizionato innanzitutto, come visto, dal livello di aderenza funzionale all'ordinamento per cui, esso -- il soggetto di reato -- è,

⁶¹⁹ L. Palazzani, *Essere umano o persona? Persona potenziale o persona possibile?*, in "Rivista internazionale di Filosofia del diritto", 1992, p. 447.

⁶²⁰ Cfr. sempre L. Palazzani, *Essere umano o persona? Persona potenziale o persona possibile?*, cit., in particolare pp. 448 e ss.

in Jakobs, e in parte della dottrina giuridica contemporanea, innanzitutto una costruzione sociale (Eine normativ strukturierte).

Nel penale dunque, più ancora che nel civile, si rimarrebbe ancorati al perimetro di una dimensione meramente artificiale della persona. Ciò serba possibili significati. Il più importante è quello, come varie volte ricordato, che il *Feindstrafrecht*, inscrivendo lo statuto della persona nelle logiche autopoietiche del sistema sociale e giuridico, opera una sorta di *organicismo penale*⁶²¹. Se, infatti, "Soltanto l'ordine delle persone fonda una società, questa intesa come mondo normativo che non risulta neanche già da una relazione dei mondi singoli"⁶²² (Erst die Ordnung der Personen begründet eine Gesellschaft, diese verstand en als normative Welt, die nicht schon aus einer Zusammenfassung der individuellen Welten resultiert) appare evidente l'affermarsi, in quest'ordine, di un *processo di de-individualizzazione dell'individuo*, del quale si è riferito discutendo delle tesi capograssiane, determinando tra l'altro una modificazione nello statuto della pena e della colpa nel senso di una loro stretta funzionalizzazione. Nota, infatti, il filosofo e giurista italiano: "E questo individuo così conformato, è avvolto da ordinamenti giuridici, che hanno la costante tendenza a togliere valore alla sua volontà, alla sua autonomia, a sottoporlo a schemi e discipline, in cui egli è come un elemento di formazioni e di interessi che lo trascendono, e che perciò contribuiscono anch'essi ad abituarlo se non altro a fare a meno della sua individualità, a farlo entrare o rientrare nel tipo generale che vede sente e vuole per come è suggerito dalla rete di suggestioni di imposizioni o di organizzazioni nella quale è preso"⁶²³. Così si mostra in concreto --- lo ripetiamo --- il soggetto (di reato) nella teorica jakobsiana⁶²⁴.

⁶²¹ Pur con tutte le variabili del caso, riconducibili più o meno direttamente alla teoria hegeliana dello Stato come unità organica.

⁶²² G. Jakobs, *Norm, Person, Gesellschaft*, cit., p. 125.

⁶²³ G. Capograssi, *Incertezze sull'Individuo*, in *La vita etica*, cit., p. 527 ess.

⁶²⁴ Un soggetto che, spogliato della propria individualità, si trova ridotto, come bene afferma Ferrajoli, a sotto sistema psico--fisico funzionalmente integrato nel tessuto ordinamentale. Cfr. L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., pp. 264 e ss.

Stante dunque questa *de---individualizzazione del soggetto*, riguardo all'opposizione tra individuo e persona occorre aggiungere che essa, sebbene fondi la teorica jakobsiana suffragandone il tentativo di stabilire il carattere artificiale (rectius funzionale) della categoria di soggetto (di reato), non caratterizza affatto solo la dogmatica penale, rappresentando invece un punto specifico costante dell'intera riflessione filosofico---giuridica: se, infatti, come rileva anche Cotta, "fra persona e individuo la distinzione è antica, classica"⁶²⁵, a suo modo Jakobs riutilizzerebbe tale distinzione/opposizione per avvalorare la propria proposta teorica e per (ri)fondare, sulle basi di una bipolarità sistemica, le logiche del sistema penale.

Nondimeno, molte sono le aporie che presenta la diade persona---individuo, tanto da poter pregiudicare l'intera costruzione jakobsiana sul soggetto (di reato). "In realtà", come ammette sempre Cotta "la distinzione tra i due termini è segnata con precisione nella filosofia cristiana a partire da Boezio, venendo poi sviluppata dalla Scolastica. Ma si tratta di una distinzione di tipo logico classificatorio e non di una opposizione carica di valenza assiologica. Individuo è termine generico, predicabile di ogni ente indivisibile e unitario, di cui sono composti tutti i generi e specie intramondani: dalle cose, agli animali, al genere umano. A sua volta persona designa l'individuo appartenente esclusivamente al genere degli esseri razionali. (...) Dunque, persona è il termine specifico spettante all'individuo dotato di ragione e quindi ad ogni uomo indipendentemente dal modo (e dal valore) delle sue realizzazioni esistenziali"⁶²⁶. Sarà utile, allora, (ri)definire alcuni punti del primo dei concetti che fondano la diade stessa, ovvero quello di persona, nella sua linea evolutiva classica.

Questo non significa tracciare una definizione onnicomprensiva del termine, impresa invero difficilissima data la vastità del relativo campo semantico ma semplicemente stabilire come la persona conosca vari

⁶²⁵ S. Cotta, *Persona* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, cit., p. 163.

⁶²⁶ Ivi, p. 165.

significati, tra loro irriducibili a quello finora proposto ovvero quello di *soggetto funzionale*.

2.3 *Il recupero del valore costituzionale del termine persona: tra artificializzazione giuridica e tradizione cristiana*

Come per ogni concetto, anche per quello di persona è necessario ripercorrere alcune delle fasi attraverso cui il concetto stesso ha assunto la sua attuale veste terminologica. Diciamo subito che, tentando una rapidissima operazione di *Begriffsgeschichte*, tale concetto pare seguire due filoni interpretativi: uno, come in precedenza ricordato, ascrive alla persona principalmente un valore artificiale o giuridico, l'altro invece partendo da un significato differente, arriva ad attribuirne un significato ontoteologico. Si può cioè immediatamente riconoscere come, la persona, si mostra, indagandone le origini, diversa dal modello euristico proposto da Jakobs il quale riprende, sostanzialmente, la teorizzazione giuridica moderna⁶²⁷.

Nella civiltà greca soprattutto e poi via via fino alla categorizzazione cristiana, la persona, lungi dal rappresentare un semplice modello di imputazione – di fatti, atti giuridici --- è legata ad una dimensione che, sebbene anch'essa artificialistica, mutua da un universo concettuale diverso, di matrice estetico---metafisica. Se, dunque, “in greco persona è dapprima *pròsopon* che, dal significato di maschera teatrale (...) viene a designare l'attore teatrale, che porta appunto la maschera. Come tale non designa affatto l'uomo (*ànthropos*) né in senso generale, o anche fisico, né tanto meno in senso etico---spirituale, bensì il personaggio, la parte recitata dell'attore che ricorre alla maschera per apparire ciò che non è in persona propria (...). Anche in latino persona è la maschera, (...) perciò persona è detta “a personando”, e quindi passa a designare la parte teatrale, il personaggio e non l'homo. Mentre, dunque, reale è l'uomo, la persona, sia

⁶²⁷ Teorizzazione giuridica moderna soprattutto d'indirizzo analitico. Cfr. A. Pintore, *Il concetto di persona giuridica nell'indirizzo filosofico analitico*, cit.

essa *pròsopon* o persona, è apparenza fittizia e ludica tanto più che, stante l'uso di non far recitare le donne in teatro, la maschera permette a chi è uomo di apparire donna. Nulla di più lontano dal significato odierno"⁶²⁸. Per chiarezza d'analisi, però, già nella civiltà romana si fece strada un uso giuridico della locuzione persona, per cui essa individuava uno status, un esserci specifico del soggetto all'interno dell'ordine sociale. Già per i romani si creò, infatti, quel circolo, quella simmetria, tale per cui se "la persona rappresenta la legge, il cittadino romano dev'essere, a tutti gli effetti, persona: colui che esibisce e porta in sé la legge romana in quanto ad essa prima di tutto si sottomette"⁶²⁹.

Fin con l'esperienza dello *Ius*, quindi, si determinò uno scarto che condusse ad una discriminazione: "già qui allora (...) nei suoi iniziali elementi costitutivi, si scorge in tutta evidenza il meccanismo fin d'ora in atto: la persona produce, o presuppone, una spaccatura fra una parte che rappresenta la legge e un'altra assoggettata alla prima (sottomessa alla legge). La categoria romana di persona è, dunque, ciò che produce, per dirla in termini foucaultiani, automaticamente una soggettivazione tramite assoggettamento. Persona è, infatti, nel sistema giuridico romano il dispositivo sulla base del quale vengono istituite delle separazioni capillari e concatenate: per es., tra uomo libero e schiavo; e poi all'interno dei liberi, fra ingenui e liberti; e poi tra padri e figli; e tra i figli: i figli divenuti *patres familias* a loro volta e gli altri; così via"⁶³⁰. Dunque, *il carattere artificiale---funzionale* della categoria di persona – così come rappresentata da quella dogmatica giuridica in cui muove lo stesso Jakobs – rimanderebbe all'universo della tradizione romana.

L'esperienza giuridica romana, però, sebbene culturalmente egemone, non conclude né esaurisce l'evolversi semantico del concetto di persona. Nel pensiero cristiano – che qui assume un significato decisivo --- si operò, infatti, affinché il termine (*pròsopon*), lungi dal serbare solo un valore

⁶²⁸ S. Cotta, *Persona* (Voce), in *Enciclopedia del diritto*, cit., p. 160.

⁶²⁹ E. L. Petrini, *Verso il soggetto impersonale*, in "Filosofia politica", 1, 2012, p. 46.

⁶³⁰ *Ibidem*.

tecnico---giuridico, assumesse “progressivamente un significato nettamente personalizzante (nel senso moderno)”⁶³¹ . Con la persona cioè si volle evocare, in una prospettiva ontoteologica, il (volto del) figlio di Dio e, in ragione di questo, “*pròsopon* acquista definitivamente la nuova valenza semantica (non più metaforica) di persona individuale e individuata”⁶³².

Vivendo in una dimensione tra materialità e trascendenza, la persona arrivò cioè a rappresentare, nel pensiero cristiano, qualcosa più di un semplice status, incarnando, all’interno del paradigma trinitario, lo specchio della relazione tra Dio e l’uomo⁶³³.

C’è un motivo allora per cui è giusto qui accennare alla caratterizzazione cristiana discutendo del termine persona, nel solco della dogmatica penale e, in essa, della teorica sul *Feindstrafrecht*, pur nei limiti di uno studio che, presentandosi come essenzialmente filosofico---giuridico, non può certo assumersi l’onere di una disquisizione teologica? In breve, e semplificando, si potrebbe definire l’operazione jakobsiana – come altre, nel panorama della dottrina giuridica moderna --- come un tentativo di *tecnicizzazione* della terminologia filosofico/teologica originaria laddove, per *tecnicizzazione*, intendiamo una de---moralizzazione, uno svuotamento dei contenuti assiologici, morali, operato dalla scienza giuridica. Quello che emerge cioè, in relazione alla categoria di persona così come costruita da Jakobs, è una *dogmatica delle categorie* e non dei principi: la categoria di persona, infatti, all’interno della teoria jakobsiana, lungi dal serbare un contenuto morale,

⁶³¹ S. Cotta, *Persona* (Voce), in *Enciclopedia del diritto*, cit., p. 160.

⁶³² Ivi, p. 161.

⁶³³ Esempio, in questo senso, ciò che scrive San Tommaso: “Non c’è in Dio distinzione se non in virtù delle relazioni di origine. Ma la relazione in Dio non è come un accidente che inerisca al soggetto, ma è la stessa essenza divina sicché è sussistente al modo stesso in cui sussiste l’essenza divina. Come la deità è Dio così la paternità divina è Dio Padre, che è Persona divina: dunque la Persona divina significa la relazione in quanto sussistente; cioè significa la relazione nella forma della sostanza, che è l’ipostasi sussistente nella natura divina; sebbene ciò che sussiste nella natura divina non sia altro che la natura divina”. Al di là della difficoltà del linguaggio, racchiuso nella disputa teologica, emerge l’immagine, come detto, in tutta la speculazione patristica, della persona individuale e individuata colta nella sua dignità di ente supremo della creazione divina. Cfr. G. Fornero, *Persona* (Voce), in N. Abbagnano (a cura di) *Dizionario di filosofia*, cit., p. 815.

può essere compresa solo alla luce del funzionalismo giuridico ad essa sottesa⁶³⁴.

L'obiezione che si può porre allora, a Jakobs, è la seguente: se l'operazione è quella di sottrarre, nel solco dell'artificialismo giuridico moderno, la persona alla propria polisemia – per cui essa può evocare tanto la maschera dell'attore quanto il volto santo del Cristo – venendo declinata solo come un soggetto astratto titolare di aspettative giuridiche, non si corre il rischio che le venga ritagliato – alla persona --- un abito semanticamente troppo stretto?

A questo interrogativo si potrebbe rispondere che la categoria di persona, così come sedimentatasi nel pensiero occidentale, grazie anche al contributo della riflessione cristiana, presenta un patrimonio di senso irriducibile alla caratterizzazione proposta da Jakobs. Scrive, infatti, Chiodi affrontando di recente il tema delle radici teologiche del concetto di dignità umana e in questo svolgendo una rigorosa ricostruzione del pensiero di Pico della Mirandola: “Nella narrazione biblica l'uomo appare come ultima di tutte le creature, animate e inanimate. Nell'interpretazione teologica pichiana il Creatore, dopo il quinto giorno, aveva esaurito tutti gli archetipi disponibili, avendoli impiegati per dar corpo a tutti gli esseri animati ed inanimati della sua creazione e a tutto il cosmo celeste e terrestre. Tuttavia egli doveva ancora completare l'opera, perché nella sua onnipotenza infinita non poteva essere incapace di una nuova creazione, né la sua potenza creativa poteva dipendere dal numero degli archetipi. Questo completamento avvenne al sesto giorno con la creazione dell'uomo”⁶³⁵. Da qui si delinea il profilo ontoteologico della persona umana, ovvero dal fatto che “L'uomo comparve, dunque, senza possedere un suo proprio archetipo, e quindi senza esserne in alcun modo vincolato, a differenza di tutte le altre creature”⁶³⁶. Ciò dunque, questa sua natura in---determinata, “ha reso l'uomo capace di assumere in sé tutti gli altri archetipi, ne ha fatto un essere senza

⁶³⁴ Se la persona è intesa, infatti, solo come fasci di aspettative normative, essa evocherà una giuridicità nei suoi tratti, caratteri, estremamente formale, lontana dal suo significato originario di ente morale. Cfr. G. Jakobs, *Individuum und Person*, cit.

⁶³⁵ G. M. Chiodi, *Sul concetto di dignità umana nella Oratio de hominis dignitate di Giovanni Pico della Mirandola*, in “Rivista internazionale di Filosofia del diritto”, 2013, pp. 40 e ss.

⁶³⁶ *Ibidem*.

una forma ed un'essenza propria prestabilite, ma in grado per le sue potenzialità di realizzarle tutte"⁶³⁷.

Ci chiediamo: l'intero discorso pichiano, che Chiodi puntualmente ripropone ricostruendolo in diversi suoi punti, e che rilancia la dimensione ontoteologia del concetto di dignità e di persona, può forse trovare una sua declinazione, oggi, nel linguaggio della dogmatica penale? Si badi: qui non si auspica una (ri)teologizzazione del diritto penale, delle sue categorie, quello che è evidente però è il pericolo di chi voglia ridurre lo statuto della persona a mero schema di imputazione, a spettro di aspettative normative⁶³⁸.

Sia chiaro: come nota anche Rodotà "L'invenzione del soggetto di diritto, l'istituzione dell'uomo come soggetto non solo nel mondo giuridico, rimangono uno dei grandi esiti della modernità, di cui vanno compresi i caratteri e la funzione storica"⁶³⁹. Nondimeno "Quel che va respinto è un uso politico che ha via via sterilizzato la forza storica e teorica di quell'invenzione, riducendo il soggetto ad uno scheletro che isolava l'individuo, lo separava da ogni contesto, faceva astrazione dalle condizioni materiali"⁶⁴⁰.

Ciò rappresenta, secondo chi scrive, forse il limite --- il più evidente? -- della proposta teorica jakobsiana --- che però, come detto, ricalca un limite che è di larga parte della scienza giuridica moderna e, in essa, in particolar modo, di parte della dottrina penale tedesca. L'uso del termine persona in Jakobs è, infatti, come riferito, tutto inscritto in una tradizione, che, lungo un processo di vari stadi, ha condotto il termine (quasi) completamente nella sfera del soggetto (funzionale) di diritto, con questo però impoverendone -- e artificializzandone --- lo statuto.

⁶³⁷ *Ibidem*.

⁶³⁸ Crediamo, forse a torto, che la teoria di Jakobs, in riferimento alla caratterizzazione del termine persona, appaia per certi aspetti, per il suo carattere tecnico e di svuotamento del livello assiologico e morale sotteso al diritto, come una sorta di nichilismo giuridico. Ma, nondimeno, la questione andrebbe approfondita meglio. Cfr. N. Irti, *Nichilismo giuridico*, Roma--Bari, Laterza, 2004.

⁶³⁹ S. Rodotà, *La rivoluzione della dignità*, cit., p. 12.

⁶⁴⁰ *Ibidem*. Sulla creazione della categoria di soggetto di diritto si veda anche YC. Zarka, *L'invenzione del soggetto di diritto*, in "Filosofia politica", 3, 1997, pp. 427--444.

“Nel suo sforzo di aderire alla realtà fenomenica dell’agire, la riflessione giuridica moderna, specie nel secolo XIX, viene a concretare ideologicamente, anche se non sempre giuridicamente, la persona nella figura dominante del proprietario. In questo senso, la persona diviene il fulcro del cosiddetto individualismo giuridico”⁶⁴¹.

L’operazione teorica che qui si suggerisce, in contrapposizione al *Feindstrafrecht* e in riferimento allo statuto della persona, è allora quella di una sua possibile *de---soggettivazione*. Liberare la persona (e l’individuo) da una interpretazione che la vede ristretta nelle maglie di un rigido funzionalismo significa infatti andare oltre, come notava Viola, al campo della pura giuridicità formale e ordinaria.

Per chi scrive, il cortocircuito espresso dal processo di funzionalizzazione della persona, sviluppato da Jakobs, può essere risolto facendo riferimento al dettato costituzionale che quell’idea di persona in senso cristiano, della quale si è detto, come *essere dalle infinite potenzialità*, in qualche modo riprende. Infatti, “parlando di persona, la Costituzione non intende l’astratto individuo, ma la persona sociale”⁶⁴². Avendo come punto fermo i valori espressi dalla carta costituzionale, rileva Bricola: “L’art. 27, 1 comma Cost., prescrivendo il carattere personale della responsabilità penale, assume un particolare significato nella ricostruzione del volto costituzionale dell’illecito penale. (...) Nel suo contenuto minimo il disposto costituzionale afferma il divieto della responsabilità penale per fatto altrui, ossia il divieto di strumentalizzare la libertà personale dell’uomo per il raggiungimento di obiettivi di politica criminale, prescindendo da un suo comportamento criminoso”⁶⁴³.

⁶⁴¹ S. Cotta, *Persona* (Voce) in *Enciclopedia del diritto*, cit., p. 162.

⁶⁴² S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 149.

⁶⁴³ F. Bricola, *Teoria generale del reato. Estratto dal Novissimo Digesto Italiano*, cit., p. 51. “In conclusione” nota l’autore (p. 59) “dalla Costituzione emerge la qualificazione del reato come illecito personale, da intendersi nel senso che la sua imputazione ad un soggetto deve essere sempre condizionata alla possibilità da parte di questi di conoscere la norma incriminatrice, e alla presenza di un coefficiente soggettivo identificabile quanto meno nella colpa”. Qui la colpa ovviamente non è intesa in senso funzionale ma in senso personalistico.

Qui il diritto (costituzionale) è ben lungi dal disegnare un modello di astrazione formale alla Jakobs affidando alla persona un valore diverso, di carattere sociale, *esistenziale*. È chiaro, infatti, come il ragionamento bricoliano – così come ogni ragionamento che rigorosamente mutui dai principi costituzionali --- si ponga radicalmente in antitesi con la caratterizzazione della persona (e dell'individuo) secondo il modello euristico funzionale o jakobsiano: partendo dallo schema dell'art. 27 Cost., infatti, la persona non può mai essere considerata come un mero strumento utile nel processo di stabilizzazione – normativa, sociale --- dell'ordinamento.

A riguardo, bisogna però ricordare una lacuna storica della dogmatica penale tedesca, che, rispetto a quella italiana – quest'ultima soprattutto con Bricola prima, Ferrajoli poi --- ha storicamente dedotto le categorie concettuali del reato facendo poco o scarso riferimento al quadro costituzionale ad esse sotteso: la costituzione tedesca, infatti, al contrario di quella italiana, in materia penale, lascia imprecisata una serie di questioni avvolte in una ambiguità di sistema. In tal senso essa, “non prende posizione sul teleologismo delle pene e delle misure di sicurezza e, quindi, non cristallizza (...) la natura necessariamente offensiva dell'illecito penale”⁶⁴⁴. Qui si dimostra un *vulnus* storico del sistema penale tedesco e con esso il carattere “poco dinamico” della sua scienza giuridico penale, che, con Jakobs si mostrerebbe ancora una volta come una *dogmatica delle categorie* e non dei *principi*⁶⁴⁵, poco attenta cioè all'emergere dei valori afferenti al piano costituzionale e sociale⁶⁴⁶.

⁶⁴⁴ Ivi, p. 60.

⁶⁴⁵ Scrive Donini: “Il sistema di pensiero tradizionale e classificatorio, rappresentato dalle *categorie* (condotta, evento, dolo, colpa, danno e offesa, crimine e trasgressione, tentativo, autori, complici, circostanze, pena, misura di sicurezza, etc.) che in parte accompagnano la penalità dell'età greco---romana e medievale costituendo i mattoni del suo edificio, insieme alle *regole* che disciplinano le autonome fattispecie (le incriminazioni) – le fondamenta e i materiali normativi della costruzione – e ai *livelli sistematici di analisi* (azione, fatto/*actus reus*, anti-giuridicità, colpevolezza/*mens rea*, etc.), che ne contrassegnano la struttura portante, deve essere collegato e posto in tensione dialettica con un sistema di pensiero critico orientato ai *principi* (norme costituzionali e sovralegislative). I principi caratterizzano il discorso penale a partire dall'illuminismo e dall'età delle dichiarazioni dei diritti, per poi consolidarsi con le codificazioni e il costituzionalismo. Lo stile moderno del

Conclusioni: il Feindstrafrecht come modello euristico di comprensione della crisi della democrazia penale

Al termine di uno studio intorno ad un paradigma teorico sicuramente controverso e discutibile, qual è il *Feindstrafrecht*, ma al tempo stesso specchio rivelatore di tendenze di media e lunga durata all'interno della scienza e della prassi penale – le quali sarebbe inutile negare –, ci si chiede: il dibattito e le polemiche suscitate intorno alla costruzione teorica jakobsiana hanno oggi un senso per comprendere le (dis)funzioni del sistema penale? Per rispondere, è necessario assumere – ancor di più – posizione su alcuni dei punti più delicati presenti in esso. Innanzitutto discutere di un diritto penale del nemico è servito a prendere cognizione del fatto che lo sviluppo delle categorie dogmatiche non procede sempre in modo unitario, progressivo, ma al contrario tali categorie appaiono come il riflesso di una dialettica continua, divisa ciclicamente tra esigenze di tutela del singolo e difesa dello Stato: in tal senso il *Feindstrafrecht* segna la presenza, e la prevalenza, di quelle ragioni comunitarie, organicistiche, e securitarie, che fanno capo al diritto penale dalle origini della sua vicenda

diritto penale è quindi inseparabile dai principi, non lo si può comprendere senza di essi. Ma non si tratta, come è chiaro, di una novità estetica, quanto, piuttosto, di una trasformazione genetica e metodologica di tutto il vecchio sapere. Dopo l'illuminismo e il costituzionalismo, non è più possibile pensare al diritto penale né come un prodotto naturale (giusnatura), né solo come un sistema di regole decise dalla politica (oggi diremmo: dalla maggioranza) o dalla tradizione (la circolazione di qualche modello prestigioso e influente). Anche i progetti di qualche filosofo---legislatore, o di qualche giurista *maitre a penser*, non possono bastare: *il diritto penale ha bisogno di una giustificazione e di una legittimazione particolari e pubbliche*, pubblicamente discusse, in un quadro discorsivo e non solo tecnico---elitario, perché (...) esso *tende ad escludere il reo dal patto sociale, prima eventualmente di reintegrarlo*: gli faccia perdere o meno la libertà, o addirittura, come accade fuori d'Europa, anche la vita. In questo senso esso rimane un *ius singulare*. Il sistema delle regole, perciò, deve obbedire a un *sistema sovraordinato di principi condivisi*, e non imposti: principi politico---costituzionali, giuridico---costituzionali, e di scienza della legislazione". Cfr. M. Donini, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., pp. 61 e ss. ⁶⁴⁶ "E' tuttavia doveroso ricordare" afferma sempre Donini in un altro lavoro "che, se sono ben rappresentate a livello internazionale importanti analisi sui rapporti fra diritto penale e Costituzione, un vero orientamento costituzionalistico al diritto penale, quale esperienza collettiva, come esiste in Italia, non è dato riscontrarlo né in Germania, né in Spagna, né in America latina", paesi dove, diciamo noi, in qualche modo più è maturato – e non caso perché paesi privi di un apparato costituzionale penale idoneo --- il pensiero sul *Feindstrafrecht*. Cfr. M. Donini, *L'eredità di Bricola e il costituzionalismo penale come metodo. Radici nazionali e sviluppi sovranazionali*, in "Diritto penale contemporaneo", 2, 2012, p. 64.

evolutiva. Se von Liszt affermava, infatti, giunto all'apogeo del classicismo penale, che il diritto (penale) è l'argine della politica criminale, il *Feindstrafrecht*, la realtà giuridica che esso incarna, rappresenta al contrario la "rivincita" della politica criminale sul diritto, sui limiti e sulle garanzie di tutela proprie di questo. Un ritorno al passato, dunque? Indubbiamente le tesi jakobsiane possono essere lette anche (e soprattutto) in contro luce rispetto a quelle del razionalismo e del garantismo penale moderno: l'idea, infatti, che col *Feindstrafrecht* il diritto penale riprenda, riaffermandola, la tradizione premoderna dei *crimina maiestatis* e, in generale, del delitto politico è stata ampiamente sostenuta nel corso dell'analisi, soprattutto in riferimento al nucleo di reati contro la personalità dello Stato. Questo tipo di reati rappresenterebbe, infatti, la più concreta espressione di un diritto penale speciale, di particolare indice repressivo, orientato non secondo le logiche del diritto ordinario, garantista, ma secondo quelle dell'ostilità, dunque "del nemico", all'interno dell'ordinamento giuridico. Esistono per questo delle persistenze, proprie del contesto e della razionalità giuridico-penali, che sarebbe sbagliato eludere o negare: il diritto penale non è stato (purtroppo) solo diritto di garanzie, non ha svolto solo una funzione irenica, ma si è storicamente manifestato anche come diritto del più forte, diritto del potere in lotta contro i suoi avversari ⁶⁴⁷. Se la razionalizzazione politica e giuridica moderna, ispirata ai principi illuministici, ha tentato in parte (ma non del tutto) di "sterilizzare" quelle tendenze autoritarie e decisionistiche, proprie del diritto penale della prima modernità, in tal senso, allora, un utile

⁶⁴⁷ "C'è probabilmente un solo altro potere" scrive Alfieri "che abbia in comune con la pena questa natura di sicuro contrassegno della sovranità: il potere di decidere la guerra. In effetti, il nucleo irriducibile della statualità, al cui venir meno lo Stato stesso cesserebbe di esistere, è sempre stato identificato, più o meno esplicitamente, con le funzioni relative alla guerra e alla pena. Funzioni che vengono costantemente ricondotte all'esigenza della difesa, verso l'esterno e verso l'interno, dell'ordine sociale vigente, e quindi al monopolio della coercizione legittima. Sotto entrambi i profili, è la *violenza*, in quanto socialmente accettata, ed anzi socialmente richiesta, a connotare il potere sovrano: un dato che varrebbe la pena di non considerare scontato o problematico. Non poco ci sarebbe invece da riflettere sul fatto che, da sempre, simbolo della sovranità non è tanto lo scettro o la corona o la bilancia della giustizia, quanto la spada. La *stessa* spada, per la pena e per la guerra". Cfr. L. Alfieri, *Violenza, Pena e Ordine*, in M. Basciu (a cura di) *Diritto penale, controllo di razionalità e garanzie del cittadino*, Padova, Cedam, 1998, p.310.

utilizzo, che può essere fatto, della formula teorica jakobsiana può essere proprio quello di “evidenziare” laddove permangano quelle tendenze autoritarie e decisionistiche: usare l’apparato teorico del *Feindstrafrecht* in chiave critica, dunque, de---costruttiva, della realtà penale, così come essa si va manifestando nella prassi coeva. La tesi di fondo, quindi, è che il diritto penale del nemico rende evidente, con le sue radicalizzazioni, la radice politica – dunque polemologica, conflittuale --- del diritto penale, oggi come un tempo. L’utilizzo dello schema euristico del *Feindstrafrecht* deve essere fatto allora non per prescrivere, ma per descrivere --- in chiave ovviamente critica --- tutte quelle norme, quelle situazioni e quei fatti, che, manifestandosi nella realtà giuridica, palesano l’emergere (o il riemergere) e l’affermarsi, nel diritto penale, della dialettica securitaria e sistemica. Tale può essere una legittima conclusione. Se guardiamo alle varie categorie del reato discusse, alla pena, alla colpa, al bene giuridico, al soggetto agente, troveremo infatti in ognuna elementi che, partendo dalla critica alla riflessione sul *Feindstrafrecht*, sono utili per rifletterne e ri---definirne il perimetro, nella prospettiva di una loro interpretazione che sia autenticamente in senso garantistico e costituzionale. Partiamo dalla pena: in riferimento ad essa, si è visto come, nell’interpretazione jakobsiana, specchiante quella di molti altri autori nella dottrina contemporanea, prevalga una interpretazione della stessa in chiave preventiva, e, nello specifico, come prevenzione---integrazione. Partendo da questa considerazione si è osservato però come, in realtà, un’interpretazione siffatta sia troppo riduttiva delle funzioni penali --- manifeste o latenti --- che sono, secondo l’ordine costituzionale, anche quelle di retribuzione per il fatto illecito e, soprattutto, di rieducazione del soggetto---reo sottoposto alla sanzione. Allo stesso modo, rispetto alla colpa, non si può attribuirne solo un valore strumentale rispetto alle esigenze di prevenzione generale, sottese alla pena, ma, al contrario, la colpa deve essere vista, quale categoria dogmatica, come argine dell’intervento statale e, in ciò, collegata direttamente alla sfera personale del soggetto (agente). L’azione illecita cioè deve essere sempre attribuibile alla libera volontà di colui che decide

di delinquere, senza cadere in oggettivismi che minano il principio (costituzionale) della personalità della responsabilità penale. In tal senso, guardando alla fattualità delle norme, nei reati associativi, come visto, l'imputazione oggettiva (legata cioè all'appartenenza del soggetto all'organizzazione criminale) è (quasi) una regola: in questo, tale modello d'imputazione descrive bene l'appartenenza della fattispecie associativa al campo di un diritto penale emergenziale, di lotta, del nemico. Svolgendo l'analisi sempre nel campo della dogmatica sul reato, analoghe perplessità suscita poi la teoria del bene così come sviluppata da Jakobs e dai fautori della teoria sistemica: l'oggetto della tutela, del diritto penale, dovrebbe essere, infatti, non la generica vigenza della norma, ma l'impianto di valori e principi costituzionali appartenenti ad ogni ordinamento. Ciò non toglie, comunque, che, nella realtà delle norme penali ordinarie, manchi, sovente, un vero aggancio ai principi e ai valori di rango costituzionale⁶⁴⁸. La costituzionalizzazione del diritto penale è un processo lungo e faticoso, che, se in Italia ha trovato (parziale) concretizzazione, grazie soprattutto all'elaborazione dogmatica di maestri come Bricola o Ferrajoli, in altri paesi, come la Germania di Jakobs, stenta ancora oggi a decollare trovando nel suo percorso delle difficoltà e degli impedimenti (nella prassi come nella teoria). In verità non è stato sempre facile declinare nell'ordinarietà del precetto penale i valori sottesi al piano delle norme costituzionali: nondimeno, in relazione all'oggetto della tutela, l'azione incriminata dovrebbe avere sempre un contenuto minimo di materialità e offensività senza le quali l'azione stessa perde di significatività e dunque, perseguirla, significherebbe eludere completamente i principi del diritto penale ordinario. In questo quadro, parlando sempre della pena, si è osservato come essa vada perdendo la propria costituzione d'origine venendo assimilata al regime delle misure di sicurezza/di prevenzione. Attraverso il

⁶⁴⁸ "E' un processo di adeguamento" afferma Bricola "che nel prossimo futuro si svolgerà più o meno velocemente nella misura in cui prevarrà tra le forze politiche del Paese la volontà di essere realmente fedeli alla Costituzione nell'ambito della legislazione penale, specchio dell'autentica democraticità di uno stato". Cfr. F. Bricola, *Teoria generale del reato. Estratto dal Novissimo Digesto Italiano*, cit., p. 93.

Feindstrafrecht, dunque, nella prospettiva biopolitica, si può notare l'evolversi del *processo di governamentalizzazione* del sistema penale e, di riflesso, un mutamento sostanziale nello statuto della pena: un mutamento che conduce ad una crisi di forma e di sostanza. Una crisi di sistema. Infine, il soggetto di reato. Nella prospettiva funzionale sistemica esso viene, come visto, degradato da fine a mezzo dell'azione sanzionatoria, venendo qualificato addirittura quale nemico, fonte di pericolo. Si assiste, cioè, ad una spersonalizzazione del soggetto (di reato) che viene introiettato completamente nelle logiche dell'autopoiesi dei sistemi sociali. Ma, proprio partendo dal soggetto, dalla sua spersonalizzazione, si può prendere nota dell'esigenza di una sempre più marcata costituzionalizzazione del diritto penale, delle sue tante categorie (proprio a partire dalla categoria di soggetto). Sebbene, come detto, difficile, e in molti casi ostracizzata, tale opera di costituzionalizzazione serve a fare del diritto penale pienamente un diritto di garanzie. L'utilizzo, a livello critico---teorico, del *Feindstrafrecht*, può aiutare dunque a illuminare quelle zone d'ombra – come nel caso dei reati contro la personalità dello Stato --, dove manca o latita quest'opera di piena costituzionalizzazione, laddove, riprendendo le parole di Bricola, il reato è ben lungi dall'essere “un fatto previsto in forma tassativa dalla legge, di realizzazione esclusiva dell'agente o in ogni caso al medesimo riconducibile tramite un atteggiamento colpevole, idoneo ad offendere un valore costituzionalmente significativo, minacciato con una pena proporzionata anche alla significatività del valore tutelato e strutturalmente caratterizzato dal teleologismo costituzionalmente attribuito alla sanzione penale”⁶⁴⁹.

⁶⁴⁹ Ivi, p. 92.

Bibliografia

- ABBAGNANO N., *Pena (Voce)*, in *Dizionario di Filosofia*, Torino, Utet, 2006
- ACKERMAN B., *La costituzione d'emergenza*, Roma, Meltemi, 2005
- AGAMBEN G., *Stato d'eccezione*, Torino, Bollati Boringhieri, 2010
- AGAMBEN G., *Che cos'è un dispositivo*, Roma, Nottetempo, 2014
- AGNOLI J., *La logica dello Stato e il diritto alla ribellione*, in AA. VV. *Il delitto politico. Dalla fine dell'ottocento ai giorni nostri*, Roma, Sapere 2000, 1984
- ALFIERI L., *Violenza, Pena e Ordine*, in M. BASCIU (a cura di) *Diritto penale, controllo di razionalità e garanzie del cittadino*, Padova, Cedam, 1998
- AMATO A. C., *Sulla teoria della prevenzione generale*, in "Rivista internazionale di Filosofia del diritto", 1981
- AMELUNG K., *Rechtsguterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt a.M, 1972
- AMIRANTE C., *Sistema costituzionale e diritto penale politico*, in AA. VV. *Il delitto politico. Dalla fine dell'ottocento ai giorni nostri*, Roma, Sapere 2000, 1984
- ANASTASIA S., *Metamorfosi penitenziarie. Carcere pena e mutamento sociale*, Roma, Ediesse, 2012
- ANDENAES J., *La prevenzione generale nella fase della minaccia, dell'irrogazione e dell'esecuzione della pena*, in F. STELLA---M. ROMANO (a cura di) *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna, Il Mulino, 1980
- ANTOLISEI F., *Reati formali e materiali, reati di pericolo e di danno*, in "Rivista penale", 1922
- APONTE A., *Il diritto penale dell'emergenza in Colombia tra pace e guerra: una riflessione sul diritto penale del nemico*, in M. DONINI---M. PAPA (a cura di) *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Milano, Giuffrè editore, 2007

- AVITABILE L., *Riflessioni per una filosofia della pena*, in "Archivio penale", 1, 2015
- BAGICALUPO E., *Sui dogmi della dogmatica penale*, in "Dei Delitti e delle Pene", 1983
- BAGOLINI L., *La persona nell'esperienza morale e giuridica*, in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", 1989
- BARATTA A., *Integrazione---Prevenzione. Una nuova fondazione della pena all'interno della Teoria sistemica*, in "Dei delitti e delle pene", 1984
- BARTOLI R., *Lotta al terrorismo internazionale. Tra diritto penale del nemico jus in bello del criminale e annientamento del nemico assoluto*, Giappichelli, Torino, 2008
- BARTONE N., *Mandato di arresto europeo e tipicità nazionale del reato*, Milano, Giuffrè editore, 2003
- BAZZICALUPO L., *Politica. Rappresentazioni e tecniche di governo*, Roma, Carocci, 2013
- BAZZICALUPO L., *Governamentalità. Pratiche e concetti*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", 2, 2013
- BECCARIA C., *Dei delitti e delle Pene*, Rizzoli, 1998
- BECCHI P., *Il tutto e le parti. Organicismo e liberalismo in Hegel*, Napoli, Esi, 1994
- BELLINI F., *Note minime sul Delitto Politico*, in "Rivista Penale", 2004
- BETTIOL G., *Sul diritto penale dell'atteggiamento interiore*, in *Scritti giuridici*, Padova, Cedam, 1966
- BETTIOL G., *Aspetti etico---politici delle misure di sicurezza*, in *Scritti giuridici*, Padova, Cedam, 1966
- BETTIOL G., *Stato di diritto e "Gesinnungstrafrecht"*, in *Scritti giuridici*, Padova, Cedam, 1966
- BETTIOL G., *Il problema penale*, Trieste, 1945
- BERTI G., *La parabola della persona Stato (e dei suoi organi)*, in "Quaderni fiorentini per la Storia del pensiero giuridico moderno", 1982/83
- BERTI G., *Stratificazioni del potere e crescita del diritto*, in "Jus", 3, 2004

BIN R., *Democrazia e terrorismo*, in C. DE MAGLIE--S. SEMINARA (a cura di) *Terrorismo internazionale e diritto penale*, Padova, Cedam, 2007

BOBBIO N., *Teoria generale della Politica*, Torino, Einaudi, 1999

BRICOLA F., *Teoria generale del reato. Estratto dal Novissimo Digesto Italiano*, Torino, Utet, 1973

CALABRESE A., *Colpa e decisione negli scritti giuspenalistici di Carl Schmitt (1910---1912)*, in "Logos. Rivista del dipartimento di Filosofia A. Aliotta. Università degli studi di Napoli Federico II, 7, 2012

CAMPAGNOLI M. N., *Al di là dei confini, al di qua delle mura: il terrorismo suicida*, in "Teoria del diritto e dello Stato", 3, 2011

CANCIO MELIA M., *Feind "strafrecht"*, in ZStW, 117, 2005, trad. it. *Diritto penale del nemico*, in M. DONINI---M. PAPA (a cura di) *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Milano, Giuffrè editore, 2007

CAPOGRASSI G., *Le incertezze dell'individuo*, in *La vita etica*, Milano, Bompiani, 2008

CATANIA A., *Lo Stato moderno. Sovranità e giuridicità*, Torino, Giappichelli, 1996

CATANIA A., *Metamorfosi del diritto. Decisione e norma nell'età globale*, Roma---Bari, Laterza, 2011

CATTANEO M. A., *Pena diritto e Dignità umana. Saggio sulla filosofia del diritto penale*, Torino, Giappichelli, 1990

CATTANEO M. A., *Hobbes, Kant e la pena. A proposito di un saggio di Uberto Scarpelli*, in "Rivista internazionale di Filosofia del diritto", 1982

CATTANEO. M. A., *Un tentativo di giustificazione della pena giuridica. Nota su un libro di Igor Primoratz*, in "Rivista internazionale di Filosofia del diritto", 1991

CAVALIERE A., *Diritto penale "del Nemico" e "di lotta": due insostenibili legittimazioni per una differenziazione, secondo tipi d'autore, della vigenza dei principi costituzionali*, in GAMBERINI---ORLANDI (a cura di) *Delitto politico e diritto penale del nemico. Nuovo Revisionismo penale*, Milano, Monduzzi editore, 2007

- CERULO A., *Il trionfo dei reati associativi e l'astuzia della ragione*, in "Indice Penale", 2004
- CHIODI G. M., *Sul concetto di dignità umana nella Oratio de Hominis dignitate di Giovanni Pico della Mirandola*, in "Rivista internazionale di Filosofia del diritto", 1, 2013
- COLAO F., *Il delitto politico tra Ottocento e Novecento*, Milano, Giuffrè editore, 1986
- COLE D., *Enemy Aliens*, in M. DONINI--M. PAPA (a cura di) *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Milano, Giuffrè editore, 2006
- CORNELLI R., *Paura della violenza e crisi del sistema penale moderno*, in "Filosofia Politica", 1, 2010
- CORRADINI D., *Filosofia del Conflitto*, in Atti del XVIII Congresso nazionale della Società italiana di filosofia giuridica e politica, Milano, Giuffrè, 1995
- COTTA S., *Persona (filosofia del diritto)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè editore, 1983
- CRESPO E. D., *Il "diritto penale del Nemico" Darf nicht Sein!*, in "Studi sulla questione criminale", 2, 2007
- CROCE B., *Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia*, Napoli, Ricciardi, 1926
- DAHM G., *Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaften*, in "ZStW", 1938
- De CRISTOFARO E., *Legalità e pericolosità. La penalistica nazifascista e la dialettica tra retribuzione e difesa dello Stato*, in "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", 2007
- De FRANCESCO G., *Funzioni della pena e limiti della coercizione: caratteri ed eredità del classicismo penale*, in "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", 2007
- De GIORGI R., *Azione e motivazione*, Lecce, Milella, 1984
- DELAGU T., *La struttura del reato tentato*, in "Annali", 1937
- De LEO G., *Devianza, Personalità e risposta penale: una proposta di riconcettualizzazione*, in "La Questione criminale", 1981

DELMAS---MARTY M., *Il paradigma della guerra contro il crimine: legittimare l'inumano?*, in "Studi sulla questione criminale", 2, 2007

DELEUZE G., *Politica: controllo e divenire – Poscritto sulle società del controllo*, in *Pourparler*, Macerata, Quodlibet, 2000

DEMURO G., *Il "Diritto penale del Nemico" e i diritti fondamentali nell'era del terrorismo*, in BERNARDI---PASTORE---PUGIOTTO (a cura di) *Legalità penale e crisi del diritto, oggi*, Milano, Giuffrè editore, 2008

De VERO G., *I reati associativi nell'odierno sistema penale*, in "Rivista italiana diritto e procedura penale", 1998

De VERO G., *L'incerto percorso e le prospettive di approdo dell'idea della prevenzione generale positiva*, in "Rivista italiana diritto procedura penale", 2002

DINI V., *Nulla poena sine culpa. Pena, legge, colpevolezza*, in "Critica del diritto", 1---3, 2006

DONINI M., *Il diritto penale di fronte al "Nemico"*, in "Cassazione penale", 2, 2006

DONINI M., *Diritto penale di lotta. Ciò che il dibattito sul diritto penale non deve limitarsi a esorcizzare*, in "Studi sulla questione criminale", 2, 2007

DONINI M., *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, Giuffrè editore, 2004

DONINI M., *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in "Diritto penale contemporaneo", 4, 2013

DONINI M., *L'eredità di Bricola e il costituzionalismo penale come metodo. Radici nazionali e sviluppi sovranazionali*, in "Diritto penale contemporaneo", 2, 2012

ESER A., *Bene giuridico e Vittima del reato*, in "Rivista italiana diritto procedura penale", 1997

ESPOSITO R., *Immunitas. Protezione e negazione della vita*, Torino, Einaudi, 2002

FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma---Bari, Laterza, 2011

FERRAJOLI L., *Il diritto penale del nemico e la dissoluzione del diritto penale*, in "Questione giustizia", 4, 2006

FIANDACA G.---MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, Zanichelli, 2004

FIANDACA G.---MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale*, Bologna, Zanichelli, 2007

FIANDACA G., *La mafia come ordinamento giuridico. Utilità e limiti di un paradigma*, in "Foro it.", V, 1995

FIANDACA G., *Considerazioni su colpevolezza e prevenzione*, in "Rivista italiana diritto procedura penale", 1987

FIANDACA G., *Il "Bene giuridico" come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in "Rivista italiana diritto procedura penale", 1982

FIANDACA G., *Diritto penale del nemico. Una teorizzazione da evitare, una realtà da non rimuovere*, in GAMBERINI---ORLANDI (a cura di) *Delitto politico e diritto penale del nemico. Nuovo Revisionismo penale*, Bologna, Monduzzi editore, 2007

FIANDACA G., *Il codice Rocco e la continuità istituzionale in materia penale*, in "La questione criminale", 1981

FIORE G., *I reati di opinione*, Padova, Cedam, 1972

FOUCAULT M., *Sicurezza territorio e popolazione*, Milano, Feltrinelli, 2005

FOUCAULT M., *Sorvegliare e punire*, Torino, Einaudi, 1993

FORNERO G., *Persona* (voce), in *Dizionario di filosofia*, Torino, Utet, 1998

FREUND J., *L'essence du Politique*, Paris, Sirey, 1965

FREUND J., *Sociologie du conflit*, Paris, PUF, 1983

FROSINI T. E., *Lo Stato di diritto si è fermato a Guantanamo*, in "Diritto pubblico comparato ed europeo", 4, 2005

GALLI C., *Delitto e politica: profili teorici e politici del loro rapporto*, in GAMBERINI---ORLANDI (a cura di) *Delitto politico e diritto penale del nemico. Nuovo Revisionismo penale*, Bologna, Monduzzi editore, 2007

GALLI C., *Genealogia della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*, Bologna, Il Mulino, 2010

GALLI C., *Il codice Rocco e noi*, in F. Mancuso---G. Preterossi---A. Tucci (a cura di) *Le metamorfosi del diritto. Studi in memoria di Alfonso Catania*, Milano---Udine, Mimesis, 2013

GALLI C., *Eccezione come contingenza*, in V. DINI (a cura di) *Eccezione*, Napoli, Dante&Descartes, 2007

GALLI C., *Eccezione* (voce), in R. ESPOSITO---C. GALLI (diretta da) *Enciclopedia del pensiero politico*, Roma---Bari, Laterza, 2005

GALLI C., *Spazi politici. L'età moderna e l'età globale*, Bologna, Il Mulino, 2001

GAMBERINI A., *Delitti contro la personalità dello Stato*, in (AA. VV.) *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Bologna, Monduzzi editore, 2009

GIUNTA F., *Principio e dogmatica della colpevolezza nel diritto penale d'oggi. Spunti per un dibattito*, in "Rivista italiana diritto procedura penale", 2002

GREBLO E., *Corpo politico/organicismo* (Voce), in R. ESPOSITO---C. GALLI (diretta da) *Enciclopedia del pensiero politico*, Roma---Bari, Laterza, 2005

HABERMAS J., *Morale, diritto, Politica*, Torino, Einaudi, 2007

HART H.L.A., *Il concetto di diritto*, Torino, Einaudi, 2002

HART H.L.A., *Punishment and Responsibility*, Oxford, Clarendon Press, 1968

HASSEMER W., *Il bene giuridico nel rapporto tra costituzione e diritto naturale*, in "Dei delitti e delle pene", 1984

HEGEL G.W.F., *Lineamenti di Filosofia del diritto*, in G. MARINI (a cura di) Roma---Bari, Laterza, 2010

HOBBS T., *Elementi filosofici del cittadino*, in N. BOBBIO (a cura di) *Opere*, Torino, Utet, 1988

HÖRNLE T., *Dimensioni descrittive e normative del concetto di "diritto penale del nemico"* in M. DONINI---M. PAPA (a cura di) *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Milano, Giuffrè editore, 2007

IAGULLI P., *Sulla filosofia giuridico---penale di Hobbes*, in "Rivista internazionale di Filosofia del diritto", 1997

INSOLERA G., *Reati associativi, delitto politico e terrorismo globale*, in "Diritto penale e processo", 11, 2004

- IPPOLITO D., *Diritti e potere. Indagini sull'Illuminismo penale*, Roma, Aracne, 2012
- IRTI N., *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, Laterza, 2004
- JAKOBS G., *Kriminalisierung in Vorfeld einer Rechtsguts verletzung*, in "ZStW", 1985
- JAKOBS G., *Criminalizacion en el estadio previo a la lesion de un bien juridico*, in *Estudios de Derecho penal*, Madrid, UAM Ediciones, Civitas, 1997
- JAKOBS G., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin--New York, De Gruyter, 1991
- JAKOBS G., *La autocomprension de la ciencia del Derecho penal ante los desafios del presente*, in ESER---HASSEMER---BURKHARDT (a cura di) *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004
- JAKOBS G., *Norm, Person, Gesellschaft: Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, Berlin, Duncker & Humblot, 1999
- JAKOBS G., *Individuum und Person*, in "ZStW", 2005
- JAKOBS G., *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, in "HRRS", 2004
- JAKOBS G., *Diritto penale del nemico*, in M. DONINI---M. PAPA (a cura di) *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Milano, Giuffrè editore, 2007
- JAKOBS G., *Diritto penale del nemico? Una analisi sulle condizioni della giuridicità*, in GAMBERINI---ORLANDI (a cura di) *Delitto politico e diritto penale del nemico. Nuovo Revisionismo penale*, Bologna, Monduzzi editore, 2007
- JAKOBS G., *La funzione del dolo, della colpa e della colpevolezza nel diritto penale*, in L. MAZZA (a cura di) *Studi sulla colpevolezza*, Torino, Giappichelli, 1990
- JAKOBS G., *Schuld und Prävention*, Tübingen, Mohr, 1976
- JAKOBS G., *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, Paderborn, Verlag Ferdinand Schöningh, 2004
- JAKOBS G., *La Pena Estatal: Significado y Finalidad*, in M. CANCIO MELIA---B. FEIJOO SANCHEZ (a cura di), Madrid, Cuadernos Civitas, 2006

- JAKOBS G., *I terroristi non hanno diritti*, in R.E. KOSTORIS---R. ORLANDI (a cura di) *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, Torino, Giappichelli, 2006
- JAKOBS G., *Personalität und Exklusion im Strafrecht*, in *Die Strafrechtswissenschaften im 21. Jahrhundert, Festschrift für Prof. Dr. Dionysios Spinellis*, Atene, Courakis, 2001
- JAKOBS G., *Zur Straftheorie*, trad. spagnola M. CANCIO MELIA (a cura di) *Sobre la teoría della pena*, Universidad Externado, Bogotá, 1998
- KANT. I., *Metafisica dei costumi*, in G. VIDARI (a cura di) Roma---Bari, Laterza, 2009
- KELSEN H., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 2000
- LABRIOLA G.M., *Stato di eccezione fra decisione e norma*, in F. MANCUSO---G. PRETEROSSO---A. TUCCI (a cura di) *Le metamorfosi del diritto. Studi in memoria di Alfonso Catania*, Milano---Udine, Mimesis, 2013
- LAMPE E.J., *Systemun-recht und Unrechtssysteme*, in "ZStW", 1994
- LEVI L., *Comunità politica* (Voce), in BOBBIO---MATTEUCCI---PASQUINO (a cura di) *Il dizionario di Politica*, Torino, Utet, 2004
- LÜDERSSEN K., *La funzione di prevenzione generale del sistema penale*, in F. Stella---M. Romano (a cura di) *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna, Il Mulino, 1980
- LUHMANN N., *Sociologia del diritto*, Roma---Bari, Laterza, 1977
- MANCUSO F., *Guerra giusta, nemico ingiusto: Schmitt interprete di Kant*, in "Jura Gentium", 2010
- MANGONI L., *Giuristi e politica. Il diritto come supplenza*, in A. SCHIAVONE (a cura di) *Stato e cultura giuridica dall'Unità alla Repubblica*, Roma---Bari, Laterza, 1990
- MARINUCCI G., *Giuseppe Bettiol e la crisi del diritto penale negli anni trenta*, in "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", 2008
- MARRA R., *Durkheim sociologo del diritto penale. Sentimenti, riflessioni e valori nella produzione ideale di fatti normativi*, in "Dei Delitti e delle Pene", 1984

MARRA R.---PAVARINI A.---VILLA E., *La codificazione impedita. Alcune osservazioni in tema di "nuovo" diritto penale e funzione della pena*, in "La questione criminale", 1981

MARZAHN T., *Das Feindstrafrecht als Komponente des Präventionsstaats?*, Berlin, Lit, 2011

MECCARELLI M., *Paradigmi dell'eccezione nella parabola della modernità penale*, in "Quaderni storici", 2, 2009

MOCCIA S., *Contributo ad uno studio sulla teoria penale di G.W.F. Hegel*, in "Rivista italiana diritto procedura penale", 1984

MOCCIA S., *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, Esi, 1995

MOCCIA S., *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, Esi, 1992

MOCCIA S., *Il volto attuale del sistema penale*, in "Rivista italiana diritto procedura penale", 2013

MORSELLI E., *Condotta ed evento nella teoria del reato*, in "Rivista italiana diritto procedura penale", 1998

NAVARRA M., *La tendenza all'accentuazione dell'aspetto soggettivo dell'illecito penale. Riflessioni sulla categoria dei delitti contro la personalità dello Stato*, in "Rassegna della giustizia militare", 1997

NEPPI MODENA G., *Diritto penale e positivismo*, in AA. VV. *Il positivismo e la cultura italiana*, Milano, Franco Angeli, 1985

NIGRO M., *Carl Schmitt fra diritto e politica*, in "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", 1986

NOLL P., *Schuld und Prävention unter dem Gesichtspunkt der Rationalisierung des Strafrechts*, in *Festschrift für H. T. Mayer*, Berlin, 1966

PADOVANI T., *Bene giuridico e delitti politici. Contributo alla critica e alla riforma del Titolo I libro II c.p.*, in A.M. STILE (a cura di) *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, Napoli, Jovene, 1985

PADOVANI T., *Il nemico politico e il suo delitto*, in GAMBERINI---ORLANDI (a cura di) *Delitto politico e diritto penale del nemico. Nuovo Revisionismo penale*, Bologna, Monduzzi editore, 2007

- PALANO D., *La psicologia del terrorista: Cesare Lombroso e il delitto politico*, in "Il Politico", 3, 2004
- PALAZZANI L., *Essere umano o persona? Persona potenziale o persona possibile?*, in "Rivista internazionale di Filosofia del diritto", 1992
- PANAGIA S., *Il delitto politico nel sistema penale italiano*, Padova, Cedam, 1980
- PASCULLI M.A., *Le misure di sicurezza*, in M. RONCO (diretto da) *Commentario al codice penale, Persone e sanzioni. Presupposti soggettivi, previsione comminazione ed esecuzione delle sanzioni penali*, Bologna, Zanichelli, 2006
- PATALANO V., *Significato e limiti della dommatica del reato di pericolo*, Napoli, Jovene, 1975
- PELLISSERO M., *Quale futuro per le misure di sicurezza*, in "Rivista italiana diritto procedura penale", 2013
- PIETROPAOLI S., *Jus ad bellum e jus in bello. La vicenda teorica di una "grande dicotomia" del diritto internazionale*, in "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", 2009
- PIETROPAOLI S., *Schmitt*, Roma, Carocci, 2012
- PINTORE A., *Il concetto di persona giuridica nell'indirizzo filosofico analitico*, in "Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", 1982/83
- PITCH T., *La devianza*, Firenze, La nuova Italia editrice, 1975
- POLAINO---ORTS M., *Delitos de organizaciòn como derecho penal del enemigo*, in G. JAKOBS---M. POLAINO---ORTS (a cura di) *Terrorismo y Estado de Derecho*, Universidad Externado, Bogotá, 2009
- POLAINO NAVARRETE M., *Die Funktion der Strafe beim Feindstrafrecht*, in *Festschrift fur Günther Jakobs*, Berlin, Carl Heymanns Verlag, 2007
- PORTINARO P.P., *Excursus: Sociologia del conflitto e teoria del politico*, in *Amicus (inimicus) Hostis. Le radici della conflittualità privata e della conflittualità pubblica*, Milano, Giuffrè, 1992
- PRETEROSSO G., *Carl Schmitt e la tradizione moderna*, Roma---Bari, Laterza, 1996

- PRETEROSSO G., *L'Occidente contro se stesso*, Roma---Bari, Laterza, 2004
- PRETEROSSO G., *Editoriale. Ciò che resta del soggetto*, in "Filosofia politica", 3, 2011
- PRETEROSSO G., *La politica negata*, Roma---Bari, Laterza, 2011
- PRETEROSSO G., *I diritti alla prova del politico*, in "Ragion Pratica", 2, 2008
- PRIETO NAVARRO E., *Teoría de sistemas, funciones del Derecho y control social*, in "Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho", 23, 2000
- PRITTWITZ C., *Feindstrafrecht*, trad it. "Diritto penale del nemico", in M. DONINI---M. PAPA (a cura di) *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Milano, Giuffrè editore, 2007
- RESTA E., *Atteggiamenti verso la codificazione penale*, in "La questione criminale", 1981
- RODOTÀ S., *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2012
- RODOTÀ S., *La rivoluzione della dignità*, Napoli, La scuola di Pitagora editrice, 2013
- ROMANO M., *Il codice Rocco e i lineamenti di una Riforma del diritto penale politico*, in "La questione criminale", 1981
- ROMANO M., *Prevenzione generale e prospettive di riforma del codice penale italiano*, in F. STELLA---M. ROMANO (a cura di) *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna, Il Mulino, 1980
- ROXIN C., *El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen*, in "Revista Electronica de Ciencia penal y Criminología", 2013
- ROXIN C., *Sul problema del diritto penale della colpevolezza*, in "Rivista italiana diritto procedura penale", 1994
- ROXIN C., *Sulla più recente discussione su colpevolezza prevenzione e responsabilità nel diritto penale*, in "Critica del diritto", 1---2, 2001
- SBRICCOLI M., *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860---1990)*, in *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972---2007)*, Milano, Giuffrè editore, 2009

SBRICCOLI M., *Le mani nella pasta e gli occhi al cielo. La penalistica italiana negli anni del fascismo*, in “Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno”, 1999

SBRICCOLI M., *Dissenso politico e diritto penale in Italia tra otto e novecento*, in “Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno”, 1973

SBRICCOLI M., *Crimen laesae maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, Milano, Giuffrè, 1974

SCHMITT C., *La svolta verso lo Stato totale*, in *Parlamentarismo e democrazia*, Cosenza, Marco editore, 1998

SCHMITT C., *Der Begriff des Politischen*, trad. it. *Il concetto di “Politico”*, in G. MIGLIO---P. SCHIERA (a cura di) *Le categorie del politico*, Bologna, Il Mulino, 2005 (1972)

SCHMITT C., *Der Nomos der Erde*, trad. it. E. CASTRUCCI (a cura di) *Il Nomos della terra*, Milano, Adelphi, 2006

SCHMITT C., *Über Schuld und Schuldarten*, Breslau, 1910

SCHNUR R., *Zur Theorie des Bürgerkrieges*, trad. it. *Rivoluzione e guerra civile*, Milano, Giuffrè, 1986

SEELMANN K., *Una tendenza attuale nello sviluppo delle teorie della pena in Germania*, in “La questione criminale”, 1981

SEELMANN K., *Le filosofie della pena di Hegel*, Milano, Guerini e associati, 2002

SEELMANN K., *Gaetano Filangieri e la proporzionalità tra reato e pena. Imputazione e prevenzione nella filosofia penale dell'Illuminismo*, in “Materiali per una storia della cultura giuridica”, 1, 2001

SILVA SANCHEZ J.M., *La expansion del derecho penal. Aspectos de la politica criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, Civitas, 2001

SPAGNOLO G., *Criminalità organizzata e reati associativi: problemi e prospettive*, in “Rivista diritto procedura penale”, 1998

STELLA F., *La Teoria del Bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi rispetto al Tipo*, in “Rivista italiana diritto procedura penale”, 1973

STRATENWERTH G., *Il concetto di colpevolezza nella scienza penalistica tedesca*, in “Materiali per una storia della cultura giuridica”, 1, 1998

- TRONCARELLI B., *Croce e la giuridicità delle associazioni criminose*, in "Rivista italiana di filosofia del diritto", 1993
- VIGANÒ F., *Diritto penale del nemico e diritti fondamentali*, in BERNARDI---PASTORE---PUGIOTTO (a cura di) *Legalità penale e crisi del diritto, oggi*, Milano, Giuffrè editore, 2008
- VIOLA F., *Lo statuto giuridico della persona in prospettiva storica*, in G. PANSINI (a cura di) *Studi in memoria di Italo Mancini*, Napoli, Esi, 1999
- VOGLIOTTI M., *Le Metamorfosi dell'incriminazione. Verso un nuovo paradigma per il campo penale?*, in "Politica del diritto", 4, 2001
- ZOLO D., *Filosofia della pena e istituzioni penitenziarie*, in "Iride", 1, 2001
- WÜRTEMBERGER T., *La situazione spirituale della scienza penale in Germania*, Milano, Giuffrè, 1965
- ZARKA Y.C., *L'invenzione del soggetto di diritto*, in "Filosofia politica", 3, 1997