

CARLO ENRICO PALIERO

L'AGORÀ E IL PALAZZO
QUALE LEGITTIMAZIONE PER IL DIRITTO PENALE? (*)

SOMMARIO: 0. Premessa. – I. L'EPOCA DELLA CONSOLIDAZIONE. – 1. Il fondamento autoritario come carattere *genetico* del diritto penale. – 2. La legittimazione democratica come carattere *'acquisito'* del diritto penale. – II. L'EPOCA DELLA TRANSIZIONE – 1. Tesi: la dialettica tra fondamento autoritario e legittimazione democratica. – 2. I campi di battaglia. - 2.1. La *materia* del diritto penale. - 2.1.1. Il bene giuridico tra democrazia e autoritarismo. - 2.1.1.1. Le origini del *topos* e gli idealtipi d'ispirazione autoritaria o democratica. - 2.1.1.2. La prima frattura del paradigma. - 2.1.1.3. Il cambio di paradigma: il bene giuridico da argine a volano della criminalizzazione. - 2.2. Il *modo di disciplina* del diritto penale. - 2.3. Il *lessico* del diritto penale. – 3. L'assetto attuale: le persistenti stigmate dell'autoritarismo penale. – 4. Gli attori.

0. *Premessa*

Componenti *prima facie* antitetiche del diritto penale, *democrazia* e *autoritarismo* rappresentano l'elemento qualificante di altrettanti *paradigmi* (i.e. 'concezioni' e 'forme') – *dialetticamente* correlati – del diritto penale stesso.

Così posto, il tema presenta invero una certa ambiguità, soprattutto se declinato con riguardo al diritto penale degli ordinamenti – *oggi* – fondati sul principio della *rule of law*.

In questi contesti, infatti, a conclusione del processo di *democratizzazione del principio di autorità*, il diritto penale non è – e non può più essere – *interamente* espressione del paradigma autoritario in quanto *comunque* temperato dal *compresente* paradigma democratico.

Per altro verso, in ossequio – per così dire – a un *principio d'autorità* in ogni caso consustanziale al proprio *fondamento democratico* (quanto meno in termini di *Grundnorm* kelseniana che ne legittimi la *validità* genetica)¹, il diritto penale attuacomunque il paradigma democratico in forma *mitigata*, nel rispetto cioè di alcuni *limiti intrinseci* (*in primis*, la tutela dei diritti fondamentali della persona), che

(*) Questo lavoro rielabora e fonde riflessioni da me svolte in due distinti Seminari, tenutisi rispettivamente a Roma (su “*Democrazia e autoritarismo nel diritto penale*”) e a Barcellona (su “*Constitución y principios del Derecho Penal: algunas bases constitucionales*”).

¹ H. KELSEN, *Teoria Generale del Diritto e dello Stato* (1945), trad. it., Milano, p. 111 ss.

impediscono di legittimare qualsiasi opzione di criminalizzazione semplicemente invocando la volontà espressa dal popolo².

Assumo dunque le seguenti come *ipotesi di lavoro*:

(i) nei sistemi giuridici moderni liberaldemocratici (appartengano essi alla tradizione di *civil* piuttosto che di *common law*), il diritto penale *oggi consolidato* gode di un *avallo duplice*, di matrice autoritaria e di matrice democratica;

(ii) come fonte di legittimazione del diritto penale, la *primogenitura* spetta alla matrice autoritaria, mentre la matrice democratica si affianca alla prima in conseguenza dell'evoluzione storica dell'ordinamento statale;

(iii) matrice autoritaria e matrice democratica sono *teleologicamente antitetiche*.

Individuo, di conseguenza, due direttrici di analisi aventi rispettivamente ad oggetto:

(I) *l'epoca della consolidazione*, ossia la sequenza – anche storica – che ha segnato il passaggio da un diritto penale a fondamento *esclusivamente* autoritario a un diritto penale a legittimazione *anche* democratica;

(II) la *dialettica* – tutta *interna* al diritto penale *consolidato* – tra fondamento autoritario e legittimazione democratica.

I. L'EPOCA DELLA CONSOLIDAZIONE

1. *Il fondamento autoritario come carattere genetico del diritto penale*

Il fondamento autoritario – come si è assunto in premessa – costituisce, per il diritto penale, una caratteristica *genetica* e strutturalmente ineliminabile.

Lo dimostrano, da un lato, il fatto che il diritto penale si è affermato storicamente come *monopolista assoluto* dell'*uso della forza* (della *vis maxima*) avocata a un'istanza suprema e centrale (sottraendola a elaborazioni dei conflitti, inter-personali/gentili – di tipo 'compositorio' –, o comunitarie – ispirate dalla *Blutrache* –)³; e, dall'altro lato, il fatto che l'essenza *assiocentrica* del diritto penale, in origine con-

² Tuttora illuminante sul punto la ricerca di A. BARATTA, *Positivism giuridico e scienza del diritto penale. Aspetti teoretici e ideologici dello sviluppo della scienza penalistica tedesca dall'inizio del secolo al 1933*, Milano, 1966, spec. p. 14 s.

³ Per la perspicua illustrazione del radicamento di siffatto paradigma genetico del diritto penale, segnatamente nel diritto penale germanico v. per tutti E. SCHMIDT, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3^a ed., Göttingen, 1965, spec. pp. 21 ss.

notata in chiave *teocratica* (i.e. di attuazione della giustizia divina nel mondo umano), si è volta successivamente in senso *statolatrco* (i.e. di riaffermazione dello Stato e dell'ordine costituito)⁴.

Dal punto di vista strutturale, la cifra autoritaria informa l'essenza del diritto penale, anzitutto, quale *strumento coercitivo di diritto pubblico*.

Attingendo *in primis* la libertà personale dei cittadini, la pena è infatti la *forma estrema di coercitio publica* consentita dall'ordinamento giuridico ed è *legittima*, pur quale "arma a doppio taglio", *in quanto* espressione del potere dello Stato.

L'orientamento alla sanzione che è specifico del diritto penale⁵ ne fa un esempio paradigmatico di *congruenza* con la *definizione normativistica* del diritto come "tecnica di controllo sociale"⁶.

La nota nozione kelseniana di "ordinamento giuridico" come "insieme delle condizioni in presenza delle quali deve essere esercitata la coercizione, intesa come costrizione fisica"⁷ sembra attagliarsi senza il bisogno di ulteriori precisazioni soprattutto (e forse soltanto) al sistema penale.

L'attribuzione kelseniana⁸ del monopolio dell'uso della forza alla "comunità giuridica" – i.e. all'autorità statale – è pertinente per eccellenza al diritto penale e fotografa il *tipo di rapporto* che all'interno di quest'area giuridica si instaura fra i soggetti interessati: non un tipo di relazione paritaria e mediatrice, bensì un rapporto *coercitivo* e d'*imperio* fra l'Autorità (statale) dotata – *essa soltanto* – di uno speciale potere *socialmente non condiviso* (la *potestà punitiva*), da una parte, e gli individui che a tale Autorità sono sottoposti, dall'altra parte. Il diritto penale può anzi considerarsi l'espressione estrema – e a suo modo paradigmatica – del rapporto di *tensione* (la *massima* tensione ammessa dall'ordinamento) fra l'Autorità e l'individuo⁹.

Con due corollari:

– proprio perché orientata all'affermazione del *contrasto* tra Stato e cittadino (reo) e, in questo senso, direttamente *produttiva* di un *conflitto*, la matrice autoritaria del diritto penale tende contestualmente a *negare* l'esistenza di un conflitto (*originario*) tra le *parti*, per così dire, *concrete* della vicenda criminosa, cioè tra reo e *vittima*;

– in quanto riaffermazione dell'*ordine costituito nello Stato* per mano del *potere detenuto* – in forma *esclusiva* – *dallo Stato* stesso, il diritto penale a fondamento autoritario finisce per *auto-legittimarsi* secondo cadenze tipicamente *autopoietiche*¹⁰.

⁴ Cfr. A. BARATTA, *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale*, cit., p. 116 s.

⁵ Cfr. C. PEDRAZZI, Voce *Diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IV, Torino, 1990, p. 64.

⁶ Cfr. G. GAVAZZI, *Elementi di teoria del diritto*, II ed., Torino, 1984, p. 15 s.

⁷ H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto* (1960), trad. it., Torino, 1966, p. 49.

⁸ Cfr. *Ibidem*, p. 47.

⁹ Cfr. G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967.

¹⁰ Cfr. G. TEUBNER, *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt a. M., 1989, p. 93 s. In relazione

2. La legittimazione democratica come carattere 'acquisito' del diritto penale

L'idea che, come forma consentita di uso della forza contro il cittadino, il diritto penale debba essere espressione dello Stato inteso non già quale mero detentore del potere di *coercitio publica*, bensì quale depositario della volontà popolare, come noto si afferma storicamente in Europa con la rivoluzione borghese per divenire *praxis*, negli ordinamenti di *civil law*, due secoli dopo con la promulgazione delle Carte costituzionali.

La svolta culturale che l'Illuminismo determina anche in campo penalistico¹¹ trasforma il modello di legittimazione del diritto penale: la primigenia matrice autoritaria incontra i limiti posti dalle concezioni politico-filosofiche del giusnaturalismo di *Grozio*¹², del contrattualismo di *Rousseau* e dell'utilitarismo di *Bentham*¹³, che sottraggono allo Stato il potere di conculcare – con la pena – i diritti fondamentali della persona (del reo) a meno che ciò sia imposto dall'esigenza di tutelare – in vista dell'*utilità sociale* complessiva – quegli stessi diritti fondamentali (di cui la *vittima* è portatrice).

Pur rimanendo strumento coercitivo di diritto pubblico, il diritto penale cambia volto a garanzia della libertà del singolo individuo: sul piano della *definizione* dei fatti di reato, d'ora in avanti informata al principio di stretta legalità; e, sul piano della *sanzione*, temperata dal principio di necessità e di proporzione¹⁴.

all'essenza autopoietica e autoriflessiva del diritto penale come scienza sociale, cfr. C. E. PALIERO, *La funzione delle scienze sociali nella recente evoluzione del diritto penale*, in L. STORTONI - L. FOFANI (a cura di), *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo. L'analisi critica della Scuola di Francoforte*, Milano, 2004, p. 244 s.

¹¹ Cfr. per tutti C. L. MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi* (1748), trad. it., Milano, 2004; C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (1764), ed. a cura di F. Venturi, Torino, 2003. Sempre attuali e stimolanti, in tema, sono le riflessioni di G. TARELLO, *Montesquieu criminalista*, in G. TARELLO (a cura di), *Idee e atteggiamenti sulla repressione penale*, Bologna, 1975, p. 201 ss.

¹² Perspicue in questa prospettiva le riflessioni di S. MOCCIA, *Carpozov e Grozio. Dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*, Napoli, 1988.

¹³ Cfr. A. BARATTA, *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale*, cit., p. 8 ss. Sul significato penalistico dell'opera di *Bentham*, cfr. da ultimo C. E. PALIERO, *L'economia della pena (un work in progress)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 1349 ss., spec. p. 1351 per l'affermazione dell'esistenza di una corrispondenza biunivoca fra legittimità ed efficienza dello strumento penale. Per le opportune precisazioni terminologiche a tale ultimo riguardo, cfr. ID., *Il principio di effettività del diritto penale*, *ibi*, 1990, p. 480 ss., spec. p. 489 ss. Per stimolanti riflessioni sul contributo di *Beccaria* anche nella direttrice qui privilegiata, si veda di recente E. PALOMBI, "Dei delitti e delle pene". *Alle origini della legislazione penale dell'Italia unita*, Roma, 2012.

¹⁴ In proposito, cfr. per tutti F. BRICOLA, *Commento Art. 25, 2° e 3° comma*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della costituzione*, vol. *Rapporti civili. Art. 24-26*, Bologna-Roma, 1981, p. 227 ss.; G. FIANDACA, *Commento Art. 27, 3° e 4° comma, ibi*, vol. *Rapporti civili. Art. 27-28*, Bologna-Roma, 1991, p. 222 ss. Più recentemente, per uno sguardo orientato sulla giurisprudenza della Corte costituzionale in merito, v. G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*,

Grazie all'eredità illuministica e ai modelli di democrazia parlamentare che la implementano a livello dell'organizzazione statale, la legge penale dà forma alle opzioni discusse e ritenute meritevoli e bisognose di pena dalla collettività all'esito del dibattito politico-criminale¹⁵. Quest'ultimo non è più appannaggio esclusivo dello Stato, che vi prende parte invece *al pari* degli altri *attori del consenso sociale* (in primo luogo, l'"attore-comunità")¹⁶.

Il risultato è un diritto penale che dà voce alla volontà collettiva democraticamente manifestata, specchio del pluralismo sociale e necessariamente laico.

Con queste premesse, il potere che il diritto penale tuttora esercita in danno del cittadino (reo) non può che essere – a differenza che in passato – *socialmente condiviso*. L'applicazione della norma penale e *par cascade* della sanzione è il sintomo dell'esistenza di un contrasto fra il reo (*rectius* una sua *condotta* determinata) e il resto della collettività; e non più fra reo e Stato, inteso come depositario dell'ordine costituito. Che fra le parti concrete della vicenda criminosa sia presente un *conflitto sociale* non è più oggetto di mistificazione; il diritto penale a legittimazione democratica non solo non nega tale conflitto, ma tende anzi a proporsi come strumento di *mediazione* del medesimo.

Con l'ingresso del fattore democratico nel modello di legittimazione del diritto penale si spezza infine la dinamica circolare già evidenziata nella forma 'pura' dell'autoritarismo penale, poiché l'operatività del sistema è influenzata dalla *correlazione* tra diritto penale e contesto sociale di riferimento e non più soltanto dall'esigenza di (ri-)affermare con la forza l'ordine costituito.

II. L'EPOCA DELLA TRANSIZIONE

1. *Tesi: la dialettica tra fondamento autoritario e legittimazione democratica*

La mia tesi è che il fondamento autoritario rappresenti, per il diritto penale, un vero e proprio *masso erratico* – ineliminabile – rispetto al quale la legittimazione democratica innesca una dinamica di tipo centrifugo.

Il fondamento autoritario è un elemento *coessenziale* e, appunto, *genetico* di ciò che l'espressione "diritto penale" denota in generale (e ha denotato nelle diverse

Napoli, 2006, e *ivi*, segnatamente, G. FIANDACA, *Scopi della pena tra comminazione edittale e commisurazione giudiziale*, p. 131 ss.

¹⁵ Cfr. D. PULITANÒ, *Politica criminale*, in G. MARINUCCI - E. DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, p. 3 ss.

¹⁶ Cfr. C. E. PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 867 ss.

epoche); un *nucleo* strutturale che non può essere sottratto allo strumento giuridico in questione, se non al prezzo di trasformarlo in una grandezza normativa differente.

La matrice democratica, affiancandosi a tale nucleo quale ragione fondante del diritto penale, si pone in dialettica con esso non tanto per ciò che concerne l'individuazione della pena come risposta sanzionatoria, sulla quale autoritarismo e legittimazione democratica hanno invece dimostrato di convergere costantemente¹⁷, quanto invece:

(a) per la selezione della *materia* da assegnare alla competenza del diritto penale (*i.e.* i valori da tutelare);

(b) la definizione del *modo di disciplina* attraverso il quale implementare la tutela penale (*i.e.* il modello di incriminazione);

e, in definitiva,

(c) il *lessico* da riservare al discorso penale nell'alternativa fra lessico *bellico* e lessico *riconciliativo*.

2. I campi di battaglia

La dialettica tra autoritarismo e democrazia nei tre ambiti sopra indicati (*materia, modo di disciplina e lessico*) rende particolarmente evidente l'attuale *compresenza* delle matrici autoritaria e democratica quali ragioni fondanti del diritto penale.

In un'ottica evolutiva è possibile associare un determinato atteggiarsi dei profili citati all'avvicendamento tra un diritto penale a fondamento (solo) autoritario e un diritto penale a legittimazione (anche) democratica, nel senso che l'uno – originario – tende(va) a distinguersi dall'altro – storicamente successivo – proprio per materia, modo di disciplina e lessico adottato. L'analisi aggiornata mette invece in evidenza che ora i due paradigmi *coesistono*, ma secondo un *regolamento di competenza* non del tutto chiaro e dai confini che mutano in base agli esiti contingenti del dibattito politico-criminale.

Soprattutto nei settori più esposti alle tensioni della modernizzazione¹⁸, l'intreccio tra “legittimazione democratica” e “fondamento autoritario” – ipostatizzato, ancora una volta, nella dicotomia che contrappone *garantismo* ed *effettività* della

¹⁷ Cfr. C. E. PALIERO, *Metodologie de lege ferenda: per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 524 s., 538.

¹⁸ Cfr. C. E. PALIERO, *L'autunno del patriarca. Rinascimento o trasmutazione del diritto penale dei codici?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 1224 ss.; C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico-criminali*, Milano, 2004, p. 33 ss.; C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, 2010, p. 174 ss.

tutela – appare così stretto che anche l'individuazione di *sotto*-sistemi, distinguibili in quanto tali all'interno del diritto penale e *integralmente* ispirati all'una o all'altra *ratio*, rischia di ridursi ad una semplificazione scolastica.

Il dato costante, nell'indagine, è piuttosto il riconoscimento del carattere *permanente* – anche nel diritto penale degli ordinamenti liberaldemocratici e a prescindere da settorializzazioni per campi di intervento – della dialettica tra democrazia e autoritarismo, proprio perché quest'ultimo appartiene al DNA dello strumento giuridico penale ed è solo mitigato (per di più, in forza, di un 'accidente' storico) dal contraltare del fattore democratico.

Controprova: a fronte delle richieste di pena fomentate dalle diverse rappresentazioni della criminalità¹⁹, il legislatore penale è perennemente esposto alla tentazione di sbilanciare la contrapposizione a favore della matrice autoritaria²⁰, intervenendo sulla fattispecie incriminatrice o sugli istituti che ne precedono o ne accompagnano l'applicazione (quali ad esempio, rispettivamente, le misure di prevenzione e la disciplina del processo penale).

Una tale consapevolezza dei rapporti di forza dovrebbe richiamare l'attenzione sull'importanza di vigilare sulla *tenuta* della matrice democratica, che incarna sempre uno 'sforzo di razionalizzazione' da parte del legislatore penale sia sul piano della ponderazione delle scelte di criminalizzazione, sia per quanto riguarda il riconoscimento e l'attuazione delle garanzie che frenano l'azione del sistema penale a presidio della libertà individuale.

2.1. La materia del diritto penale

Per quanto riguarda la selezione dei *valori* da tutelare con lo strumento penale, la dialettica tra autoritarismo e democrazia può essere colta sia in senso *qualitativo*, sia in senso *quantitativo*.

(aa) *In senso qualitativo* – la matrice autoritaria spinge il diritto penale a impegnarsi anche in campagne *lato sensu* di moralizzazione della società, mentre la matrice democratica, influenzata – come s'è detto – dal pluralismo sociale e dal valore della laicità, fomenta un processo di secolarizzazione del perimetro delle incriminazioni. E un esempio di quanto la contrapposizione sia attuale da questo punto di vista è costituito dal persistente dibattito sulla rilevanza penale o meno

¹⁹ Cfr. G. FORTI - M. BERTOLINO (a cura di), *La televisione del crimine*, Milano, 2005; C. E. PALIERO, *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed 'effetti penali' dei media)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 490 ss. Da ultimo, in prospettiva spiccatamente criminologica R. BIANCHETTI, *Mass media, insicurezza sociale e recenti orientamenti di politica penale*, Milano, 2012.

²⁰ Cfr. C. E. PALIERO, *Riforma penale in Italia e dinamica delle fonti: una paradigmatica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 1020 s.

di condotte che riguardano l'inizio e la fine della vita: si pensi, da un lato, al tema della fecondazione assistita e, dall'altro lato, al tema dell'eutanasia²¹.

(bb) *In senso quantitativo* – la concezione autoritaria, funzionale alla riaffermazione dell'ordine costituito nello Stato, tende a incrementare gli spazi da assegnare al diritto penale come strumento di disciplina, poiché la norma penale in quest'ottica è considerata il mezzo più idoneo per raggiungere l'obiettivo; per il carattere inviolabile che riconosce alla libertà personale, la concezione democratica valorizza invece nel dibattito politico-criminale il profilo del *bisogno di pena*, ossia la ricerca di alternative di tutela meno afflittive e più efficaci e dunque eventualmente anche interventi di depenalizzazione²².

Il permanere di una dialettica anche a tale riguardo è testimoniato dalla frequenza con la quale, al cospetto delle istanze di tutela che l'attualità del dibattito politico presenta come più urgenti soprattutto sotto l'incalzare del sentimento di insicurezza collettiva, il legislatore ricorre alla norma penale come *prima* – e non già come ultima – *ratio*.

La scienza penalistica ha sinora formalizzato il fondamento *assiologico* del diritto penale, ossia i valori che quest'ultimo si prefigge di salvaguardare, attraverso la categoria del *bene giuridico*. E, in effetti, il contrasto appena evidenziato tra principio autoritario e legittimazione democratica può essere colto anche ripercorrendo la storia di questo *topos*²³.

2.1.1. *Il bene giuridico tra democrazia e autoritarismo*

2.1.1.1. *Le origini del topos e gli idealtipi d'ispirazione autoritaria o democratica*

Storicamente il bene giuridico, la cui ascendenza è notoriamente ottocentesca, vive di vita nuova (un'autentica *renaissance*) fra la fine degli anni '60 e gli anni '80 del Novecento nell'esperienza italiana e non solo, allorché trova un collegamento con le Costituzioni (*rigide*) nazionali.

Fino a quel momento era un concetto puramente *formale ed endo-sistemico*,

²¹ In tema di fecondazione assistita, cfr. E. DOLCINI, *Fecondazione assistita e diritto penale*, Milano, 2008. In tema di eutanasia, ancora fondamentale lo scritto pionieristico di S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 670 ss.; nonché *funditus* M. B. MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, Torino, 2001, e il collettaneo multidisciplinare di S. CANESTRARI, G. CIMBALO - G. PAPPALARDO, *Eutanasia e diritto. Confronto tra discipline*, Torino, 2003.

²² Cfr. C. E. PALIERO, «Minima non curat praetor». *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985, p. 375 ss.

²³ *Amplius*, per tale ripensamento, rinvio a C. E. PALIERO, *La "doble función" del bien jurídico en el ordenamiento constitucional italiano*, in S. MIR PUIG - J. J. QUERALT JIMÉNEZ (diretto da), *Constitución y principios del Derecho Penal: algunas bases constitucionales*, Valencia, 2010, p. 139 ss.

con funzioni puramente *ermeneutiche* (al più sistematiche); da quel momento in poi ‘risorge’ come concetto *materiale* ed *eso-sistemico* con funzioni *critiche* e *meta-ermeneutiche* (di potenziale erosione ablativa della norma penale).

Si cristallizza così la *prima dicotomia moderna* del *topos*:

(a) funzione ermeneutica *versus* funzione critica,

che sotto il profilo materiale, o dei contenuti, si sviluppa in:

(aa) criterio *conservativo* (della legislazione positiva) *versus* criterio *deflattivo* (della legislazione positiva) – limitativo *in bonam partem*, ovvero *decriminalizzante*.

In tale nuova prospettiva, e al suo sorgere, la fondazione di questo nuovo volto del bene giuridico è posta nella Costituzione²⁴.

Ratio essendi e *ratio cognoscendi* del concetto nella sua dimensione *materiale* è la tavola dei valori costituzionali (la Costituzione è la *fonte del bene giuridico*).

Attore del controllo *critico* delle scelte di criminalizzazione orientato al “criterio della (sola) tutela dei beni giuridici” diviene pertanto la Corte costituzionale che è legittimata a superare il suo tradizionale *self restraint* con riguardo alle scelte discrezionali del legislatore sul se e quanto incriminare, tutte le volte in cui la criminalizzazione *non* riguardi uno di quegli interessi *qualificati* definibili come *bene giuridico*, in quanto assurdi, *direttamente o indirettamente*, a rango costituzionale.

L’operatività del concetto di bene giuridico, quale elemento sia di ispirazione sia di verifica delle scelte legislative di criminalizzazione, è improntata, in questo scenario, al criterio di *necessità* (costituzionale).

Ma il criterio di *necessità*, qui richiamato, è al tempo stesso *ambivalente* e *preciso*:

- è ambivalente, perché annovera almeno due varianti di significato, potendo essere inteso tanto come sinonimo di “tutela strettamente necessaria” (*poena extrema ratio*), quanto come sinonimo di “necessità di tutela” (*poena prima ratio*);
- è preciso, perché ciascuna variante ha una portata inequivoca, soprattutto per quanto riguarda gli effetti di contrazione o espansione del penalmente rilevante riconducibili, rispettivamente, alla necessità interpretata come “tutela strettamente necessaria”, da un lato, e alla necessità interpretata come “necessità di tutela”, dall’altro lato.

²⁴ F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig.*, vol. XIV, Torino, 1973, p. 7 ss.; E. MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell’onore*, Milano, 1974; F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, in Italia. Nella dottrina tedesca questo percorso è stato pionieristicamente compiuto da W. SAX, *Grundsetze der Strafrechtspflege*, in BETTERMANN, NIPPERDEI, SCHEUNER (a cura di), *Die Grundrechte*, III. Band, II. Halbband, Berlin, 1959, p. 909 ss.; A. HAMANN, *Grundgesetz und Strafgesetzgebung*, Neuwied, 1963; M. MARX, *Zur definition des Begriffs ‚Rechtsgut‘. Prolegomena einer materialen Verbrechenstheorie*, Köln, 1972; C. ROXIN, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, in Id., *Strafrechtliche Grundlagprobleme*, Berlin, 1973, p. 5 ss.

Si stabilisce dunque una correlazione biunivoca – anzi *due* correlazioni biunivoche – fondamentali:

[a] concezione materiale/critica ↔ funzione limitativa

versus

concezione formale/ermeneutica ↔ funzione conservativa

Con due conseguenze, almeno in via provvisoria:

[aa] L'esercizio della funzione critica è di esclusiva pertinenza della giustizia costituzionale, mentre alla giustizia ordinaria è riservato il (solo) esercizio della funzione ermeneutica (per risolvere singoli problemi interpretativi: in tema di concorso o conflitto di norme, di successione di leggi nel tempo, etc.).

[bb] L'eventuale impatto del vaglio critico sulle scelte criminalizzatrici può solo tradursi in decisioni *in bonam partem*, restringendo e mai ampliando l'area della punibilità.

Trasponendo il discorso all'interno della dialettica tra autoritarismo e democrazia, il diritto penale a fondamento autoritario vede nel bene giuridico un concetto *formale* ed *endo-sistemico*, con *funzione ermeneutica* e, al più, *sistematica* della legislazione penale esistente: in simile prospettiva, il bene giuridico funge da criterio di *conservazione* dell'arsenale penalistico, limitandosi a ratificare *ex post* le scelte di criminalizzazione già operate dal legislatore.

Viceversa, il diritto penale a legittimazione democratica attribuisce al concetto di bene giuridico una valenza *materiale* e, conseguentemente, *critica* rispetto al diritto penale positivo: il bene giuridico rappresenta infatti il valore, sulla cui meritevolezza di pena si è coagulato il consenso sociale *prima* e *a prescindere* da un'iniziativa legislativa; alla stregua del principio di necessaria offensività la categoria in questione opera come termine di riferimento e di controllo della norma incriminatrice *legittima*, intervenendo – peraltro più in teoria che in pratica, come noto – in senso *ablativo* e limitativo *in bonam partem* sulla legislazione penale esistente.

Con riferimento all'esperienza italiana, si osserva anzitutto, sotto il profilo cronologico, come la Corte costituzionale sia rimasta sostanzialmente inerte nella 'fase aurea' (durata fino a poco oltre la metà degli anni '80) di elaborazione concettuale del *topos*, iniziando solo dopo la metà degli anni '90 e nei primi anni 2000 a valorizzare il criterio del bene giuridico come strumento di controllo e di legittimazione delle norme penali. Ma, nel momento in cui entra operativamente nell'arsenale interpretativo della Corte costituzionale, il *principio della tutela dei beni giuridici*, in funzione *critica* è utilizzato *in misura irrisoria* ed esclusivamente per delegittimare norme incriminatrici marginali, sia sotto il profilo assiologico del (dis)valore socia-

le, sia sotto il profilo criminologico dell'impatto statistico nella prassi²⁵.

La Corte costituzionale ha viceversa sfruttato meglio il paradigma orientato sul bene giuridico come strumento di *razionalizzazione quantitativa del sistema penale*, facendo in particolare leva sul *principio di eguaglianza*.

Sostanzialmente neutralizzato – o quanto meno minimizzato – il ricorso al *criterio* (selettivo) *di necessità*, si attiva il più consolidato e praticabile (soprattutto, meno ancipite) *criterio ragionevolezza/proporzione* nella dialettica sanzione-offesa. Si interviene, in altri termini, non sull'*an* dell'incriminazione, ma sul *quantum* della sanzione.

Di norma ciò accade per espungere dall'ambito del penalmente rilevante ipotesi di sproporzione *assoluta* (che investono cioè il rapporto tra pena comminata, da un lato, e bene tutelato o offesa, dall'altro lato) o di sproporzione *relativa* (con riguardo cioè ad ipotesi simili alle quale il legislatore ha riservato *irragionevolmente* un trattamento diverso). Il riferimento al sistema dei beni giuridici non è qui (diciamo) allo stato puro, ma collegato al principio di uguaglianza, inteso in senso ampio quale 'principio di coerenza' o proporzione interna del sistema normativo, in ordine al rapporto fra beni giuridici e forme di tutela (uguale trattamento di beni uguali, differenziazione del trattamento in funzione della diversità di situazioni)²⁶.

Ad ogni modo, anche in questo caso nessun precetto penale è realmente 'caduto', nel senso di una sua totale estromissione dal sistema, posto che con la dichiarazione di parziale illegittimità la Corte costituzionale ha semplicemente ampliato la portata della fattispecie *minor* (ad esempio, il delitto di ingiuria rispetto all'oltraggio).

2.1.1.2. *La prima frattura del paradigma*

Il parallelismo evidenziato dalle correlazioni biunivoche appena tracciate è però destinato a spezzarsi molto presto e su entrambi i fronti: sia della concezione formale/ermeneutica, sia della concezione materiale/critica del bene giuridico.

(α) La funzione *limitativa* assunta dall'approccio formale/ermeneutico: la teoria dei fatti inoffensivi conformi al tipo nell'interpretazione costituzionale.

La corrispondenza biunivoca viene meno anzitutto – ma *in bonam partem!* – nel

²⁵ Si tratta in particolare di fattispecie così caratterizzate: reati bagatellari propri, reati senza vittima, reati che tutelano beni-tabù (secondo la sistematica di W. HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, Frankfurt a. M., 1973, p. 160 ss.). Cfr. in particolare Corte cost. 21-25 maggio 1987 n. 189 che ha dichiarato costituzionalmente illegittimi gli artt. 1 e 3 della l. 24 giugno 1929 n. 1085; Corte cost. 10-17 luglio 2002 n. 354 che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 688 c. 2 c.p.

²⁶ D. PULITANO, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 525 s. Cfr. Corte cost. 5 maggio 1979 n. 26 con la quale la Corte ha dichiarato la parziale illegittimità dell'art. 186 c. 1 e c. 2 c.p.m.p.; Corte cost. 19-25 luglio 1994 n. 341 con la quale la Corte ha dichiarato illegittimo l'art. 341 c. 1 c.p.

senso di una *espansione della funzione critica anche nell'uso ermeneutico* del concetto di bene giuridico.

È in questo terreno di coltura che nasce la *teoria dei fatti inoffensivi conformi al tipo*²⁷ che contiene l'invito rivolto anche al giudice *ordinario* di interpretare le norme in modo *costituzionalmente orientato restringendo* la fattispecie, anche dotata di un bene giuridico legittimo, in modo da escludere la stessa tipicità dei fatti formalmente conformi al tipo ma *non offensivi del bene giuridico*.

Si dice:

– Come “dalla funzione costituzionale della pena e più in generale dalla struttura intera della nostra Costituzione discende, *per il futuro legislatore*, il vincolo ad elevare a reati solo quei fatti che siano concretamente offensivi di “entità reali”, il cui significato di valore trovi nella Costituzione stessa un preciso riconoscimento; così *per l'interprete* delle norme penali in vigore, dalla stessa fonte discende l'obbligo di adattare alla Costituzione in via ermeneutica, rendendole applicabili solo ai fatti concretamente offensivi e offensivi in misura apprezzabile”²⁸.

(β) La funzione *espansiva* assunta dall'approccio materiale/*critico*: la problematica degli obblighi costituzionali di tutela penale.

Più grave è la torsione della citata corrispondenza biunivoca in senso inverso – e *in malam partem!* – che porta a una vera e propria rottura del paradigma.

Nasce infatti in quegli stessi anni – a metà degli anni '70 – l'istanza volta a fondare, *sempre orientandosi sul bene giuridico*, non più (soltanto) dei *limiti*, ma anche degli “*obblighi costituzionali di tutela penale*”. Come noto, banco di prova specifico di questo nuovo *trend* è rappresentato dalla legittimità o meno dell'incriminazione dell'aborto, ma soprattutto della sua *depenalizzazione*, questione che porterà a tre importanti sentenze della Corte costituzionale italiana, austriaca e tedesca le quali perverranno a tre diverse soluzioni (antitetiche fra loro sono soprattutto quella austriaca e quella tedesca).

Qui la prospettiva tende a rovesciarsi. Ci si chiede se il bene “vita”, che comunque è coinvolto – sia pure in una prospettiva molto particolare – dalla problematica dell'aborto, proprio in quanto indiscutibilmente bene di rango costituzionale, non imponga al legislatore non già divieti di criminalizzazione, ma invece un *obbligo di criminalizzazione* o di *maggiore criminalizzazione*, connesso ad un dovere di tutela necessariamente penale dei settori che coinvolgono beni essenziali individuali o collettivi.

E proprio in questi anni, rispetto a uno scenario di tutela tutt'affatto diverso, l'ulteriore pressione verso una funzione di impulso e non di remora alla crimina-

²⁷ F. STELLA, *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, p. 3 ss.

²⁸ F. STELLA, *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, cit., p. 36.

lizzazione viene data – anche con ricorsi alla Corte costituzionale in Italia – a una richiesta di maggior tutela della salute collettiva in relazione ai fatti di inquinamento ambientale²⁹.

Comincia a profilare così un secondo paradigma di orientamento sul bene giuridico costituzionalmente fondato: con riferimento alla funzione materiale salta la correlazione “funzione critica ↔ funzione limitativa”, nel senso che il riconoscimento costituzionale di un interesse come bene giuridico può risolversi *sia* in un intervento di *riduzione sia* in un intervento di *espansione* del penalmente rilevante e, quindi, in potenziali pronunce delle Corti costituzionali tanto *in bonam*, quanto *in malam partem*.

2.1.1.3. *Il cambio di paradigma: il bene giuridico da argine a volano della criminalizzazione*

Nel recente passato il paradigma costituzionale del bene giuridico ha svolto un ruolo scarsamente utile, *ma non* dannoso sotto il profilo delle garanzie e della razionalità: dotato di una funzione, non tanto *limitativa* delle scelte di criminalizzazione operate dal legislatore, quanto piuttosto *limitata*.

Nello specchio rappresentato dalla giurisprudenza della Corte costituzionale italiana, l'utilità pratica riconosciuta al bene giuridico, ancorché limitata, è risultata ancora circoscritta ad una valenza *restrittiva*, e non anche *espansiva* dell'area del punibile: *in bonam* e non *in malam partem*. Al di là dell'obbligo di criminalizzazione rappresentato dall'art. 13 c. 4 Cost. che vieta “ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà”, l'assetto costituzionale sembra fino a questo momento negare che il principio di tutela dei beni giuridici possa svolgere funzione *propulsiva* o *pedagogica*, imponendo al legislatore l'opzione penale per la *sola presenza* di un bene giuridico di rilevanza costituzionale.

La situazione muta nel passaggio all'attualità, compromettendo l'equilibrio maturato nelle fasi precedenti: a fronte di una sostanziale latenza di un reale vaglio critico da parte della Corte costituzionale o, a livello preventivo, di una auto-limitazione da parte di un legislatore costituzionalmente orientato, il concetto di bene giuridico non ha svolto alcuna funzione di decriminalizzazione in senso riequilibratore; viceversa, esso è stato utilizzato come strumento di impulso o di propaganda per campagne di sempre più ampia criminalizzazione.

Il bene giuridico cessa di rappresentare uno strumento che le competenti istanze – *in primis*, la Corte costituzionale – sono propense ad utilizzare in misura *limitata ma* – come s'è detto – *non dannosa*; ora, infatti, anche volendo trascurare una valutazione in termini di utilità, il ricorso al concetto di bene giuridico, in quanto volano della criminalizzazione, diviene fisiologicamente *dannoso*.

²⁹ Cfr. l. 10 maggio 1976 n. 319, c.d. “legge Merli”.

(a) Un primo fattore del cambiamento è rappresentato dall'ambivalenza, già evidenziata e venutasi via via approfondendo, del *criterio di necessità* della tutela penale.

Sin dalla fine degli anni '90, quest'ultimo ha incarnato il principale criterio politico-criminale, nel quale la funzione materiale e critica del bene giuridico era veicolata e gestita: la "necessità della tutela" era intesa come "tutela strettamente necessaria" (*poena extrema ratio*), ossia limitata alle ipotesi di *presenza* di un bene giuridico; così che il criterio di necessità rappresentava, in un certo senso, il *rationale* funzionale del concetto di bene giuridico.

Ma il criterio di necessità si caratterizza, come s'è detto, per una intrinseca ambiguità, perché "tutela necessaria" può voler dire tanto "tutela strettamente necessaria" e, quindi, operare in funzione *limitativa* della criminalizzazione, quanto "necessità di tutela" con effetto, viceversa, *propulsivo* rispetto alle scelte di penalizzazione (*poena prima ratio*).

(b) L'ambivalenza del criterio di necessità si salda con l'espansione post-moderna del sistema dei beni giuridici, dando vita ad un allargamento complessivo del penalmente rilevante.

Rispetto alla sistematica dei beni giuridici che poteva ritenersi consolidata sul finire degli anni '90, va registrata attualmente l'assoluta perdita di collegamento con la funzione storica originaria del paradigma del bene giuridico, cioè con la sua funzione *selettiva*, tendenzialmente orientata a un *diritto penale minimo*: il diritto penale contenuto nei valori costituzionali, che come tali sono *limitati*, di *primaria importanza* e soprattutto *essenziali* a quella che potremmo definire come *Grundnorm sociale* di una organizzazione statale storicamente contingente.

L'espansione senza limiti degli oggetti della categoria "bene giuridico" ha un'origine concettuale incistata nelle prime enunciazioni del *topos*, allorché da parte dei suoi primi teorici³⁰, per reagire a critiche di eccessivo concettualismo, si introduce il concetto di *rilevanza costituzionale implicita*; concetto per la sua vaghezza non facilmente utilizzabile come termine e come confine e invece *per se* atto a consentire una proliferazione *senza limiti* di interessi etichettabili, per connessione soltanto implicita con la tavola (finita) dei valori costituzionali, come *beni giuridici*.

In tale cornice si inserisce il secondo elemento di espansione, e cioè l'irrompere epocale sulla scena di una società tecnologica e tecnocratica inevitabilmente produttiva di un diritto penale moderno, che proprio sull'*espansione della tutela* e sull'*arretramento delle sue soglie*, sulla *proliferazione di beni giuridici sempre più artificiali e immateriali* basa la sua esistenza.

La modernizzazione del diritto penale post-capitalistico della c.d. "società del

³⁰ F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 16.

rischio” – ma non solo di quella – comporta una sempre maggiore *amministrativizzazione* (o “burocratizzazione attraverso pena”) delle situazioni complesse attraverso la creazione artificiale dei beni giuridici³¹.

Emblematica, in questo senso, la nascita del *bene giuridico funzionale* (con l'avvento di un vero e proprio *funzionalismo nella politica dei beni giuridici*), che sovravanza e soppianta la concezione *personalistica* del bene che aveva costituito il nerbo della concezione costituzionalmente orientata di bene giuridico. Viene così meno qualsiasi argine alla proliferazione di beni *strumentali e intermedi*, atteso che esisteranno sempre beni *finali di copertura* e questi beni, proprio in quanto finali, sono per definizione *costituzionali* nel senso più rigoroso possibile. Un esempio classico, in questa direzione, è la creazione artificiale del *topos* immaginario della “sicurezza collettiva” che ha come bene finale di copertura niente meno che il *Grundrechtsgut* della vita dei cittadini³².

(c) Un ulteriore punto di fuga in avanti delle scelte di criminalizzazione veicolato dal concetto di bene giuridico è rappresentato dalla sostanziale rottura dello stesso vincolo garantista al *principio di laicità*, in base al quale non sono incriminabili condotte di per sé sola espressione di – ovvero di per sé solo contrarie a – un credo religioso, della morale, di un qualsivoglia *way of life*, risultando illegittime norme penali che conculchino il diritto di autodeterminarsi sotto il profilo religioso, etico o comportamentale privato.

Simile frattura ha invece portato oggi a politiche di criminalizzazione – già attuata o solo progettata – di scelte di vita o di opzioni del foro interiore (etiche, religiose, ideologiche); politiche a loro volta orientate da uno piuttosto che da un altro modello confessionale, etico, ideologico. Emblematiche, in tale senso, in Italia, come già segnalato, la recente legislazione in materia di procreazione medicalmente assistita e di tutela dell'embrione (l. 19 febbraio 2004 n. 40), per l'attuale; in prospettiva, le pressioni per una disciplina, inevitabilmente anche penale, del ‘fine-vita’ che potrebbero portare – sul terreno, ad esempio, della configurazione di un testamento biologico – ad obblighi di tutela penale ‘meta-vitali’, che sopravvivano cioè alla stessa vita naturale (si potrebbe parlare, in tale ipotesi, di una tutela penale del “cadavere vivente”; vivente *in quanto* attaccato alla macchina!).

Le accennate opzioni di criminalizzazione rappresentano – e rappresenterebbero ancor più in un futuro – il terreno di coltura per rendere vitali le spinte proprie di alcuni ambienti sociali che ambiscono a sollecitare un intervento *propulsivo* della

³¹ J. M. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, Civitas Ediciones S.L., 1999, trad. it., Milano, 2004, p. 9 ss.

³² Cfr. M. DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3558 ss.; M. PAVARINI, *Degrado, paure e insicurezza nello spazio urbano, ibi*, 2009, p. 805 ss.; D. PULITANÒ, *Sicurezza e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 547 ss.

Corte costituzionale, allo scopo di ripristinare tutele penali rafforzate, qualora sui temi indicati intervenissero leggi più permissive: va segnalato, peraltro, come non manchino in Italia tensioni aggressive dell'attuale legislazione in materia di aborto e come un'eventuale disciplina permissiva sul fine-vita verrebbe prevedibilmente contrastata con lo slogan "no all'eutanasia" e *contra* un affievolimento dell'*obbligo* di tutela penale del *bene giuridico* 'vita' in tutte le sue forme.

(d) L'ultimo e più devastante attacco alla funzione *critica* del criterio del bene giuridico nella sua versione originaria e *limitatrice* deriva dalla dimensione comunitaria oggi assunta dalla politica criminale, che si sviluppa in due punti fondamentali.

(i) All'origine le indicazioni sanzionatorie di matrice comunitaria erano indifferenziate tra penale e para-penale e civili, ma sempre più spesso esse si trasformano in opzioni orientate specificamente alla sola *criminalizzazione*. Il che consente di affermare che il 'travestimento comunitario' del *topos* o paradigma del bene giuridico svolge una funzione *ab origine* criminalizzante e non limitativa, nel senso cioè di una *richiesta di criminalizzazione* e non di un *limite alla criminalizzazione*.

(ii) L'esigenza di tutela degli interessi comunitari – formalizzabile, ad uso e consumo della scienza penalistica, come "teoria del bene giuridico *comunitario*" – tende a sovrapporsi, a surrogare e a volte a soppiantare *tout court* l'originario paradigma archetipico della "teoria del bene giuridico *costituzionale* (o costituzionalmente orientata)". Ma questo 'nuovo' paradigma, non avendo alle spalle una Carta costituzionale, né un sistema di Costituzione rigida, non incontra vincoli di sorta nel proprio cammino di espansione. Il bisogno di tutela espresso, nei campi più diversi, dall'Unione europea non ha cioè *limiti di corrispondenza* ad una tavola di valori, neppure finali, e dunque non è chiamato a dialogare con nessun contrappeso formalizzato e rigido che ne limiti lo sviluppo. Per tale ragione, la sistematica del bene giuridico comunitario diviene, per definizione, il terreno di coltura privilegiato di *beni artificiali*.

Con la creazione di meta-beni giuridici a livello comunitario, il "principio di necessità della tutela" non solo emancipa irreversibilmente il concetto di bene giuridico dalla funzione di limite della criminalizzazione, ma addirittura produce obblighi coattivi di criminalizzazione di condotte tipicamente inoffensive – e dunque prive di un bene giuridico retrostante, pure finale –; condotte, in realtà, puramente repressive di scelte ideologiche o di 'vite disolute' a livello comunitario.

Nella sistematica dei beni giuridici comunitari che distingue beni strumentali all'*esistenza*, al *funzionamento* e all'*identità* dell'Unione europea³³, se la prima tipologia (beni *esistenziali*) può benissimo essere assimilata – *mutatis mutandis* e con un

³³ C. SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007.

certo sforzo di ‘antropomorfizzazione’ – al modello ‘interno’ di “bene *personalistico*” e la seconda tipologia (beni *funzionali*) si può ancora apparentare, sia pure con qualche sensibile forzatura, al concetto di “bene istituzionale” (non diversamente dalla Pubblica Amministrazione, o dall’Amministrazione della Giustizia), rispetto alla terza categoria (i beni *identificativi*) la fuga verso una *volatilizzazione* completa del substrato *materiale e critico* della categoria del bene giuridico appare inarrestabile.

In questa terza categoria, infatti (beni strumentali all’identità dell’UE), il bene è considerato meritevole di tutela “perché *idoneo a rappresentare* l’Unione europea come spazio di libertà, sicurezza e giustizia”³⁴.

Si tratterebbe di beni sulla cui *necessità di tutela* sarebbe costruita l’identità stessa dell’Europa intesa come organizzazione di Stati e di popoli:

– “La penalizzazione, in quest’ottica, riveste prima di tutto una funzione espressiva, di messaggio che il sistema europeo rivolge alla comunità che deve aggregare”³⁵.

Ma sono queste, come noto, le cadenze tipiche del diritto penale c.d. simbolico, che è tale proprio in quanto, in certa misura, *prescinde* da una valutazione della *necessità* di tutela, sia in termini di bisogno, sia in termini di proporzionalità e di adeguatezza.

Il settore principale, nel quale si esplica questa tendenza alla criminalizzazione fomentata dal legislatore comunitario, coincide con la repressione del razzismo e della xenofobia, che – in base all’art. 67 par. 3 TFUE – rappresenta un obiettivo primario per il raggiungimento di un livello elevato di sicurezza. È qui che va collocata la criminalizzazione del negazionismo, imposta dall’Azione comune concernente l’azione contro il razzismo e la xenofobia del 15 luglio 1996 e rispetto alla quale la “Proposta di decisione quadro del Consiglio sulla lotta contro il razzismo e la xenofobia” del 17 aprile 2007 indica anche la comminatoria corrispondente (da tre a sei anni di reclusione).

Un altro settore, nel quale il legislatore comunitario esprime un’istanza di tutela penale dei beni strumentali all’identità dell’UE, è quello relativo alla lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile³⁶ che include nella sfera del punibile le condotte connesse alla pornografia minorile e virtuale.

Ma si tratta allora, in quest’ultimo caso, di “porre la sanzione penale a sostegno di una *mera censura morale* senza tenere conto di ciò che deve essere tutelato, il minore in carne ed ossa, che è l’unico bene che possa giustificare una tutela penale ad ampio raggio fino a colpire la mera detenzione del materiale prodotto con la sua

³⁴ *Ibidem*, p. 94.

³⁵ *Ibidem*, p. 95.

³⁶ Si veda la relativa Decisione quadro del Consiglio dell’UE del 22 dicembre 2003 e da ultimo la Direttiva 2011/92/UE.

utilizzazione, e non certo vaghe preoccupazioni sulla diffusione di un fenomeno di devianza senza riscontri scientifici in ordine ad effettivi riflessi negativi rispetto ai minori. (...) Si persegue, dunque, il vago obiettivo di soppressione di un'idea, per quanto ripugnante, a costo dei reali diritti di libertà di individui in carne ed ossa³⁷.

Analogo discorso può essere svolto circa l'incriminazione della "idea" – ovviamente non meno rivoltante – di cui sono portatori i negazionisti.

In entrambi i casi, il criterio espansivo di *necessità* della tutela ha soppiantato il criterio restrittivo della tutela *necessaria*; la creazione *artificiale* di un bene giuridico immaginario (la *identità – culturale – dell'Unione*) è servita da schermo per frustrare *ab imis* lo stesso principio di *laicità* e 'legittimare' (imporre) la pena per tutelare la moralità.

2.2. *Il modo di disciplina del diritto penale*

La contrapposizione tra autoritarismo e democrazia in modo di disciplina investe, nello specifico, la tecnica di tipizzazione del reato e dà luogo alle seguenti dicotomie:

- (i) tipo chiuso *vs.* tipo aperto;
- (ii) fatto *vs.* autore.

La polarizzazione del paradigma penalistico a base democratica discende, sia per la prima che per la seconda alternativa, dalla preminenza assegnata in tale contesto alla libertà personale, riconosciuta come inviolabile in assoluto, a prescindere cioè che si tratti della libertà del destinatario (il reo) o del beneficiario (la vittima) della norma penale. Tale pre-giudizio fa propendere – nella prima alternativa – per il *tipo chiuso* che consente di massimizzare la *tassatività* della fattispecie incriminatrice; e – nella seconda alternativa – per l'opzione oggettivistica, ossia per la tipizzazione incentrata sul *fatto*.

Il paradigma a base autoritaria si orienta, di converso, sul tipo aperto ed è preferibilmente orientato sull'autore³⁸.

Anche su questo versante, lo scenario penalistico attuale registra segnali di tensione tra matrice democratica e matrice autoritaria.

Da una parte, infatti, si assiste all'incremento di fattispecie tipizzate secondo lo schema del c.d. *reato d'obbligo*, che rappresenta il tipo aperto per eccellenza, sulla

³⁷ G. COCCO, *Può costituire reato la detenzione di pornografia minorile*, in *Scritti Stella*, Napoli, 2007, II, p. 1117.

³⁸ Cfr. con riguardo all'esempio storico costituito dal diritto penale della Germania nazista G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, III ed., Milano, 2001, p. 438 ss.

scia della modernizzazione del diritto penale³⁹; dall'altra parte, è sotto gli occhi di tutti l'impiego sempre più consistente – non solo frutto di legislazione, ma per fomento delle *performances* creative di un novello 'diritto penale giurisprudenziale' – di fattispecie incriminatrici incentrate *ex lege* o orientate dalla prassi sul tipo d'autore: gli esempi spaziano dal settore della lotta alla criminalità organizzata, a quello della repressione del terrorismo sino, da ultimo, alla legislazione penale riservata al fenomeno dell'immigrazione clandestina⁴⁰.

2.3. Il lessico del diritto penale

Nell'enfatizzare il contrasto tra Stato e cittadino-reo, il diritto penale a fondamento autoritario impiega – da sempre – un lessico⁴¹ di foggia *bellica*.

Per il fatto di essersi reso autore della condotta tipizzata dalla norma incriminatrice, che vale in sé come aggressione all'ordine costituito, il reo merita la *vis maxima* che di quell'ordine costituito è prerogativa, proprio *in quanto nemico* dello Stato; l'irrogazione della pena nei confronti del reo è un atto di auto-difesa da parte dell'autorità statale *in ogni caso, i.e.* a prescindere dal titolo di reato in concreto commesso, cioè non necessariamente offensivo della personalità dello Stato, che a ben vedere è il solo tipo di offese che può ricalcare a rigor di logica il paradigma rudimentale amico-nemico⁴².

Per contro, il diritto penale a legittimazione democratica non può che adottare un lessico semanticamente antitetico e cioè, in una parola, *riconciliativo*.

In questa cornice, come s'è visto, il reato è sintomo dell'esistenza di un conflitto fra il reo e la vittima, considerata *in sé e in quanto esponente* della collettività nella sua interezza. Viceversa lo Stato non è direttamente aggredito dalla condotta descritta dalla fattispecie penale, che in linea generale (con esclusione, come detto, dei soli delitti – peraltro, appunto e non a caso, di dubbia legittimazione democra-

³⁹ Cfr. C. E. PALIERO, *L'autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?*, cit., p. 1234; C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico-criminali*, cit., p. 247 ss.; nonché A. GULLO, *Il reato proprio. Dai problemi «tradizionali» alle nuove dinamiche d'impresa*, Milano, 2005, p. 54 ss., 118 ss.

⁴⁰ Sulla legislazione penale in materia di terrorismo, cfr. R. BARTOLI, *Lotta al terrorismo internazionale. Tra diritto penale del nemico, jus in bello del criminale e annientamento del nemico assoluto*, Torino, 2008; sulla risposta del legislatore penale italiano al fenomeno dell'immigrazione clandestina, cfr. D. PULITANÒ, *Tensioni vecchie e nuove sul sistema penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 1077 ss.

⁴¹ Sull'impatto del fattore semantico sull'evoluzione della *cultura* – globalmente intesa – del diritto penale v. ora le straordinarie riflessioni di G. MANNOZZI, *Le parole del diritto penale: un percorso ricostruttivo tra linguaggio per immagini e lingua giuridica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 1431 ss.

⁴² Sul paradigma amico-nemico, cfr. A. BARATTA, *Criminologia critica e critica del diritto penale. Introduzione alla sociologia giuridico-penale*, Bologna, 1982.

tica – previsti dal Libro II, Titolo I c.p.) non mette in dubbio l'esistenza dell'autorità costituita.

Nella risoluzione del contrasto formalizzato dal reato, lo Stato resta dunque *terzo* rispetto al reo e alla vittima, riconoscendo che il fatto penalmente rilevante è comunque espressione di un'ostilità *immanente* all'organizzazione sociale e con effetti disfunzionali rispetto a quest'ultima. Le stesse ragioni, per così dire, *organizzative* che, a margine del *contratto sociale* di derivazione illuministica, hanno indotto a delegare allo Stato il potere di comminare e irrogare la sanzione penale, informano la gestione del conflitto sociale sotteso al reato: con lo strumento penale lo Stato non annienta un proprio nemico, ma pone le premesse per attuare una riconciliazione tra reo e vittima e così ricondurre al contratto sociale chi con la propria condotta ha 'rotto' il patto.

Anche se una delle peculiarità del diritto penale c.d. moderno può essere individuata appunto nell'adesione a un modello consensuale-riconciliativo nella risposta al reato⁴³, non si può trascurare la tensione tra matrice autoritaria e matrice democratica anche a questo livello: il riferimento è, di nuovo, alle ricette penali approntate per rispondere a fenomeni come il terrorismo o l'immigrazione clandestina, ove il lessico del legislatore penale assume rispetto al reo i toni totalmente antagonisti del *Feindstrafrecht*⁴⁴.

3. *Lassetto attuale: le persistenti stigmate dell'autoritarismo penale*

La riproposizione a più livelli della dialettica tra matrici di segno diverso fa sì che, pur nel quadro di ordinamenti giuridici liberaldemocratici, nel diritto penale attuale siano chiaramente riconoscibili le *stigmate* dell'autoritarismo.

⁴³ Cfr. G. MANNOZZI, *Pena e riparazione: un binomio non irriducibile*, in E. DOLCINI, C. E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, p. 1129 ss.

⁴⁴ Sul c.d. diritto penale del nemico, cfr. – per la paternità dell'espressione – G. JAKOBS, *Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart*, in *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*, München, 2000, p. 47 ss.; nonché successivamente ID., *Terroristen als Personen im Recht*, in *ZStW*, 2005, p. 839 ss. In senso radicalmente critico, v. per tutti: nella lettura tedesca, C. PRITTWITZ, *Krieg als Strafe - Strafrecht als Krieg*, in *Festschrift Lüderssen*, Baden-Baden, 2002, p. 499 ss.; nella letteratura spagnola, F. MUÑOZ CONDE, *El nuevo Derecho Penal autoritario. Consideraciones sobre el llamado 'derecho penal del enemigo'*, in M. ONTIVEROS ALONSO - M. PELÁEZ FERRUSCA (a cura di), *La influencia de la ciencia penal alemana en Iberoamérica*, Tomo I, Mexico D. F., 2003, p. 117 ss.; nella letteratura italiana cfr. per tutti M. DONINI - M. PAPA (a cura di), *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Milano, 2007; R. BARTOLI, *Lotta al terrorismo internazionale. Tra diritto penale del nemico, jus in bello del criminale e annientamento del nemico assoluto*, cit.; nonché fra i diversi saggi M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al «nemico»*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 735 ss.; F. RESTA, *Lessico e codici del «diritto penale del nemico»*, in *Giur. mer.*, 2006, p. 2785 ss.

In estrema sintesi, possono essere considerati veri e propri *marchi* di derivazione autoritaria i seguenti aspetti, che si rintracciano oggi in sistemi a struttura democratica come quelli del continente europeo e, in particolare, nel sistema italiano.

(i) Anzitutto, lo *strapotere dell'esecutivo* che, presentandosi come depositario principale (se non esclusivo) della forza dello Stato, *comprime* la tripartizione dei poteri e tende a imporsi sul primato della legge.

La scena italiana, in particolare, denuncia la crisi profonda del parlamentarismo e l'incontrastato predominio del potere esecutivo che, attraverso il ricorso massiccio alla decretazione d'urgenza, si appropria delle prerogative dell'istituzione parlamentare; sicché quest'ultima appare sempre più relegata al ruolo di mero ratificatore dell'indirizzo politico dettato dal governo in campo penale in nome della sicurezza e della stabilità dello Stato.

(ii) In secondo luogo, l'*unificazione* fra *devianza e reato* con la criminalizzazione artificiale, da un lato, della marginalità sociale nelle sue varie manifestazioni e, dall'altro lato, della mera difformità dalle regole che disciplinano la vita collettiva come norme sociali⁴⁵.

(iii) In terzo luogo, la tendenza a costruire sub-sistemi repressivi *off-shore*, che si pongono in contrasto con le opzioni di base del diritto penale democratico.

Come noto, l'esempio più consolidato ed eclatante è rappresentato dal 'sub-sistema integrato' funzionale alla lotta alla criminalità organizzata, ma da ultimo altri esempi si vanno aggiungendo come, di nuovo, con riferimento al legislatore italiano, il modello approntato per prevenire e reprimere il fenomeno dell'immigrazione clandestina che con un'evidenza crescente, di novella legislativa in novella, sembra mirare all'obiettivo della pura deterrenza ponendo in sostanziale non cale i diritti fondamentali della persona (*rectius* della persona *straniera*)⁴⁶.

4. *Gli attori*

La dialettica tra matrice autoritaria e matrice democratica non è, per così dire, *monoprotagonistica*, ma si alimenta dell'operato di indistintamente tutti i diversi formanti del sistema penale, che finiscono molto spesso per influenzarsi a vicenda

⁴⁵ Cfr. G. FORTI, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano, 2000, p. 320 ss., 346 ss.

⁴⁶ Cfr. per l'esegesi della normativa O. MAZZA - F. VIGANÒ (a cura di), *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica (d.l. 23 maggio 2008, n. 92 conv. in legge 24 luglio 2008, n. 125)*, Torino, 2008; ID. (a cura di), *Il "pacchetto sicurezza" 2009 (Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94)*, Torino, 2009; in senso critico D. PULITANÒ, *Tensioni vecchie e nuove sul sistema penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 1077 ss.; F. VIGANÒ - M. VIZZARDI, *"Pacchetto sicurezza" ed espulsione: intenti legislativi e vincoli europei*, *ivi*, p. 813 ss.

sino ad apparire oggi, per certi aspetti, addirittura, da un lato, considerati come insieme, *inter-reattivi*, dall'altro lato, considerati *uti singuli*, talvolta *multifunzionali*.

La prima considerazione da farsi sul punto è che il catalogo tradizionale dei formanti si è arricchito di un nuovo elemento: accanto ai tradizionali formanti, legislativo, giurisprudenziale e dottrinario, è giocoforza oggi considerare come autonomo attore del sistema penale *lato sensu* inteso il *formante mediatico*, ossia i c.d. *mass-media* nella loro dimensione e funzionalità politico-sociale e, sempre più ossessivamente, politico-criminale *tout court*⁴⁷;

In secondo luogo, va considerato che tra i diversi formanti non vige semplicemente un regime di contiguità, come segmenti collegati ma comunque autonomi e segregati, ma di *osmosi di fatto* che, nel contesto italiano, risulta particolarmente visibile.

Da un lato, si può notare una sempre più intensa *libertà di circolazione delle persone* da un formante all'altro. Accanto al fenomeno tradizionale dell'esponente della scienza penalistica o della giurisprudenza prestato al processo di formazione della legge penale per il tramite delle commissioni ministeriali 'di saggi', si fa sempre più consistente – anche in una sorta di *flessibilità delle carriere* non sempre ispirata ad un'effettiva rappresentatività della volontà popolare (complici, tra l'altro, le distorsioni indotte da alcuni aspetti del meccanismo di designazione elettorale, oggi al centro del dibattito politico) – il fenomeno della *interscambiabilità dei ruoli* tra gli appartenenti (professionalmente) al mondo scientifico, giudiziario o *soprattutto* mediatico e il formante legislativo.

Dall'altro lato, se consideriamo le peculiarità del caso italiano, ciò che emerge è una vera e propria *collisione* tra alcuni dei formanti del sistema penale con un conseguente intorbidamento delle specificità identitarie di ciascuno di essi. Tale dinamica riguarda, in particolare, formante legislativo e formante mediatico ed è innescata dalla *contestualità dei ruoli*: anche per effetto della crisi del parlamentarismo già evidenziata, il legislatore penale italiano infatti sembra oggi operare una *saldatura* tra formante legislativo e formante mediatico. L'idea che i *media* siano oggetto di una strumentalizzazione da parte degli esponenti politici è ampiamente superata: è il legislatore penale stesso che è *geneticamente* un *legislatore mediatico* o lo è diventato per ragioni di alleanza e/o di sopravvivenza nel teatro politico.

Ed è in questa saldatura che va ricercato il volano dell'espansione autoritaria oggi in atto nel sistema del diritto penale.

È l'essenza mediatica di questo legislatore, in primo luogo, a dettare l'agenda politica selezionando così le *materie* (i *valori*) da assegnare *prioritariamente* alla competenza del sistema penale; e, in secondo luogo, a imbastire – nella super-

⁴⁷ Cfr. C. E. PALIERO, *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed 'effetti penali' dei media)*, cit., p. 523 ss., 528 ss.

ficialità 'opinionistica' dell'arena mass-mediatica, libera dai vincoli del confronto parlamentare – il *modo di disciplina* (soprattutto nel richiamato sbilanciamento sull'autore) e il *lessico* (bellico e non riconciliativo).

Né segnali ottimistici idonei a far pronosticare un superamento di simili tensioni autoritarie in un quadro istituzionale più ampio giungono dalla κοινή giuridico-istituzionale dello scacchiere europeo. Le istituzioni comunitarie, al contrario, quando dismettono le vesti di sovrastrutture acentriche e meramente burocratiche, sono le prime a impugnare – come s'è visto – il diritto penale come strumento di moralizzazione e di omogeneizzazione eticamente orientata della società – delle società: quelle 'naturali' insediate nel perimetro dei singoli Stati nazionali e quella artificiale virtualizzata da un immaginario esponente rappresentativo dell'*in sé* morale del soggetto politico-istituzionale "Unione Europea".