



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

Facoltà di Giurisprudenza

Sergio Bonini

LA FUNZIONE SIMBOLICA
NEL DIRITTO PENALE
DEL BENE GIURIDICO

2018



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

Facoltà di Giurisprudenza

COLLANA DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

20

2018

Al fine di garantire la qualità scientifica della Collana di cui fa parte, il presente volume è stato valutato e approvato da un *Referee* esterno alla Facoltà a seguito di una procedura che ha garantito trasparenza di criteri valutativi, autonomia dei giudizi, anonimato reciproco del *Referee* nei confronti di Autori e Curatori.

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© *Copyright 2018*
by Università degli Studi di Trento
Via Calepina 14 - 38122 Trento

ISBN 978-88-8443-790-7
ISSN 2421-7093

Libro in Open Access scaricabile gratuitamente dall'archivio IRIS - Anagrafe della ricerca (<https://iris.unitn.it/>) con Creative Commons Attribuzione-Non commerciale-Non opere derivate 3.0 Italia License.

Maggiori informazioni circa la licenza all'URL:
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/it/legalcode>

Il presente volume è pubblicato anche in versione cartacea per i tipi di Editoriale Scientifica - Napoli, con ISBN 978-88-9391-288-4.

Marzo 2018

Sergio Bonini

LA FUNZIONE SIMBOLICA
NEL DIRITTO PENALE
DEL BENE GIURIDICO

Università degli Studi di Trento 2018

*Simbolicamente ai miei nonni paterni Sergio e Dori,
ai miei nonni materni Erminio e Angela,
e alle atmosfere di Ostiglia, Bezzecca, Voghera e Bolzano*

*E poi, dedico di nuovo a tutti quelli che fortunatamente si sanno divertire
nello studio di quella materia serissima che resta il diritto penale*

RINGRAZIAMENTI

Grazie a Gabriele Fornasari, per la premurosa lettura degli “atti preparatori” di questo libro (come sempre, dichiaro peraltro mio ogni errore); ma, più profondamente, per il costante, generoso dialogo, nelle cose scientifiche e nelle cose umane.

I ringraziamenti sono sempre ‘omissivi’.

Non mi astengo comunque dal nominare Alessandro Melchionda, esempio di scrupolosità metodologica assai ‘circostanziato’ (ogni riferimento al suo mirabile tomo è puramente voluto); Lorenzo Picotti, con identico ‘dolo specifico’; Filippo Sgubbi, con antico affetto, e per aver discusso questo lavoro in una struttura ancora provvisoria (ribadisco il *peccata suos teneant auctores*); Massimo Donini, Giovanni Fiandaca, Francesco Palazzo e Cornelius Prittwitz, per la grande gentilezza, oltre che per le dense pagine; Claudia Pecorella e Carlo Ruga Riva che, con l’invitarmi nel Dottorato in Scienze Giuridiche dell’Università di Milano-Bicocca (*Il diritto penale simbolico e il paternalismo penale*, 16/2/2016, dibattendo con Alessandro Spena), hanno in via preterintenzionale fomentato l’attuale sviluppo ‘nero su bianco’ del saggio che avevo pubblicato in *L’Indice penale* del 2003, e degli appunti presi negli anni successivi (è noto che i lavori mai veramente si abbandonano...).

Per ringraziare la comunità dei Colleghi e Amici della Facoltà di Giurisprudenza di Trento, potrei trascrivere integralmente quanto ho anteposto a *L’elemento normativo nella fattispecie penale*: richiamo solo il loro vivere l’Accademia con il sorriso. Nominativamente, in questa occasione cito per tutti Michele Cozzio, promotore di un simposio interdisciplinare, tenutosi in valle di Ledro (29-30/7/2017), all’ombra di un faggio secolare, e in occasione del quale ho potuto conoscere Vittorio Italia che, pressoché in contemporanea a questo mio studio, nella nutrita collana da lui fondata *L’anima nelle leggi*, pubblica, dal suo versante scientifico di (eclettico) amministrativista, *I simboli nelle leggi*.

Fra il Personale amministrativo di Facoltà – come ho già scritto, prezioso Alleato e non di rado Amico – menziono con speciale affetto Ivonne Ronz e Loredana Giacomelli.

A differenza dei miei precedenti libri, questa volta non dedico ai genitori, Roberto Bonini e Anna Cis Bonini: ma li ringrazio sempre, e comunque il libro è co-dedicato ai loro, di genitori...

INDICE

Pag.

CAPITOLO I PARS METHODOLOGICA

<i>1. Le ragioni di un'introduzione sulla metodica dei formanti.....</i>	1
<i>2. Sul rapporto fra dottrina e legislatore: argomenti per un equilibrio controproblematico.....</i>	7
<i>3. Segue. Gli esempi dei principi di sussidiarietà e di determinatezza.....</i>	12
<i>4. Accademia e giurisprudenza, fra critica e dialogo</i>	21
<i>5. L'auspicio di una dottrina più (auto)critica.....</i>	31

CAPITOLO II PARS DESTRUENS

<i>1. Il significato restrittivo di «trasformazione della realtà attraverso l'intervento penale»</i>	37
<i>2. Una mappatura sugli impieghi «simbolisti» del diritto penale: per un legislatore attivo nella scuola di ragione e Costituzione</i>	39
<i>3. Criteri oggettivi, soggettivi e misti di classificazione della simbolica penale.....</i>	78
<i>4. Simbolismo, inganno e autoinganno (con un caveat).....</i>	93
<i>5. Forme di manifestazione del diritto penale simbolico</i>	102
<i>5.1. Preamboli ad pompam.....</i>	102
<i>5.2. Traslazione di una norma intra moenia codicis per motivi di facciata</i>	105
<i>5.3. Costruzione di fattispecie-doppione</i>	109
<i>5.4. Inasprimenti sanzionatori.....</i>	115
<i>5.5. Anticipazione esasperata della tutela, in collegamento con l'aumento delle sanzioni.....</i>	118
<i>6. La «specialità reciproca» fra «delitti naturali» e «delitti tecnici» quanto a incidenza della paura sulla comminatoria penale....</i>	121

	Pag.
<i>7. Giurisprudenza derivativamente simbolica, non-simbolica, originariamente simbolica</i>	126
<i>8. Binomi</i>	129
<i>8.1. Simbolismo e componente «magica» dell'idioma penalistico</i> ..	129
<i>8.2. Simbolismo e logica fuzzy</i>	137
<i>8.3. Simbolismo e mass media</i>	142
<i>8.4. Simbolismo e populismo</i>	158
<i>8.5. Simbolismo e diritto penale del nemico</i>	166
<i>8.6. Simbolismo e analisi economica del diritto</i>	177

CAPITOLO III
PARS CONSTRUENS

<i>1. Afflittività, garanzia e simbolismo come contrassegni dell'intervento penale. La funzione simbolica come unica autentica costante penalistica</i>	187
<i>2. Condizionamenti precomprensivi nelle diagnosi di ipersimbolismo?</i>	195
<i>3. Sull'irriducibilità del diritto penale a matematica</i>	203
<i>4. Strumentale e simbolico in un modello assiologico quadripartito</i>	211
<i>4.1. Per una concatenazione verificabile, cautamente aperta alla simbolica penale</i>	211
<i>4.2. Il bene giuridico: (discusso, non taumaturgico ma) insuperato paradigma assiologico-delimitativo. La rilevanza della sua priorità concettuale ai fini della distinzione (mobile) tra strumentale e simbolico</i>	213
<i>4.3. La primazia di una strumentalità specifica ed effettiva, in un diritto penale che aspira a non apparire</i>	233
<i>4.4. Schema politico-criminale di tipo gradualistico e rafforzamento della censura al simbolismo</i>	236
<i>4.5. Il nucleo di accettabilità della prevenzione generale positiva e, con essa, della funzione simbolica</i>	237
BIBLIOGRAFIA	251

CAPITOLO I PARS METHODOLOGICA

SOMMARIO: 1. *Le ragioni di un'introduzione sulla metodica dei formanti.* 2. *Sul rapporto fra dottrina e legislatore: argomenti per un equilibrio contro-problematico.* 3. *Segue. Gli esempi dei principi di sussidiarietà e di determinatezza.* 4. *Accademia e giurisprudenza, fra critica e dialogo.* 5. *L'auspicio di una dottrina più (auto)critica.*

1. Le ragioni di un'introduzione sulla metodica dei formanti

Con un primo capitolo dedicato in sostanza a una riflessione sull'*ubi consistam* (sul contributo alla «penalistica civile», ma anche sull'euristica) del penalista – o almeno di *questo* penalista che scrive – non ho lo scopo di prendere inutilmente tempo rispetto all'oggetto di questo lavoro monografico che è, come da titolo, *La funzione simbolica nel diritto penale del bene giuridico*.

Sono convinto invero che *possa avanzare*, in specie nella dottrina italiana, un franco *brainstorming* sul “cuore” della nostra attività di accademici, *nel rapporto con le altre componenti* del sistema penale come impresa collettiva: con acribia e profitto scriviamo libri, articoli e note a sentenza, curiamo volumi collettanei, teniamo lezioni e seminari, svolgiamo relazioni e interventi a convegni e a nostra volta organizziamo incontri di studio (oltre a dedicarci a tutte le “necessarie” attività di compilazione informatica richiesteci dal nostro Ministero...), ma talvolta finiamo quasi imprigionati in una maschera o ci (auto)costringiamo dentro una *silhouette* che preterintenzionalmente finisce per ridurre una caleidoscopica complessità¹.

¹ Le immagini della maschera e della *silhouette* sono in M. SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, in L. VIOLANTE (a cura di), *Storia d'Italia. Annali 14. Legge Diritto Giustizia*, Torino, 1998, 499, con particolare riferimento all'evoluzione del penale postunitario «ossificata nella triade Carrara, Ferri, Lombroso». Mi piace (simbolicamente, sempre secondo il titolo...) ri-

È un'ammissione molto diretta e persino sfacciata questa con cui esordisco – me ne rendo conto, e l'accompagno citando il canonico *absit iniuria verbis* – ma che a mio parere corrisponde a una diffusa situazione spirituale del penalista del 2018 (con rilevanti eccezioni e superamenti, sia chiaro fin d'ora).

Riflessioni dunque *apparentemente eccentriche* rispetto a funzione strumentale e funzione simbolica quelle che seguiranno nel presente capitolo, ma *verosimilmente più opportune* su un piano metodologico di altre considerazioni immediatamente proiettate sul nostro tema².

La maschera e la *silhouette* di cui sopra si esprimono nei generali termini seguenti, articolandosi poi in una serie di ulteriori interrogativi: siamo davvero consapevoli della possibilità (della necessità, dal mio punto di vista) di trovare un *angolo prospettico equidistante* fra *da un lato* una posizione – nei confronti di legislatore e giurisprudenza – esclusivamente “di sponda” (e non, come doveroso, produttore: pugnace e concreta) e *dall'altro* la *fin de non-recevoir* che sovente opponiamo ai “prodotti” degli altri formanti, spesso giudicati proprio «simbolici»?

È il secondo atteggiamento, peraltro, che prevale nei nostri tempi: corritività verso il legislatore e il terzo potere, fortunatamente, sono difficilmente osservabili.

Quello che nel corso del lavoro vorrei invece mostrare è che il diritto penale costituisce certamente mezzo molto *doloroso, rozzo e brutale*, solo a prima vista attivabile “a basso costo”, ma anche mezzo *non* (sempre) facilmente *rinunciabile* e concettualmente *non necessariamente disprezzabile* (*migliorabile sì*, e non di poco, e sotto numerosi versanti...).

Per gradi.

A testimonianza dell'*esteso criticismo* che campeggia, seleziono qualche recente citazione tratta da maestri e colleghi appartenenti a *più*

chiamare in questa prima nota un autore “storicamente” così attento all'*ubi consistam* di noi penalisti.

² La preoccupazione per il metodo è bene che tormenti sempre chi studia: «Il metodo è il fondamento obiettivo di ogni scienza» (W. SAUER, *Juristische Methodenlehre. Zugleich eine Einleitung in die Methodik der Geisteswissenschaften*, Stuttgart, 1940, 35).

generazioni: richiami che mi sembrano particolarmente indicativi per icasticità e “decisione” (nel censurare il legislatore e/o la giurisprudenza; diremo meglio più avanti come si possa ipotizzare un “simbolismo giurisprudenziale”, non foss’altro quale – non automatica, comunque – conseguenza applicativa di leggi a loro volta orientate in senso simbolico)³.

Filippo Sgubbi scrive di «un intero mondo di concetti, di categorie e di garanzie» ormai «diventato anacronistico», «ridotto al ruolo di un grande racconto di antichi uomini bianchi»⁴.

Adelmo Manna lamenta una «legislazione “per spot”», ovvero una tendenza a legiferare «in base all’urgenza del momento, senza minimamente porsi un problema di coordinamento con la legislazione pre-vigente»⁵.

Su questa china, *Antonia Menghini* già nel sottotitolo di una monografia sul tema “caldo” dell’omicidio stradale richiama una «frammentazione del sistema»⁶.

Alessio Lanzi intitola un editoriale del 2016 *Fra il legislatore apparente e il giudice sovrano*⁷.

Lo stesso *Francesco Palazzo*, che nel panorama italiano potrebbe essere indicato come faro specialmente luminoso per un approccio «dialogante» (e innanzitutto quale autore realmente *engagé* sull’ubi

³ *Infra*, II.7.

⁴ F. SGUBBI, *Osservando oggi il diritto penale: brevi riflessioni*, in M. MANTOVANI, F. CURI, S. TORDINI CAGLI, V. TORRE, M. CAIANIELLO (a cura di), *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, Bologna, 2016, 83; accenti simili in ID., *Il principio di stretta legalità tra giurisprudenza nazionale e comunitaria*, in A. MANNA (a cura di), *Il principio di stretta legalità tra giurisprudenza nazionale e comunitaria. Convegno Nazionale dell’UCPI (Prato, 22/4/2016)*, Pisa, 2016, 133-136.

⁵ A. MANNA, *La dottrina tra legislazione e giurisprudenza nel sistema penale*, in *Criminalia*, 2013, 407.

⁶ A. MENGHINI, *L’omicidio stradale. Scelte di politica criminale e frammentazione del sistema*, Napoli, 2016.

⁷ A. LANZI, *Fra il legislatore apparente e il giudice sovrano*, in *Ind. pen.*, 2016, 679; ID., *Il flebile incrocio tra illuminismo, legalità e diritto penale dell’economia*, *ivi*, 4: «le “creatività” giurisprudenziali, nel settore penale economico, non si limitano – come per altri settori – a effetti di rilievo nella caratterizzazione e nell’organizzazione sociale della comunità, ma – trattandosi appunto di “economia” – incidono sullo stesso assetto della struttura e dell’organizzazione dello Stato».

consistam di cui sopra), rimarca un impiego della repressione penale come «fattore di aggregazione sociale a buon mercato, in nome del quale il popolo si stringe intorno all'uomo o all'istituzione che promette la vittoria sul flagello della criminalità»⁸.

Costanza Bernasconi parla di «formante giurisprudenziale» come «ossimoro manifesto»⁹.

Alberto Gargani adotta anzi il *calembour* «*de-formante* giurisprudenziale»¹⁰.

Valeria Torre mette nel mirino una «“sintesi giurisprudenziale” del procedimento di imputazione della responsabilità penale»¹¹.

Kolis Summerer si sofferma su un'ermeneutica della colpa (e della realizzazione del rischio illecito) «tautologica e circolare»¹².

David Brunelli, nel contesto di una fitta riflessione circa il populismo penale (tematica, quella del diritto penale populistico, che sarà vagliata anche nel presente lavoro)¹³, giunge a un «basta con il diritto pe-

⁸ F. PALAZZO, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, in *Quest. giust.*, 2006, 685.

⁹ C. BERNASCONI, *Il modello della tipicità umbratile nella recente legislazione penale*, in *Criminalia*, 2015, 421, condivisibile dove vede nella «tipicità umbratile» un «ossimoro manifesto» (sulla «tipicità difficile» F. RIPPA, *Alla ricerca della tipicità difficile: le prime applicazioni del 'nuovo' delitto di scambio elettorale politico-mafioso*, in *Ind. pen.*, 2016, 702; riguardo alla «tipicità ipotetica», che apre spazio all'elaborazione giudiziale di un quadro «abduittivo, che cerca di dimostrare la presenza della mera intenzione di fare», R. ALAGNA, *Dialogo breve sulla tipicità penale*, in E.M. AMBROSETTI (a cura di), *Studi in onore di Mauro Ronco*, Torino, 2017, 14), mentre nessuno più di Rodolfo Sacco potrebbe dissentire rispetto all'identica qualificazione per l'appunto riservata al «formante giurisprudenziale» (v. R. SACCO, *Formante*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. Civ.*, VIII, Torino, 1992, 438-442).

¹⁰ A. GARGANI, *Le plurime figure di disastro: modelli e involuzioni*, in *Cass. pen.*, 2016, 2709.

¹¹ V. TORRE, *Linee guida e tassatività*, in M. MANTOVANI, F. CURI, S. TORDINI CAGLI, V. TORRE, M. CAIANIELLO (a cura di), *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, cit., 312.

¹² K. SUMMERER, *Il ruolo del comportamento alternativo lecito nel giudizio di evitabilità dell'evento*, in M. MANTOVANI, F. CURI, S. TORDINI CAGLI, V. TORRE, M. CAIANIELLO (a cura di), *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, cit., 271.

¹³ *Infra*, II.8.4.

nale!»¹⁴: una proposta di abbandono dell'«illusione penalistica» (il richiamo è a *Enzo Musco*) motivata, accentuando temi davvero costitutivi, con

la fragilità dei suoi presupposti (siamo davvero liberi?), la sua comprovata inefficienza (frena solo chi già sarebbe altrimenti frenato), la sua intrinseca immoralità (lo Stato non può minacciare e infliggere male fisico ai consociati, raddoppiando così il male del delitto), la difficoltà di mettere in pratica la minaccia (giustizia penale allo sbando, carceri disumane)¹⁵.

Al di là della stretta riferibilità del concetto di *punto di vista esterno* ad autori come *Alessandro Baratta*, *Luigi Ferrajoli* e *Massimo Pavarini*¹⁶, si potrebbe perciò probabilmente osservare come lo sguardo della dottrina penalistica italiana sempre più tenda a divenire «non interno ma esterno, non coinvolto ma critico»¹⁷.

In Germania, per un atteggiamento *sistematico* di censura all'operato di legislatore e giudici, basterebbe esemplarmente rinviare a studiosi appartenenti alla *Scuola di Francoforte* (con in particolare però uno scrittore, *Winfried Hassemer*, che si è sempre segnalato anche per il “sorpasso” di atteggiamenti “di scuola” oltre che di proprie precedenti

¹⁴ Puntualizza l'autore come la conclusione appaia «plausibile, ancorché non esaltante».

¹⁵ D. BRUNELLI, *Il disastro populistico*, in *Criminalia*, 2014, 258 (forum su *I mille volti del disastro*). Sull'«illusione» evocata dall'a. E. MUSCO, *L'illusione penalistica*, Milano, 2004. In senso diverso sottolinea, con H. Arendt, una qualche «mancanza di orgoglio» o forse la «falsa modestia» del «chi sono io per giudicare» G. FORTI, *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale. Tra visioni «liberali» e paternalismi giuridici*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci, I, Teoria del diritto penale, criminologia e politica criminale*, Milano, 2006, 304.

¹⁶ Sul punto di vista «esterno», «delegittimante», proprio «del criminologo critico, del sociologo, del politico o del filosofo del diritto» (l'ultimo virgolettato a 11), M. DONINI, *Massimo Pavarini e la scienza penale. Ovvero, sul valore conoscitivo dell'antimoderno sentimento della compassione applicato allo studio della questione criminale*, in www.penalcontemporaneo.it, 2017, 1-20.

¹⁷ La locuzione è in M. SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, cit., 530.

posizioni, come è possibile vedere anche attraverso l'evoluzione del suo pensiero sul diritto penale simbolico).

Scuola, quella francofortese, che in importanti volumi in *équipe* ha lamentato *La condizione impossibile del diritto penale*¹⁸, *Le strade sbagliate della legislazione penale*¹⁹ o si è comunque confrontata con *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo*²⁰, ovvero è stata individuata come interlocutore privilegiato in un convegno internazionale su *Sicurezza e diritto penale*²¹.

Questa quotidiana battaglia dialettica ha l'*indiscutibile merito* di trasmettere agli *altri attori* del cosmo penale inteso come esplorazione collettiva – e ai *giovani giuristi* in erba – l'idea di un *granitico nucleo* di principi da cui non è possibile deflettere.

Felicemente, le *implicazioni* sostanziali e processuali della complessiva garanzia liberal-individuale dell'accusato sono a ben vedere *molteplici* risultando, un po' a fatica, "compendiabili" in *tre capisaldi*: evitare errori assicurando la coincidenza fra il soggetto punito e il soggetto che ha violato il bene giuridico; non dimenticare anzi che, fra i due mali, è comunque peggio condannare un innocente che lasciar liberi dieci, o cento, colpevoli; rammentare che lo scostamento di una certa normativa dai principi generali provoca, quasi inesorabilmente, una propagazione di tale effetto ad altri settori giuridici²².

¹⁸ INSTITUT FÜR KRIMINALWISSENSCHAFTEN FRANKFURT A.M. (a cura di), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, New York, Paris, Wien, 1995.

¹⁹ INSTITUT FÜR KRIMINALWISSENSCHAFTEN UND RECHTSPHILOSOPHIE FRANKFURT A.M. (a cura di), *Irrwege der Strafgesetzgebung*, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Wien, 1999.

²⁰ L. STORTONI, L. FOFFANI (a cura di), *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo. L'analisi critica della Scuola di Francoforte. Atti del Convegno (Toledo, 13-15 aprile 2000)*, Milano, 2004.

²¹ M. DONINI, M. PAVARINI (a cura di), *Sicurezza e diritto penale*, Bologna, 2011.

²² Avevo proposto questa sintesi triadica nell'ambito di uno studio sul diritto penale come "duplice garanzia" (dell'accusato, *prioritariamente*, e della vittima): S. BONINI, *Lotta alla criminalità organizzata e terroristica, garanzia dell'individuo, garanzia della collettività*, in *Cass. pen.*, 2009, 2216-2231, spec. 2217. Sulla condanna dell'innocente come male peggiore del lasciar liberi dieci, o cento, colpevoli, assunto che forse a sua volta riassume le tre idee-guida liberalgarantistiche, L.H. TRIBE, *Processo e matematica: precisione e rituale nel procedimento giudiziario*, in F. STELLA (a cura di), *I*

Costruire dunque una *cittadella fortificata* attorno ai principi, questo è il nostro evidente obiettivo.

Ma *fino a che punto*, e *con quali strumenti*, spingere la critica alla attività (è giusto dire: alla frenesia?) del legislatore e della magistratura?

Avverto il problema come nodale, coinvolgendo esso direttamente la *questione di essenza professionale* presentata in apertura.

Per forza di cose, non ho quindi risposte, se non la convinzione nel dato gnoseologico secondo cui il *dubbio* (la «scienza del dubbio»)²³ resta sempre preferibile alle certezze falsamente e pigramente rassicuranti discendenti da nudi e duri *postulati* assiomatici.

Risalire, forse sorprendentemente, a 108 anni fa ci aiuta tuttavia a non dissipare la fecondità dei dubbi ma anche ad abbozzare qualche risposta.

2. *Sul rapporto fra dottrina e legislatore: argomenti per un equilibrio controproblematico*

La (per alcuni versi mirabile) «pre-lezione» letta nel 1910 da *Arturo Rocco* ha generato come noto un'onda lunga, durata decenni: per oltre una sessantina d'anni l'atteggiamento dell'accademia nei confronti del

saperi del giudice. La causalità e il ragionevole dubbio, Milano, 2004, 252: «Non si può davvero dire, per esempio se, condannando l'80% dei colpevoli e l'1,2% degli innocenti ci si sente meglio o peggio di quando si condanna il 90% dei colpevoli ed il 2,5 degli innocenti, a meno che non si sappia quanto debbano essere alterate le procedure processuali per poter passare dalla prima percentuale alla seconda. Ma i costi di questa alterazione procedurale, nei termini delle numerose, non tangibili, conseguenze di questa variazione per una vasta gamma di valori, saranno quasi sicuramente più difficili da quantificare dei benefici di condannare un altro 10% di colpevoli».

²³ La locuzione in A. BONDI, *Philosophieverbot. L'agonia del diritto penale moderno*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, cit., 111, con particolare riguardo alla filosofia, la cui vitale incidenza sulla costruzione penalistica è peraltro ampiamente tematizzata dall'autore (99-137). Cfr. F. MANTOVANI, *Stupidi si nasce o si diventa? Compendio di stupidologia*, Pisa, 2015, 264-265 su una «differenza qualitativa» tra uomo di cultura e intellettuale: «Dominato dal dubbio il primo, da mutevoli certezze il secondo».

legislatore non è stato infatti quello di *imperterrito pungolo* propositivo che ci si sarebbe attesi in uno Stato costituzionale di diritto.

Sino al *triplice disposto* (fissato, s'intende, in via convenzionale) della *Teoria generale del reato* di Franco Bricola, dello slancio riformistico che rimbalza dal Convegno bolognese sui cinquant'anni del codice Rocco e del vigoroso interesse per la comparazione penalistica che si riaccende all'inizio degli anni '80, la fedeltà alla mera esegesi, interpretazione e dogmatica del diritto positivo rimane – conoscendo picchi di qualità elevatissimi, e importanti anticipazioni del “nuovo” – nei fatti dominante²⁴.

²⁴ Su questi passaggi G. FORNASARI, *Conquiste e sfide della comparazione penalistica*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, cit., 266-268. La perenne importanza dell'indirizzo tecnico-giuridico risiede d'altro canto nell'implicito monito che «quando si giudica una persona occorre che questa sia chiamata a rispondere per violazione di *regole preesistenti* al fatto»: M. DONINI, *Tecnicismo giuridico e scienza penale cent'anni dopo. La prolusione di Arturo Rocco (1910) nell'età dell'europeismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2010, 167 (ID., *Massimo Pavarini e la scienza penale. Ovvero, sul valore conoscitivo dell'antimoderno sentimento della compassione applicato allo studio della questione criminale*, cit., 8 e nt. 26: il tecnicismo giuridico, di stampo «pre-costituzionale», «mai è stato veramente valutativo nei suoi migliori esponenti»). Su un attuale filone teso a una almeno «parziale assoluzione» del tecnicismo giuridico rispetto alle colpe solitamente imputategli, la sintesi di S. SEMINARA, *Sul metodo tecnico-giuridico e sull'evoluzione della penalistica italiana nella prima metà del XX secolo*, in *Studi in onore di Mario Romano*, I, Napoli, 2011, 577, il quale anzi nota (578) come siano stati «limiti culturali» interni alla dottrina *post-rocchiana* a indurla a «concentrarsi sull'esegesi, in ampia misura svuotando l'insegnamento dello stesso Rocco».

Rispetto al triplice disposto evidenziato nel testo si osservi in specie come, sommati ai cinquanta ulteriori trent'anni dalla promulgazione del codice Rocco, in altro appuntamento convegnistico bolognese sia prevalso un «grande disincanto» nei confronti della globale riformabilità del codice: lo registra G. FORNASARI, *È davvero impossibile un nuovo codice penale?*, in L. STORTONI, G. INSOLERA (a cura di), *Gli ottant'anni del codice Rocco*, Bologna, 2012, 259-266, spec. 259, ritenendo invece doveroso superare ostacoli derivanti da una pretesa «specificità italiana» (conforme sul punto G. DE FRANCESCO, *Crepuscolo di dogmi? Appunti sparsi su di una problematica 'moderna'*, in www.lalegislazionepenale.eu, 2017, 20). Coglie alla base del rinvio *sine die* di un nuovo codice «una fascinazione, un incantesimo “autoritaristico”», paradossalmente ravvivato nei nostri giorni e prevalente, «con inquietante disinvoltura, sul pur rilevantissimo sviluppo e progresso del *pensiero* e della *cultura* penalistica», F. PALAZZO, *Co-*

In rapporto alla prolusione sassarese e alla pervasività del suo soffocante abbraccio, oggi l'atteggiamento della scienza penale risulta in effetti *quasi capovolto*: non siamo più succubi del legislatore, e praticamente ogni monografia così come tanti "semplici" articoli sono intesuti di rilievi dialettici oltre che *de iure condendo*, sovente ispirati a quella formidabile *stiva di pensieri* che è l'esperienza comparata²⁵.

Eppure, l'onda lunga del tecnicismo giuridico – anche qui, con sicura preterintenzionalità – produce ancora effetti, per quanto *esattamente opposti* a quelli causati durante quella sessantina o settantina d'anni cui ci si riferiva (dunque, facendo i conti: *una sola* prolusione sembra avere conseguenze *ormai ultracentenarie*...).

Forse proprio allo scopo di dimostrare che ci siamo allontanati per sempre dalla (interminabile) "parentesi" del tecnicismo giuridico e che dunque viviamo nell'epoca, potremmo dire, del *criticismo giuridico*, si è fatta invero strada quella tendenza della letteratura penalistica anticipata nel primo paragrafo: l'inclinazione ad *accentuare* il biasimo nei

dice penale 1930: un passato (ancora) senza futuro, in www.penalecontemporaneo.it, 2011, 2. Sulla necessità di un nuovo codice penale, ispirate riflessioni da ult. in A. BONDI, *Zero*, in A. CAVALIERE, C. LONGOBARDO, V. MASARONE, F. SCHIAFFO, A. SESSA (a cura di), *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, Napoli, 2017, 95-96 (v. anche 99-100), respingendo la preconcepita «idea che il passato fosse meglio, che solo allora i *grandi* fossero abbastanza *grandi*» («in ogni tempo il prodotto dell'uomo non è impossibile ad altro uomo») e non nascondendosi, tuttavia, un lacerante interrogativo: «L'accademico sempre più impegnato nel compilare domande – per essere autorizzato in tutto e ottenere niente – può ancora essere valido attore della codificazione o il sistema universitario-burocratico ha cambiato qualcosa della sua identità, funzione e *tenacia*?».

²⁵ Scrive dell'indirizzo tecnico-giuridico come «ancora oggi dominante nei nostri studi» S. VINCIGUERRA, *Diritto penale italiano, I, Concetto, fonti, validità, interpretazione*, II ed., Padova, 2009, 272(testualmente)-274 (ma siffatto predominio appare fra l'altro smentito dalla nutrita schiera di opere di taglio storico e comparato meritoriamente coordinate dall'autore!); A. CAVALIERE, *Schizzo di un concetto costituzionalmente orientato di condotta in una sistematica teleologica del reato*, in A. CAVALIERE, C. LONGOBARDO, V. MASARONE, F. SCHIAFFO, A. SESSA (a cura di), *Politica criminale e cultura giuspenalistica*, cit., 522: «si assiste ad un diffuso atteggiamento neotecnicistico, di tacita legittimazione dell'arbitrio del legislatore – italiano o europeo – e della giurisprudenza» (quale sprone a ulteriormente affilare l'incisività della proposta dogmatica e riformistica il rilievo è senz'altro incassabile).

riguardi (oltre che della giurisprudenza) della legislazione dei nostri tempi, cui si fa la diagnosi di «ciclotimica», «autistica», «egotistica», «schizofrenica», «ossessiva», «placebo», «anoressica», «presbite», «nevrotica», «logorroica», «dislessica», «dissociata», «in stato confusionale» (il quadro medico si trova all'interno di un saggio monografico di un amministrativista, *Luciano Vandelli*²⁶, ma alcune di queste caratterizzazioni, e altre consimili, sono parimenti reperibili fra noi che studiamo lo *ius criminale*: v. per l'appunto sopra)²⁷.

Come preannunciato, per (dare spazio ai dubbi ma anche) tentare qualche risposta: avanzerei che non abbiamo bisogno di *radicalizzare* la polemica verso il legislatore per dimostrare che siamo definitivamente usciti dalle secche del tecnicismo giuridico; è infatti *già sicura* la presa di distanza della ricerca e dell'insegnamento degli ultimi quarant'anni da questo indirizzo.

Il rischio è altrimenti quello di arrivare al *muro contro muro* tra dottrina e legislatore o, forse persino peggio, al *dialogo fra sordi*.

Banalmente, e senza metterla sul piano del *bon ton*: chi può essere (quale legislatore può essere) interessato ad ascoltare suggerimenti assiologici e indicazioni tecniche se riceve la diagnosi – fuor di metafora: l'epiteto – di *autistico*? Così come, su un altro versante di quel sistema penale che dovrebbe essere concepito come «impresa collettiva», quale magistrato potrà mai condividere pur fondati rilievi dottrinali se nelle note a sentenza o in altri generi letterari spesso e volentieri imputiamo alla giurisprudenza *non* interpretazioni poco convincenti bensì «manipolazioni», «esiti di politicizzazione o di condizionamento massmediatico» o magari «complotti»? Riprenderemo nello specifico queste riflessioni circa accademia e tribunale²⁸.

Merita puntualizzare che *approccio dialogante*, quello per il quale dunque gettando la maschera citata nel paragrafo iniziale fin d'ora inclinerei a schierarmi – a parte il riduzionismo di tali definizioni, e *a fortiori* delle autodefinitzioni –, non significa (tornare al tecnicismo giuridico e perciò) «prostituirsi» ai *dicta* del legislatore ovvero, più elegan-

²⁶ L. VANDELLI, *Psicopatologia delle riforme quotidiane. Le turbe delle istituzioni: sintomi, diagnosi e terapie*, Bologna, 2006, 7-81.

²⁷ I.1.

²⁸ *Infra*, I.4.

temente, non equivale a rinunciare a quella (anche retoricamente legittima) sottolineatura dell'opinabilità di scelte legislative, che rientra nei compiti storici della dottrina quale necessario *contropotere critico*²⁹; vuol dire solo, nella proposta politico-criminale, coltivare un metodo, uno stile, una propensione alla “analisi logica” meno *pregiudizialmente diffidente* verso il primo (e persino verso il secondo) potere³⁰.

A mio modo di vedere, è realmente proficuo ciò che definirei *equilibrio contro-problematico*, che sappia di volta in volta denunciare – certo anche con «sentimento critico»³¹ – i problemi che affliggono l'attuale legislazione *senza tuttavia* nascondersi l'inesistenza di soluzioni (penalistiche, ma anche extrapenalistiche o extragiuridiche) “magiche” o *tranchant*, perché esiti armoniosi passano attraverso bilanciamenti fra *interessi e controinteressi* che non consentono deduzioni automatiche³².

Vediamo nel paragrafo che segue di concretizzare il discorso, riferendoci a due principi – *sussidiarietà e determinatezza* – cui torneremo

²⁹ Torna su questo concetto da ult. G. DE FRANCESCO, *Legislazione, giurisprudenza, scienza penale: uno schizzo problematico*, in *Cass. pen.*, 2016, 859.

³⁰ Salvo ogni possibile specificazione che sarà di seguito compiuta con la lente del diritto penale «simbolico», quanto a venatura *critico-conservatrice* – ossimoro che credo metodologicamente fecondo – anticipo di trovarmi fondamentalmente in sintonia con le indicazioni di F. MANTOVANI, *Il vero «diritto penale minimo»: la riduzione della criminalità?* (2005), in *ID.*, *Umanità e razionalità del diritto penale*, Padova, 2008, 1128, laddove rigetta una «difesa d'ufficio del diritto penale, sia perché il diritto penale, nel tempo e nello spazio, si è sempre ben autodifeso; sia perché una difesa indiscriminata e acritica del diritto penale *tout court* sarebbe insostenibile, ben noti essendo i progressi e i regressi, le imperfezioni e le ingiustizie, le necessità e le inutilità della pena. E tanto meno una difesa del “diritto penale del nemico”. Senza, però, associarsi con ciò all'estremistica e sparuta schiera dei “nemici del diritto penale”, riconoscendo, noi tutti, che qualche benemerita il diritto penale ha acquistato e continua a conservare nel rendere la vita quotidiana di tutti noi un po' più sicura e tranquilla» (anche 1135 sul «non auspicabile rischio di autoinvolgersi in una spirale di vischiosa problematicità, di un ipercriticismo di tutto, di un disaccordo su tutto»).

³¹ M. DONINI, *Massimo Pavarini e la scienza penale. Ovvero, sul valore conoscitivo dell'antimoderno sentimento della compassione applicato allo studio della questione criminale*, cit., 18.

³² Sul situarsi del bilanciamento in ogni «luogo» dell'analisi bi/tri/quadripartita del reato, v. il recente e folgorante contributo di M. DONINI, *Critica dell'antigiuridicità e collaudo processuale delle categorie. I bilanciamenti d'interessi dentro e oltre la giustificazione del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 698-734.

a richiamarci nel terzo capitolo (di *Pars construens*), dedicato allo studio di un corretto rapporto fra la funzione strumentale e la funzione simbolica nel diritto penale, alla luce della Carta costituzionale; qui, ci interessa riflettere su di essi semplicemente per meglio indirizzare la ricerca sull'*ubi consistam* da cui abbiamo preso le mosse.

3. Segue. *Gli esempi dei principi di sussidiarietà e di determinatezza*

Volgiamoci dunque ai principi, le «promesse non mantenute» come si è scritto, di *extrema ratio* da un lato e di determinatezza dall'altro³³: la *legittima espressione* di insoddisfazione verso il legislatore per l'ineadeguato rispetto di queste essenziali idee liberali merita sempre di essere accompagnata da *considerazioni di contesto*.

Sul piano dell'*ultima ratio*.

Se come prevalente (anche se angusta) alternativa al penale pensiamo alla consueta *opzione amministrativa*³⁴, non si può trascurare come essa presenti a meglio vedere tutta una serie di *incongruenze e difetti*, che rendono meno “attraente” la depenalizzazione.

³³ S. MOCCIA, *La 'promessa non mantenuta'. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001 (dove il concetto di «promessa non mantenuta», al di là del titolo, è ampiamente riferito alla stessa sussidiarietà).

³⁴ Anche altre, meno praticate ma significative, sono in effetti le «alternative» alla «via breve» penalistica: sanzioni civili di natura ripristinatoria e risarcitoria, controlli informali di tipo etico, forme di mediazione e di prestazione di attività non retribuita a favore della collettività, misure prescrittive specifiche, misure premiali. Per la delineazione di una strategia a più “pedine” di vasta portata G. FORTI, *Le ragioni extrapenalistiche dell'osservanza della legge penale: esperienze e prospettive*, in A. CASTALDO, V. DE FRANCESCO, M. DEL TUFO, S. MANACORDA, L. MONACO (a cura di), *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, Napoli, 2013 (stampa 2014), 157-188. Che l'*extrema ratio* sia fruttuosamente declinabile in virtù dell'interazione con altri principi (personalità della responsabilità penale, uguaglianza, offensività, proporzione) è indicato da G. DE FRANCESCO, *“Interpersonalità” dell'illecito penale: un 'cuore antico' per le moderne prospettive della tutela*, in *Cass. pen.*, 2015, 854-878.

Si va dall'inefficienza o in ogni caso dalla discontinuità della p.a. nella repressione degli illeciti³⁵; per arrivare al modesto tasso di imparzialità se non alla permeabilità alla corruzione di talune pubbliche amministrazioni³⁶. Ci si imbatte poi nel complesso nodo delle garanzie sostanziali e processuali delle quali dotare l'illecito amministrativo: il quale, modellato in senso parapenale dalla l. 689 del 1981, sulla scia dello *OWiG* tedesco del 1968, andrebbe forse, ai fini di un suo maggiore sviluppo, maggiormente differenziato (*id est* semplificato) rispetto all'illecito penale³⁷, per esempio in ordine agli aspetti soggettivo-personalistici della responsabilità³⁸, pur nel rispetto del concetto ampio

³⁵ Della quale si può avere esperienza quotidiana e che risulta confermata – almeno per quanto riguarda la tempestività della risposta sanzionatoria, che peraltro come noto rappresenta condizione centrale sul terreno generalpreventivo – da un importante, pur se ormai storicamente datato, lavoro in *team*: cfr. F. GIUNTA, *Effetti e prospettive della depenalizzazione alla luce di una verifica empirica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, 729-755, spec. 742-747 sul profilo-tempestività. Cfr. F. MANTOVANI, *Il vero «diritto penale minimo»: la riduzione della criminalità?*, cit., 1133 osservando, rispetto a un'attuale, pur grave, situazione di sostanziale impunità degli illeciti appartenenti alla c.d. microcriminalità diffusa, come «o si rinuncia a qualsiasi disapprovazione normativo-giuridica, anche simbolica, elevandoli a libertà di fatto e rimettendoli alla giustizia delle vittime. Oppure, rimettendoli ad altri sistemi alternativi, si opera soltanto il classico “passaggio della patata bollente” o del “cerino acceso”», considerato poi che «l'effettività delle sanzioni amministrative varia a seconda dell'efficienza e volontà repressiva delle singole autorità amministrative, competenti ad applicarle, nonché del grado di derivazione politico-elettorale delle stesse».

³⁶ Pubbliche amministrazioni soggette a condizionamenti nella migliore delle ipotesi discendenti da esigenze di politica locale o di carattere economico, cui conseguono minore autorevolezza e credito popolare, e in particolare una bassa fiducia del soggetto passivo della sanzione nella terzietà dell'organismo decisionale.

³⁷ Ovvero, rispetto al «penale/penale», adoperando la felice locuzione di M. ROMANO, *Ripensare il diritto penale (a dieci anni dalla scomparsa di Federico Stella)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 4, 8, 9, che si riferisce (4) al diritto «identificato dalla faticosa cinquina di pene principali nominate e accompagnato da una mai abbandonata prevalenza di pene detentive».

³⁸ Sull'ammissibilità di una «minore pregnanza umanistica del fatto tipico», in relazione non solo all'illecito amministrativo punitivo, ma anche a illeciti penali «minori» che un apprezzamento per la puntualizzazione del disvalore d'azione induca a conservare nel sistema, M. DONINI, *Per un codice penale di mille incriminazioni: progetto di depenalizzazione in un quadro del “sistema”*, in *Dir. pen. e proc.*, 2000, 1656. In questa

di «materia penale» elaborato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e dunque nel mantenimento di talune irrinunciabili garanzie relative in particolare alle modalità della risposta sanzionatoria e agli organi deputati ad accertare le violazioni e a irrogare le sanzioni³⁹; per doversi fare altresì i conti con la “polverizzazione delle competenze”, penali e amministrative, indotta dall'insistere di più norme sullo stesso ambito di tutela. Con riguardo agli illeciti economici e ambientali, si consideri poi la tattica che può adottare l'impresa, dopo aver pagato la sanzione amministrativa pecuniaria in luogo della persona fisica che ha agito nel suo interesse, di rivalersi sugli ignari consumatori praticando una maggiorazione dei prezzi; senza potersi sottostimare l'appesantimento della

direzione V. MANES, *Profili e confini dell'illecito para-penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 997: «nella dogmatica dell'*illecito para-penale* il giudizio di rimprovero può assumere forme parzialmente diverse da quelle che si registrano nel *Kernstrafrecht* ed analoghe a quelle che contraddistinguono le contravvenzioni (equivalenza tra dolo e colpa, non necessità di limitare la responsabilità ai casi di “colpa grave” o di valorizzare una “misura soggettiva” della stessa, scarsa rilevanza della personalità del reo nella commisurazione della pena, ecc.) e quindi, in un certo senso, contenuti meno “psicologici” e più “normativi” i quali, peraltro, lo rendono riferibile anche alle persone giuridiche».

³⁹ Sul punto, F. PALAZZO, *Il principio di legalità tra Costituzione e suggestioni sovranazionali*, in www.lalegislazionepenale.eu, 2016, 9, riferendosi anche a Corte cost., 26/3/2015, n. 49, commentata in termini critici da F. VIGANÒ, *La Consulta e la tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su Corte cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49*, Pres. Criscuolo, Red. Lattanzi, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 2/2015, 333-343. Per efficaci sintesi sul concetto unitario, «aformalistico» e «contenutistico-teleologico», «ipergarantistico», di «materia penale», con ulteriori richiami, M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, *ivi*, 4/2013, 30; G. LICCI, *Modelli nel diritto penale. Filogenesi del linguaggio penalistico*, II ed., Torino, 2014, 84-88; D. NOTARO, *In foro illecito versari. L'abuso del processo fra dimensione etica e risposta penale*, Torino, 2015, 60-65; V. MANES, “*Common law-isation del diritto penale*”? Trasformazioni del *nullum crimen* e sfide prossime future, in *Cass. pen.*, 2017, 963. Feconda tematizzazione in ID., *Profili e confini dell'illecito para-penale*, cit., 988-1007 e, monograficamente, in F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017.

mole di lavoro della giurisdizione amministrativa che fa da contraltare allo sgravio del carico gravante sulla giurisdizione penale⁴⁰.

Analoga sottolineatura di limiti – sottolineatura che vuole essere propositivamente mirata alla *crescita*, non certo a un ridimensionamento, della logica dell'*extrema ratio* – può farsi in relazione a un principio pur già oggi classificabile come «dimostrativo» e non semplicemente «argomentativo» quale la determinatezza/tassatività⁴¹: in ogni caso, un'istanza cruciale in un ambito giuridico che implica «una doppia compressione della libertà (nel momento del divieto di certe azioni, e nel momento dell'effettiva limitazione della libertà personale conseguente all'applicazione delle sanzioni, specie se detentive)»⁴².

A riguardo, mi persuadono alcune considerazioni svolte da *Eberhard Schmidhäuser* in un “vecchio” scritto in tema di *Strafgesetzliche Bestimmtheit: eine rechtsstaatliche Utopie: un'analisi mordace* sulla “capacità di prestazione” della determinatezza, ma anche lo *sforzo propositivo* di suggerire nuovi contorni per un'idea-guida che, intesa in termini sostenibilmente «relativi», potrebbe *progredire* dallo “statuto” di bella utopia al rango di principio finalmente difendibile nelle plurime sedi di rilevanza; divenendo così, userei questa espressione, un principio *effettivamente dimostrativo*: poiché i principi, per dir così, “non na-

⁴⁰ Per più puntuali riferimenti anche bibliografici su questi “vizi dell'amministrativo”, si può vedere S. BONINI, *Doping e diritto penale*, Padova, 2006, 58-60.

⁴¹ Il riferimento è al distinguo che viene tracciato tra principi «dimostrativi» e principi soltanto «argomentativi»: i principi, anche costituzionali, si dice, sono *Optimierungsgebote*, risultando come tali inconciliabili con la logica del «tutto o niente» ma essendo al contrario suscettibili di indefinite possibilità di perfezionamento, in ragione della possibilità e spesso auspicabilità che, grazie all'evolversi della coscienza giuridica complessiva, si assista alla «promozione» di un dato principio da argomentativo/di indirizzo politico/informatore a un più vincolante statuto di principio assiomatico o deduttivo. Sulla diversa «forza di legge» dei principi dimostrativi e di quelli argomentativi, e sulla loro necessaria concretizzazione in «regole», ormai un *tòpos* il rinvio a M. DONINI, *Teoria del reato. Una Introduzione*, Padova, 1996, 25-47, che ha sviluppato in ambito penalistico R. Dworkin e R. Alexy; per più recenti precisazioni e controrepliche ID., *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, cit., 15, nt. 35.

⁴² A. CADOPPI, *Giurisprudenza e diritto penale*, in E.M. AMBROSETTI (a cura di), *Studi in onore di Mauro Ronco*, cit., 56.

scono dimostrativi”, e nella prassi possono persino regredire nel rango acquisito, occorre ogni giorno lottare per il loro consolidamento.

La realtà interpretativa – si osserva – offre infatti esempi su esempi di come la giurisprudenza assurga a un decisionismo che frustra le molteplici *rationes* del principio di determinatezza, e fra queste su un piano ordinamentale la divisione dei poteri e sul versante endopenalistico il collegamento fra chiarezza normativa e prevenzione generale-deterrenza.

In non rare pronunce – alcune glossate dall’autore con la punteggiatura, insolita nella letteratura penalistica, «!|» – il richiamo a senso e scopo della legge diviene non già integrativo bensì di fatto *sostitutivo* del dettato testuale (e del linguaggio corrente); ciò che in una sentenza viene «linguisticamente escluso», anche a distanza di poco tempo viene ammesso come dato pacifico: un autentico caso di «trasformazione della parola» (*Wortverwandlung*) che disorienta soprattutto se ci si mette nei panni dello straniero, privo di familiarità con il vocabolario oltre che con il codice tedesco.

Davanti a questo stato delle cose, sarebbe però «costruttivamente» infecondo (limitarsi a) stracciarsi le vesti, come farebbe una matricola di giurisprudenza o uno studioso ammalato di «solipsismo giuridico»: inclini l’uno e l’altro a pensare che i confini della fattispecie rispondano alla logica del «sin qui e non oltre!»; altrettanto poco produttivo sarebbe spingersi a ritenere che una «grande quantità» (la totalità?) delle pronunce sia automaticamente censurabile, per il fatto che espressamente o implicitamente non si fonda sul solo significato testuale.

In ottica costruttiva, sposo la riflessione secondo cui per lungo tempo il principio di determinatezza è stato «sovraesposto» (*überspannt*) quanto a fiducia nelle sue virtualità attuative e di conseguenza «non potrà essere preso sul serio fintantoché sarà proposto in una versione incondizionata».

In questo senso, si può parlare di un’accezione «relativa» – ma questa sì *irrinunciabile!* – della determinatezza.

Il diritto penale vive infatti di un eterno «conflitto valoriale» (*Wertkonflikt*).

Da una parte (*einerseits*) sta il valore di una *giustizia* non metafisica e dunque anch’essa «relativa», la quale comporta il «superamento» del

primo dato di base, quello letterale, per salire su un secondo e poi su un terzo gradino consistenti nell'interpretazione «obiettiva» e teleologica.

Dall'altra (*andererseits*), si taglia il valore della *sicurezza giuridica*, ovvero della prevedibilità del nesso condotta umana/effetto giuridico: ne discende l'esigenza di prendere la legge penale «il più possibile alla lettera»; dopo una serie di verifiche e controverifiche sistematicamente e teleologicamente orientate, la “prova finale” sarà comunque quella del “ritorno” all'originaria comprensione testuale.

Attraverso questa impostazione – che a me sembra contrassegnata da uno *speciale equilibrio* nel proporre controargomenti – viene ricavata una serie di corollari; mi limiterò a citarne due.

Dal punto di vista della *ricerca scientifica*, la differenziazione del livello di determinatezza esigibile a seconda del fenomeno empirico-sociale, dello strumentario linguistico e del settore normativo di volta in volta coinvolti, assicura una non-dispersione delle forze intellettuali in *chimerici obiettivi* di determinatezza assoluta, per converso favorendo un'accresciuta allerta e vigilanza su istanze più circoscritte ma soprattutto conseguibili.

Dal punto di vista dell'*insegnamento universitario*, una presentazione della determinatezza come meta fondamentale ma «relativa» eviterebbe quella *cocente disillusione* cui vanno incontro gli studenti quando, nell'approfondire la materia, e nel «viverla» poi da laureati, scoprono un abissale «scarto» tra teoria e prassi⁴³.

Sintetizzando brutalmente con mie parole: vero che il principio di determinatezza è spesso “strapazzato” dal legislatore⁴⁴, dobbiamo tuttavia essere pienamente consapevoli e rendere consapevoli che il linguaggio penalistico non può che essere poroso – finanche *vago*, come usano dire i filosofi del diritto⁴⁵ – e comunque non formalizzato, *non*

⁴³ Cfr. E. SCHMIDHÄUSER, *Strafgesetzliche Bestimmtheit: eine rechtsstaatliche Utopie*, in P. SELMER, I. VON MÜNCH (a cura di), *Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens*, Berlin, New York, 1987, 231-247.

⁴⁴ Anche dal legislatore civile: cfr. N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016.

⁴⁵ Per un'aggiornata riflessione giusfilosofica, F. PUPPO, *Dalla vaghezza del linguaggio alla retorica forense. Saggio di logica giuridica*, Padova, 2012. Nella dottrina penalistica, accosta a un pugno battuto sul tavolo la pretesa di tacere d'indeterminatezza qualsiasi disposizione incapace di eliminare sin dall'inizio dubbi ermeneutici

matematico (riprenderemo il tema, in diretta relazione con la simbolica penale)⁴⁶; non possiamo perciò... pretendere la luna ovvero, fuor di metafora, la determinatezza assoluta: idealisticamente privilegiare al *realismo*⁴⁷ la favola bella del principio «assoluto» non pare del resto che abbia concretamente giovato all'affermarsi della determinatezza⁴⁸.

F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2016, 40-41. Su vaghezza e argomenti collaterali, volendo, anche per ulteriori richiami bibliografici, S. BONINI, *L'elemento normativo nella fattispecie penale. Questioni sistematiche e costituzionali*, Napoli, 2016, 302-308. In particolare, su vaghezza, logica fuzzy e funzione simbolica, *infra*, II.8.2.

⁴⁶ *Infra*, III.3. Sull'irriducibilità del diritto a matematica v. sin d'ora taluni riferimenti in O. DI GIOVINE, *In difesa del c.d. decreto Balduzzi (ovvero: perché non è possibile ragionare di medicina come se fosse diritto e di diritto come se fosse matematica)*, in *www.archiviopenale.it*, 1/2014, 1-23.

⁴⁷ V. le considerazioni particolarmente ispirate di R. BARTOLI, *Lettera, precedente, scopo. Tre paradigmi interpretativi a confronto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1770-1771: «Partire dalla realtà quale essa è e non quale si crede che sia è il presupposto fondamentale per dare forza ordinante al diritto, perché o il diritto governa la realtà o non governa. Un diritto che prescinde dalla realtà è un diritto magari perfetto e rassicurante nella sua ideale costruzione astratta, ma è anche un diritto debole, perché spesso non è in grado nemmeno di lambire il fenomeno che si vorrebbe ordinare. Un diritto basato sulla realtà, con ogni probabilità è un diritto molto più fragile, ma senza dubbio è anche un diritto più forte perché capace di attagliarsi ai fenomeni dando loro razionalità e forma». Con altrettanta icasticità M. PAPA, *La tipicità iconografica della fattispecie e l'interpretazione del giudice. La tradizione illuministica e le sfide del presente*, in G. COCCO (a cura di), *Per un manifesto del neilluminismo penale. Libertà individuali e principi penalistici. Libertà individuali e nuove morali di Stato. Il diritto penale economico in tempo di crisi. La questione dei reati associativi*, Milano, Padova, 2016, 151-152: «'Predicare il bene' è attività nella quale ci si impegna volentieri: specie laddove non si sia chiamati a gestire direttamente il controllo penale o non ci si assuma la responsabilità, anche politica, dei risultati. [...] Le risorse che servono per auspicare che il sistema penale, come struttura di controllo sociale, debba essere *sempre più deontologicamente connotato* sono infatti inesauribili: come gli auguri di Natale, possiamo dispensarle senza timore che il serbatoio da cui attingiamo si impoverisca».

⁴⁸ Al di là poi di un certo nominalismo proprio di questo genere di (auto)aggettivazioni: anche in tema di *riserva di legge*, «i propugnatori della "riserva relativa" talvolta sono più esigenti circa i requisiti di legittimità costituzionale, di quanto non lo siano i sostenitori della "riserva assoluta"», come notava A. PAGLIARO, *Riserva di legge, elementi normativi e questioni pregiudiziali* (1977), in *Id.*, *Il diritto penale fra norma e società. Scritti 1956-2008*, III, *Altri scritti - I*, Milano, 2009, 389.

Solo su queste basi piaccia o non piaccia “relativistiche” potremo costruire un fortino concettuale a presidio della determinatezza, negli intenti inespugnabile.

D'altronde, è anche lo *studio comparatistico* a indirizzarci verso una relativizzazione dei problemi (e, come detto, nell'accezione schmidhäuseriana, dei principi: ma si tratta, con un ossimoro, di *relativizzazione irrobustente*).

In particolare, l'analisi in chiave comparata vale, ovviamente, a far emergere *in positivo* la praticabilità di soluzioni razionalmente armoniche in rapporto ad aspetti legislativo-dogmatici che rappresentano delle “costanti” nel quadro di riferimento⁴⁹; ma anche, *in negativo*, come *ausilio alla sdrammatizzazione* di problemi che potrebbero apparire, a prima vista, “solo interni”, “solo italiani”.

Insomma: la comparazione ci insegna che facciamo bene a tendere verso la costruzione delle migliori disposizioni possibili, e la loro più accorta interpretazione, ma sapendo che *non* esiste il *legislatore perfetto* o la *disposizione perfetta* (e nemmeno, si potrebbe aggiungere, l'*interprete perfetto*): ogni formulazione legislativa è opinabile, anche perché ciascuna disposizione presenta sempre profili apprezzabili e profili discutibili (come osserva *Alberto Cadoppi*, muovendo dall'analisi di un

Peraltro, il fatto che la realtà risulti diversa da come idealtipicamente raffigurata e auspicata *non* implica che con l'«insistenza» su quei concetti ideali «si divenga ridicoli o addirittura truffaldini», indicando anzi questi concetti virtuosi i passi fondamentali a seconda dei casi da compiere o da evitare: cfr. (anche se con specifico riferimento alle teorie sugli scopi della pena) W. HASSEMER, *Perché punire è necessario. Difesa del diritto penale* (2009), Bologna, 2012, 107, trad. ed. it. a cura di D. SICILIANO. V. anche F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, X ed., Milano, 2017, 65: «la difficoltà di realizzare un obiettivo non è mai un motivo per criticare, sul piano ideale, l'obiettivo stesso». Per una tematizzazione del diritto penale idealizzato, o ideale, S. STÜBINGER, *Das “idealisierte” Strafrecht. Über Freiheit und Wahrheit in der Strafrechtstheorie und Strafprozessrechtslehre*, Frankfurt am Main, 2008.

⁴⁹ Più in generale, su sei livelli (e funzioni) della comparazione penalistica, A. CADOPPI, *Cento anni di diritto penale comparato in Italia* (2000), ora in ID., *Tra storia e comparazione. Studi di diritto penale comparato*, Padova, 2014, 95-109: si tratta dei livelli «informativo-esplicativo», «dogmatico-teorico-dottorale», «politico criminale o riformistico», «interpretativo-applicativo», «armonizzatore e/o unificatore» e infine, con significativa inversione aggettivale, «del diritto comparato penale».

dettato da più voci contrastato come l'art. 612-*bis* del codice penale italiano in materia di atti persecutori)⁵⁰.

Predicare nelle aule universitarie il significato del principio di legalità e vederlo poi così “trascurato” nella produzione legislativa rischia di causare una «depressione lavoro-correlata», «una sorta di malattia professionale», come ha scritto con fine autoironia *Donato Castronuovo*⁵¹.

Proseguendo l'immagine, l'antidoto realmente efficace parrebbe quello di un legislatore che riprenda a frequentare assiduamente la “scuola della ragione” e sappia rinunciare alla produzione di leggi «sperimentali» – nel senso di emanate senza un adeguato *background* di studi empirico-criminologici⁵² –, «sciatte»⁵³, propriamente «simboliche»⁵⁴, «compromissorie»⁵⁵, «indeterminate»⁵⁶, «ad personam»⁵⁷.

Nell'attesa che questa cura divenga un giorno disponibile, e comunque a suo sostegno, il rimedio del caso potrebbe essere proprio quello di un abbandono delle cadenze proprie di una «dommatica assoluta»⁵⁸, ovvero quello di una *più spiccata apertura* alla controproblematizza-

⁵⁰ Cfr. A. CADOPPI, *Stile legislativo di common law e continentale a confronto: l'esempio dello stalking*, in S. VINCIGUERRA, F. DASSANO (a cura di), *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, Napoli, 2010, 117.

⁵¹ D. CASTRINUOVO, *Clausole generali e diritto penale*, in A. CASTALDO, V. DE FRANCESCO, M. DEL TUFO, S. MANACORDA, L. MONACO (a cura di), *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, cit., 488-489.

⁵² V., nella dottrina costituzionalistica, H.-D. HORN, *Experimentelle Gesetzgebung unter dem Grundgesetz*, Berlin, 1989. A una «superficializzazione delle scelte legislative in campo penale» allude efficacemente G. MARINO, *Il sistema antiterrorismo alla luce della l. 43/2015: un esempio di “diritto penale del nemico”?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1389 (e 1423).

⁵³ V. la *Moralité* di M. GALLO, *Il senso di una paroletta*, in *Crit. dir.*, 2013, 278-282.

⁵⁴ C.E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 430-544, spec. 537-540.

⁵⁵ C.E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, cit., 528 e 539.

⁵⁶ S. MOCCIA, *La ‘promessa non mantenuta’*, cit.

⁵⁷ E. DOLCINI, *Leggi penali ‘ad personam’, riserva di legge e principio costituzionale di eguaglianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 50-70, spec. 56-70.

⁵⁸ La locuzione è in C.E. PALIERO, *La società punita: del come, del perché, e del per cosa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1517, nt. 2.

zione⁵⁹: detto con rude franchezza, si ha infatti l'impressione che talune analisi dottrinali, mirate alla critica radicale della normazione dei nostri tempi, riescano a inquadrare solo una parte (purtroppo, comunque, consistente) del più complesso "problema legislativo".

Un'esemplificativa apertura di campo a due principi pur cruciali come *ultima ratio* e determinatezza e, in particolare, riguardo a quest'ultimo, l'ascolto delle *parole di verità* pronunciate da Schmidhäuser *non permettono* di accantonare la questione dell'*ubi consistam* e di considerare cancellati i dubbi, ma di *avere rafforzato* il convincimento nella bontà di un'equidistanza controproblematica e di un'inclinazione (puntigliosamente) dialogante sì.

Più che *lacerarsi le vesti*, per riprendere una precedente immagine, si dovrà essere dunque abili a frequentemente *cambiare quelle vesti: dalla dialettica alla critica, dalla critica alla dialettica*; e di queste premesse potrà auspicabilmente *giovarsi la trattazione diretta* di funzione strumentale e funzione simbolica che svolgerò a partire dal cap. II (il cap. III, di *pars construens*, non avrebbe ragione di essere *neppure astrattamente concepito* se valesse l'esclusivo presupposto metodologico di un'istanza critica).

Per il momento, però, allarghiamo lo sguardo all'altro "ambito" dove aggalla la tensione ideale tra critica e cooperazione.

4. Accademia e giurisprudenza, fra critica e dialogo

Due posizioni di base, accompagnate da anche ragguardevoli sfumature s'intende, può assumere e ha assunto l'accademia *nei confronti della giurisprudenza*: una parte della scienza penale propende per un atteggiamento *fondamentalmente critico* nei confronti dell'"espansioni-

⁵⁹ Controproblematizzazione che potrebbe magari essere ricompresa in un «Codice deontologico per i giovani studiosi del diritto penale»: valevole «sempre e soltanto per loro?!», come si chiede nel delinearne una «bozza» F. MANTOVANI, *Il codice deontologico del giovane cultore del diritto penale*, in *Criminalia*, 2013, 645-649, che riprende la davvero graffiante pagina di A. PAGLIARO, *Regole della citazione faziosa* (1984), in *Id.*, *Il diritto penale fra norma e società. Scritti 1956-2008*, IV, *Altri scritti – II*, Milano, 2009, 579-580.

smo” giurisprudenziale; altra parte della dottrina opta per un atteggiamento *in linea di principio dialogico*⁶⁰.

La *prima inclinazione* spirituale è quella probabilmente *più diffusa* fra i nostri studiosi: consacrata in un importante Convegno su *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*⁶¹, e confermata in numerose occasioni successive, essa può vantare dei *buoni motivi*; del resto, se pensa al proprio campo attuale di ricerca o a campi di interesse generale, ciascuno potrà senz’altro indicare pronunce scarsamente convincenti.

Anche in questo caso, inclino peraltro a convincermi di come la *seconda tendenza* sia *globalmente preferibile*.

Domenico Pulitanò non ha mancato autorevolmente di evidenziare come la «discrasia» ravvisabile nello stesso ambito dottrinale – significativa la riproposizione del termine con questa nuova area di riferimento – possa essere collegata, anche, al fenomeno delle «due toghe».

Una speciale fermezza nella critica della dottrina alla giurisprudenza potrebbe invero essere dovuta a una *prevalenza, magari inconscia*, della toga forense su quella accademica: l’esperienza della *doppia toga*, si chiarisce, confrontata con quella dell’accademico puro, oltre che più informata sul versante degli sfondi pratici delle interpretazioni giuridiche può ben rivelarsi più ricca sul piano della stessa costruzione teorica delle ragioni del diritto (e dunque, chioserei, complessivamente più incisiva in chiave di *pluridimensionalità dell’insegnamento* universitario); al tempo stesso però quel duplice rivestimento espone al rischio, «che potrebbe talora rivelarsi non infondato», di «contaminazioni fra diversi stili e diverse etiche del discorso: l’etica della ricerca scientifica, l’etica (e la retorica) della difesa di interessi “di parte”»⁶².

⁶⁰ Per tale bipartizione, F. PALAZZO, *La scienza giuridica di fronte alla giurisprudenza (Diritto Penale)*, in *Riv. it. sc. giur.*, 4/2013, 157.

⁶¹ Cfr. A.M. STILE (a cura di), *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, Napoli, 1991.

⁶² D. PULITANÒ, *Discrasie nel mondo penalistico*, in A. CASTALDO, V. DE FRANCESCO, M. DEL TUFO, S. MANACORDA, L. MONACO (a cura di), *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, cit., 342 e 348-349; ID., *Il giudice e la legge penale*, in *Quest. giust.*, 2/2017, 152: «Il professore avvocato ha la responsabilità di portare l’una e l’altra toga come richiedono le rispettive funzioni e le rispettive etiche. La difesa penale può essere una stimolante occasione d’impegno scientifico ed etico *dalla parte dell’individuo e delle*

Ma c'è dell'altro, e in proposito sono a mio agio nelle chiavi di lettura offerte da *Francesco Palazzo*.

Un atteggiamento critico se non marcatamente critico verso la giurisprudenza può trovare infatti essenziale addentellato o in una «strenua adesione e difesa della legalità penale, considerata nella sua versione costituzionalmente forte»; o/e nell'opposizione, innanzitutto metodologica, ai paradigmi ermeneutici sul carattere valutativo-creativo dell'interpretazione.

Solo che – questa la *critica della critica* che si legge in Palazzo e che condivido – il nobilissimo afflato legalitario finisce talvolta per isterilirsi in una «spietata analisi delle intemperanze e degli straripamenti della giurisprudenza» (o della sua stessa politicizzazione)⁶³, vero-

sue libertà». V. altresì G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, Bari, 2017, 133-134: la tendenza della dottrina a censurare la giurisprudenza per «una sorta di 'libertinaggio' interpretativo, [...] sviluppatosi *extra* o addirittura *contra legem* sulla base di un progressivo accumulo di fattispecie (o sotto-fattispecie) parallele e aggiuntive rispetto a quelle strettamente legali», troverebbe radice anche nel «dato, non secondario, che non pochi professori svolgono nei processi funzioni difensive nel ruolo di avvocati delle persone sottoposte a giudizio». Più in generale, sul «bisogno di professori *amici* di tutti gli operatori del diritto, [...] in quanto depositari di un'indipendenza che li renda interlocutori autorevoli e (possibilmente) ascoltati: tale da consentir loro di agire in continuità con la vocazione alla ricerca perfino nel momento in cui assumano in prima persona impegni politici o istituzionali», L. EUSEBI, *L'insostenibile leggerezza del testo: la responsabilità perduta della progettazione politico-criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1677.

⁶³ Paradigmatico di tale approccio A. MANNA, *La dottrina tra legislazione e giurisprudenza nel sistema penale*, cit., 389-408, spec. 397-398, in un passo che a motivo della sua esemplarità vale la pena riportare per esteso: «in particolare durante l'epoca di Tangentopoli, i partiti di governo e, soprattutto, quelli più progressisti, ancora all'opposizione, si sono illusi di utilizzare la giurisprudenza come "cinghia di trasmissione", per conquistare il potere *tout court* [..] ciò che ne è risultato è stato un ulteriore aumento della valenza e del peso della magistratura, ormai del tutto autonoma ed indipendente da ogni altro potere statale, con il conseguente indebolimento sia del potere governativo, che forse, ancor di più, di quello legislativo-parlamentare, che continua tutt'ora a caratterizzare la più recente storia sia politica, che economica italiana». Accenti non dissimili nell'istruttivo contributo di G. INSOLERA, *L'evoluzione della politica criminale tra garantismo ed emergenze. Dagli anni '60 all'emergenza mafiosa*, in M. DONINI, L. STORTONI (a cura di), *Il diritto penale tra scienza e politica. Nel ricordo di Franco Bricola vent'anni dopo*, Bologna, 2015, 9-21 [dello stesso autore v. ora *Cassandra e il grande*

potere giudiziario, in C. PAONESSA, L. ZILLETTI (a cura di), *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie. I nuovi scenari della soggezione al diritto dell'Unione europea: a proposito della sentenza della Corte di Giustizia Taricco*, Pisa, 2016, 139-143; *Dall'imprevedibilità del diritto all'imprevedibilità del giudizio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1999-2004; *I percorsi di una egemonia*, in C. GUARNIERI, G. INSOLERA, L. ZILLETTI (a cura di), *Anatomia del potere giudiziario. Nuove concezioni, nuove sfide*, Roma, 2016, 86-89]. Sull'«incomunicabilità» tra giurisprudenza e dottrina G. FLORA, *Valori costituzionali, «diritto penale dei professori» e «diritto penale dei giudici»*, in S. CANESTRARI (a cura di), *Il diritto penale alla svolta di fine millennio. Atti del Convegno in ricordo di Franco Bricola (Bologna, 18-20 maggio 1995)*, Torino, 1998, 326-329. Inedito genere letterario del «racconto conviviale» in F. SGUBBI, *Il testo della reigestae expositio del magistrato d'accusa al Capo dell'ufficio (detto anche nella vulgata il Vangelo secondo il Procuratore o Pubblico Ministero)*, in *Crit. dir.*, 2011, 308-311. Scrive D. BRUNELLI, *Il disastro populistico*, cit., 273, del«l'intervento "armato" della magistratura come l'inevitabile riempimento di un vuoto torricelliano da parte di un corpo (auto)convocato in supplenza a "gestire" l'emergenza, il che finisce per giustificare il fenomeno alla stregua di uno stato di necessità». A giudici «"angeli vendicatori" della "morale pubblica" oltraggiata dal crimine» fa riferimento M. TRAPANI, *Creazione giudiziale della norma penale e suo controllo politico. Riflessioni su Cesare Beccaria e l'interpretazione della legge penale 250 anni dopo*, in www.archiviopenale.it, 1/2017, 1-90, letteralmente 2-3. Evidenzia un'«insostenibilità del nuovo modello di giudice collegiatore», G. AMARELLI, *Il giudice ed il rispetto della legge penale in sede interpretativa. Obsolescenza apparente e attualità perenne del pensiero di Beccaria*, in E. PALOMBI (a cura di), *I diritti dell'uomo. Dei delitti e delle pene a 250 anni dalla pubblicazione*, Torino, 2016, 243-269, spec. 262. Similmente M. CATERINI, *In dubio interpretatio pro reo. Un onere motivazionale aggravato per arginare la creatività giudiziale*, in A. CAVALIERE, C. LONGOBARDO, V. MASARONE, F. SCHIAFFO, A. SESSA (a cura di), *Politica criminale e cultura giuspenalistica*, cit., 507-508, rilevando l'attribuzione alla giurisprudenza di «una funzione paragonabile a quella generale propria della legge». Di giudice inteso come «bocca della Costituzione» scrivono C. GUARNIERI, G. INSOLERA, L. ZILLETTI, *Prefazione*, in IID. (a cura di), *Anatomia del potere giudiziario. Nuove concezioni, nuove sfide*, cit., 7; di giudice «bocca di se stesso» L. VIOLANTE, *La crisi del giudice "bocca della legge" e l'emergere di nuove concezioni di ruolo giudiziario*, *ivi*, 22; e di «diritto floscio – senza fattispecie –» L. ZILLETTI, *Introduzione: gli incompatibili*, ancora *ivi*, 11.

Per possibili repliche, dal punto di vista dello scienziato politico, D. PIANA, *Magistrati. Una professione al plurale*, Roma, 2010; nella chiave di una «politica interistituzionale a somma positiva» (29), EAD., *La giustizia e i suoi saperi. Professionalità al servizio del giusto processo*, Roma, 2017.

similmente destinata «a non incidere più di tanto sulla deprecata situazione, e comunque a non spingere il ruolo della scienza oltre il pur necessario atteggiamento di denuncia»⁶⁴.

Il secondo aggancio della critica, a fronte dell'«ormai consolidata accettazione delle teorie ermeneutiche in tutto il resto dell'universo giuridico», rischia dal canto suo di confinare in un angolo l'interpretazione penalistica, amplificandone le pur innegabili «specificità»⁶⁵; dovendosi poi considerare come l'ermeneutica, che non ha in ogni caso un intento prescrittivo, giovi a dissolvere ipocrisie e dischiuda fra l'altro un ruolo più protagonista alla stessa avvocatura (riguardo alla *quaestio iuris*), così da potersi sintetizzare che le dottrine ermeneutiche «contribuisco-

⁶⁴ Sottolinea anche D. PULITANÒ, *Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, in *Criminalia*, 2013, 142-143, che, senza «entrare nel campo minato delle carriere politiche (realizzate o tentate) di magistrati, [...] e delle eventuali 'mele marce'», «[s]e nella giurisprudenza penale corrente ravvisiamo aspetti di moralismo autoritario, ciò va preso sul serio, ed anche con rispetto, al di là dei dissensi».

⁶⁵ F. PALAZZO, *La scienza giuridica di fronte alla giurisprudenza (Diritto Penale)*, cit., 157-161. In particolare, per la convinzione che il progresso del diritto penale dipenda dalla «sua sempre maggiore (per dir così) *sprovincializzazione* e attrazione verso orizzonti normativi e teorici più generali», G. FIANDACA, *Rocco: è plausibile una despecializzazione della scienza penalistica?*, in *Criminalia*, 2010, 189-190 (v. anche 205). Al confronto filosofia/diritto penale, su questi temi, contribuisce ormai da alcuni anni con particolare vigore e acume Massimo Vogliotti del quale cfr., da ult., M. VOGLIOTTI, *Il giudice al tempo dello scontro tra paradigmi*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2016, 1-18 ove si torna a evidenziare, con nuovi argomenti, la necessità di un «riorientamento gestaltico» (4) di cui dovrà essere capace un giudice confinato dalla *vulgata* positivista della modernità a un ruolo di «applicazione oggettiva e acritica della legge (*dura lex sed lex*)» (5); occorrendo quindi riscoprire un'idea della logica giuridica non astratta e frutto esclusivo di un «autore eminente» (il legislatore: 7) ma «a trama storica» (10). Sulla rilevanza del «momento» giurisprudenziale, icasticamente, V. MANES, «*Common law-isation del diritto penale?*» Trasformazioni del *nullum crimen* e sfide prossime future, cit., 965: «la pietra scartata dai costruttori dell'edificio della modernità giuridica è divenuta testata d'angolo» (con particolare riferimento al «reticolo normativo europeo»), rimarcando peraltro (976) come rispetto a tale «nuova "autorità paralingislativa"» debbano essere introdotti «maggiori meccanismi di controllo democratico» (secondo una fisionomizzazione dello Stato di diritto quale «parallelogramma di forze»: ID., *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012, 27).

no non solo a smantellare l'onnipotenza del legislatore ma mettono in discussione anche l'onnipotenza (forse ancor più temibile) del giudice»⁶⁶.

Aggiungerei quanto segue: con una sorta di procedimento di *eliminazione mentale* si potrebbe osservare, a favore invece dell'esistenza di una missione dottrinale di scrupolosa sorveglianza verso l'operato della giurisprudenza⁶⁷, che, in mancanza di tale rigoroso impegno, nessun'altra componente del sistema penale come "opera collettiva" potrebbe efficacemente adoperarsi nella medesima direzione: non potrebbero i *mass media* – anche questi, bisogna ammetterlo, entrano a comporre il sistema collettivo⁶⁸ – perché, "per vocazione", interessati piuttosto a

⁶⁶ Per queste ultime precisazioni lo stesso F. PALAZZO, *Il principio di legalità tra Costituzione e suggestioni sovranazionali*, cit., 9-10. Intenso spirito dialogico in S. RIONDATO, *Plurivocità persuasiva di fonti e formanti del diritto penale*, in A. CASTALDO, V. DE FRANCESCO, M. DEL TUFO, S. MANACORDA, L. MONACO (a cura di), *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, cit., 1315-1326; e in F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, cit., 1-43, muovendo dal realistico rigetto dell'interpretazione come mero atto ricognitivo, per assumerne una nozione (23-24) quale «scelta (e dunque [...] atto di natura volitiva) tra più possibili significati, tutti compatibili con il dato testuale della norma, che segna i confini delle legittime interpretazioni» e perciò quale «atto con cui il giudice *prosegue e completa* l'attività normativa del legislatore, definendo il preciso contenuto della norma da applicare nel caso concreto». Cfr. A. FIORELLA, *Pluralità di fonti e complessità del sistema penale*, in C.E. PALIERO, S. MOCCIA, G. DE FRANCESCO, G. INSOLERA, M. PELISSERO, R. RAMPIONI, L. RISICATO (a cura di), *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, Napoli, 2016, 340: «Dal punto di vista del 'dialogo' con la giurisprudenza, la dottrina [...] dovrà isolare tutti gli strumenti utili (e praticarli) al fine di stabilire una corretta relazione di mutuo riconoscimento, con scambio di esperienze e abilità, nel rispetto delle diverse attribuzioni». Con V. MANES, *Dalla "fattispecie" al "precedente". Appunti di "deontologia ermeneutica"*, in www.penalecontemporaneo.it, 2018, 4, si tratta di ricercare «il limite [della] straordinaria energia creativa che il risveglio della coscienza ermeneutica ha innescato».

⁶⁷ Ovvero, di rinnovata affermazione che «Nell'Europa continentale, il ruolo del diritto è il ruolo della legge»: M. GALLO, *Le fonti rivisitate. Appunti di diritto penale*, Torino, 2017, 105-113, testualmente 105.

⁶⁸ Ci occuperemo specificatamente di simbolismo massmediatico *infra*, II.8.3. Vale l'osservazione secondo cui «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 di-

risaltare le novità e in specie le estensioni giudiziali della tutela, e poco inclini a porre freni⁶⁹; e non potrebbe probabilmente il legislatore, che sembra anzi manifestare una tendenza crescente alla messa nero su bianco di orientamenti affermatasi nel seno della giurisprudenza (affermatasi *contra legem* rimarca per converso, di frequente, la dottrina): si pensi per tutte alla vicenda della corruzione per l'esercizio della funzione (nuovo art. 318 c.p.)⁷⁰; la dottrina sarebbe dunque *insostituibile*

mensione e funzionalità politico-sociale e, sempre più ossessivamente, politico-criminale *tout court*»: C.E. PALIERO, *L'agorà e il palazzo. Quale legittimazione per il diritto penale?*, in *Criminalia*, 2012, 116.

⁶⁹ In argomento v. fin da adesso G. FORTI, M. BERTOLINO (a cura di), *La televisione del crimine. Atti del Convegno «La rappresentazione televisiva del crimine»* (Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano - Università degli Studi di Milano-Bicocca, 15-16/5/2003), Milano, 2005; E. AMODIO, *Estetica della giustizia penale. Prassi, media, fiction*, Milano, 2016, 125-257; C. CONTI (a cura di), *Processo mediatico e processo penale. Per un'analisi critica dei casi più discussi da Cogne a Garlasco*, Milano, 2016; G.P. ACCINNI, *Civiltà giuridica della comunicazione*, Milano, 2017; A. VALENTI, *L'informazione a confronto con il processo penale*, in ID., *L'inarrestabile spettacolo della giustizia penale*, Bologna, 2017, 13-57.

⁷⁰ Sul giudice divenuto «sorvegliato speciale» da parte del legislatore, G. DE FRANCESCO, *Introduzione*, in G. DE FRANCESCO, E. MARZADURI (a cura di), *Il reato lungo gli impervi sentieri del processo. Atti dell'incontro di studi (Pisa, 26/2/2016)*, Torino, 2016, 6-7 e soprattutto, dello stesso autore, *Legislazione, giurisprudenza, scienza penale: uno schizzo problematico*, cit., 855-857 con la «provocazione» secondo cui oggi «il sistema del 'precedente' viene ad essere in qualche modo 'incarnato' dalla legge stessa: 'asseverando' una certa linea di tendenza, il *dictum* normativo tende a porsi quale arbitro 'di turno', nell'attesa di tempi migliori»: in questo senso, la legge verrebbe finalizzata a «'porre una pezza' alle lamentele della prassi» smarrendosi la sua caratteristica precipua di innovazione autentica del sistema, possibile solo se le suggestioni provenienti dal diritto vivente si affiancano a (non già sostituiscono) conoscenze empiriche, evoluzione dei bisogni di tutela, elaborazioni scientifiche e socio-culturali.

Per altri esempi su «ratifiche» legislative di approdi giurisprudenziali M. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale. Dall'oblio al protagonismo?*, Napoli, 2015, 150, 153, 157, che (157) saluta peraltro con un certo favore tale genere di intervento legislativo, nella misura in cui possa arginare rischi ulteriori di «applicazioni giurisprudenziali particolarmente «*estensive*» in ragione della tutela di vittime vulnerabili».

La «genesi giurisprudenziale delle fattispecie penali», come fenomeno sorprendentemente tipico della stessa *civil law*, è da tempo segnalata, non necessariamente come «aberrante creazione», in A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, II ed., Torino, 2014, 90-107.

nel compito storicamente assolto dell'apposizione di vincoli alla creatività giurisprudenziale.

Come *mutatis mutandis* detto per il rapporto con il legislatore, vale la pena qui evidenziare che approccio dialogante, quello che tendo a fare mio (a parte ancora la convenzionalità delle definizioni, e in particolare delle autodefinitive), non equivale ad abbandonare al sonno di Rosaspina la potenzialità della dottrina di ricostruire il sistema in termini *quando occorre critici* rispetto all'attività giudiziale⁷¹; vuol dire però, nella ricerca e nella didattica, sviluppare un'inclinazione *meno timorosa* verso il *novum* che affiora nella giurisprudenza, alla quale va dato atto di a sua volta essere oggi *più ricettiva* nei confronti delle osservazioni provenienti dal campo dottrinale⁷².

⁷¹ Preoccupandosi innanzitutto della crisi attraversata dalla funzione nomofilattica che l'art. 65, co. 1, ordinamento giudiziario assegna alla Corte suprema di Cassazione: a riguardo S. VINCIGUERRA, *Sull'intralcio all'amministrazione della giustizia delle interpretazioni discordanti e il suggerimento di qualche rimedio*, in *Dir. pen. XXI sec.*, 2014, 195-208, spec. 200-201, nel contesto di uno scritto di estremo interesse in chiave propositiva. Cfr. F. PALAZZO, *Attuali inquietudini della scienza penale tra utopismo e realismo*, in C.E. PALIERO, S. MOCCIA, G. DE FRANCESCO, G. INSOLERA, M. PELISSERO, R. RAMPIONI, L. RISICATO (a cura di), *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, cit., 312, che, ravvisando «l'estrema caoticità quale tratto saliente dell'attuale produzione normativa, legislativa o giurisprudenziale che sia», suggerisce un atteggiamento di «utopistico realismo», dove in particolare l'utopia «sta nel farsi convinti che, se alla scienza non è dato – *allo stato* – di modificare questa situazione, essa può almeno dare un contributo alla razionalizzazione [...]. Il che non significa farsi complice e succube dei formanti giurisprudenziale e normativo, ma al contrario cercare di evitare un esito di marginalizzazione pernicioso per tutti».

⁷² Rilevano una crescente inclinazione giudiziale a recepire i paradigmi della scienza penale D. PULITANÒ, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 40, in relazione alle materie della causalità e dell'imputazione soggettiva e con il *warning* che gli «aspetti più accademici della dottrina restano al margine, estranei agli interessi della giurisprudenza» (allude anzi a discussioni di «alta» teoria generale che risuonano «addirittura fastidiose all'interlocutore esterno all'accademia perché si percepisce che raramente ne derivano implicazioni pratiche ai fini dell'applicazione delle norme penali» G. FIANDACA, *Rocco: è plausibile una de-specializzazione della scienza penalistica?*, cit., 195; resta in ogni modo certamente legittimo che la scienza giuridica non scriva esclusivamente per i giudici: M. DONINI, *An impossible exchange? Prove di dialogo tra civil e common lawyers su legalità, morale e teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 17, nt. 7); G. DE FRANCESCO, *Legislazione, giurisprudenza, scienza*

Anche quando si discute di approccio accademico critico nei confronti della giurisprudenza *versus* approccio cooperante⁷³, dovrebbe

penale: uno schizzo problematico, cit., 858, con riguardo al linguaggio dottrinale parlato spesso, oggi, dalla giurisprudenza in tema di posizione di garanzia, idoneità degli atti, pericolo, offensività; e A. CADOPPI, *Giurisprudenza e diritto penale*, cit., 45, 49-54: a confronto di una tradizionale «insofferenza» rispetto ai progressi della dottrina, in omaggio al «“decidere”, non “docere”», nella giurisprudenza nostrana degli ultimi decenni pare «respirarsi un'altra aria», con una maggiore attenzione allo *ius constitutionis*, a fianco dello *ius litigatoris*, sino al *novum* di una «giurisprudenza-dottrina», che si esprime attraverso «sentenze-trattato» (in questo processo dovendosi anche riconoscere i meriti della stessa dottrina che, «lentamente, ha cambiato mentalità, e si è sempre più occupata di *law in action*, a prescindere dall'evolversi della giurisprudenza»). Si pensi in particolare, anche se l'esempio per la venatura “ampliativa” potrebbe non persuadere, all’“attenzione”, nella «vicenda Eternit», per l'accertamento alternativo improprio, la *unechte Wahlfeststellung* dell'esperienza tedesca: istituto che grande parte della dottrina penalistica italiana continua in ogni caso a guardare tiepidamente, e che la Cassazione ritiene ora di accogliere, nella valenza di strumento di gestione razionale del dubbio sul fatto, grazie al setaccio della fondativa monografia di L. MASERA, *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale. Gestione del dubbio e profili causali*, Milano, 2007. V. altresì S. ZIRULIA, *Esposizione a sostanze tossiche e imputazione causale. Nuovi scenari del diritto penale della modernità*, Roma, 2015; M.F. CARRIERO, *Lo statuto scientifico delle leggi di copertura. Un catalogo di criteri tra causalità ed epidemiologia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1087-1122; e V. MAGNANI, *Hic sunt dracones. Le patologie correlate al lavoro e l'istituto dell'accertamento alternativo nel diritto penale comparato*, in corso di pubblicazione in G. DE FRANCESCO, G. MORGANTE (a cura di), *Il diritto penale di fronte alle sfide della «società del rischio». Un difficile rapporto tra nuove esigenze di tutela e classici equilibri di sistema (Atti del VI Ginnasio dei Penalisti, Scuola Superiore Sant'Anna, Pisa, 18-19/3/2016)*. Cfr. Cass., sez. I, 23/2/2015, in www.penalecontemporaneo.it, ove al punto 7.4 si assume che «l'evidenza epidemiologica, verificata, serve e basta per l'affermazione di responsabilità per una determinata quota di decessi, a prescindere dalla individuazione di quali». Circa l'impatto dell'accademia sulla giurisprudenza, in generale e in chiave interdisciplinare, v. di recente due pionieristici volumi: S. BAGNI, M. NICOLINI, E. PALICI DI SUNI, L. PEGORARO, A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, M. SERIO (a cura di), *Giureconsulti e giudici. L'influsso dei professori sulle sentenze*, I, *Le prassi delle Corti e le teorie degli studiosi*, Torino, 2016 e *Id.* (a cura di), *Giureconsulti e giudici. L'influsso dei professori sulle sentenze*, II, *La dottrina nella giurisprudenza oltre i confini di spazio, giurisdizione e materia*, Torino, 2016.

⁷³ In argomento rinvierei, più diffusamente e in parte testualmente, a S. BONINI, *Riflettendo intorno al sistema penale come impresa collettiva*, in www.archiviopenale.it, 2/2015, 7-13.

essere la proiezione sulle *nuove generazioni* di giuristi l'ago della *bilancia* per una corretta presa di posizione scientifica e didattica⁷⁴: se sono uso intrattenere il giovane in formazione su “eccessi e perversamenti” della giurisprudenza, l'avrò davvero formato all'idea di un sistema penale nel quale non c'è un *unico padrone*⁷⁵ (né il legislatore, né la giurisprudenza, né la dottrina stessa) ma nel quale, anche senza credere nel leibniziano migliore dei mondi possibili, tutti coloro che ne sono *co-protagonisti* collaborano per difendere la legalità senza fare spallucce a proposito della giustizia⁷⁶?

⁷⁴ Siamo nella *prateria* delle forme di manifestazione degli *indissolubili rapporti* fra ricerca e didattica, fra didattica e ricerca: sull'*istruttività scientifica* delle “reazioni” degli studenti, e del ripensare quanto “scoperto” da studente, mi ritrovo nell'approccio di S. PROSDOCIMI, *Dolus eventualis. Il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali*, Milano, 1993, 22. Per la bella definizione dello studente universitario come «pre-studioso», G. FIANDACA, *Rocco: è plausibile una de-specializzazione della scienza penalistica?*, cit., 179.

⁷⁵ Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, 1992, 213: «tra Stato costituzionale e qualunque “padrone del diritto” c'è una radicale incompatibilità. Il diritto non è oggetto in proprietà di uno ma deve essere oggetto delle cure di tanti».

⁷⁶ Sulla complessa ma ineludibile coesistenza di legalità e giustizia v. le limpide pagine di F. PALAZZO, *Il diritto penale tra giustizia e legalità*, in *Scritti in onore di Antonio Cristiani. Omaggio della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Pisa*, Torino, 2001 (stampa 2002), 589-597. Sulla giustizia «erma dalle molte fronti», ma utopia irrinunciabile perché il giurista non decada a «equilibrista della dialettica che ingegnosamente si esercita sui trapezi delle pure formule», già P. CALAMANDREI, *Fede nel diritto* (1940), a cura di S. CALAMANDREI, Roma, Bari, 2008, 64-65. Al di là delle immagini iniziali con cui si paragona la giustizia a un'appassionata ma inconcludente storia d'amore o a un salto in un *fast food* – mentre la legalità soddisfa quanto un leale e felice matrimonio o un pranzo di otto portate –, mette sul tappeto «l'interazione tra logica, principi, morale e giustizia» G.P. FLETCHER, *Grammatica del diritto penale* (1998), trad. ed ed. it. a cura di M. PAPA, Bologna, 2004, 323-335.

5. *L'auspicio di una dottrina più (auto)critica*

Sotto la specifica voce *capacità di autocritica*, fortunatamente con crescenti compagni di avventura, nella comunità penalistica italiana un ruolo trascinate ha *Giovanni Fiandaca*.

Nelle sue pagine, si legge non solo disincanto, riprendendo un titolo della fine degli anni '90⁷⁷, ma anche – ben di più – un'*umanissima sofferenza* dovuta a una forma di senso di impotenza.

Specialmente in contributi degli ultimi anni, apparsi in particolare su quella tribuna ispirata e ispirante che è *Criminalia*, l'autore palermitano ha saputo ogni volta marcare differenti profili che originano da quel sentimento di impotenza e da quella sofferenza.

Merita collazionare qui alcuni brani introspettivi e autocritici, perché *rare* nel panorama complessivo dottrinale sono le *messe in pratica* del gramsciano «Voglio che ogni mattina sia per me un capodanno. Ogni giorno voglio fare i conti con me stesso, e rinnovarmi ogni giorno»; concluderò il paragrafo deducendo le *conseguenze* pertinenti al metodo della presente ricerca.

In riferimento per esempio ai frequenti strali lanciati contro un legislatore «dilettantesco», apertamente scrive dunque Fiandaca di «superbia professorale fuori tempo massimo» quando invece «una parte non piccola di responsabilità» dell'oggettiva precarietà in cui versa il sistema penale dovrebbe ricadere su una dottrina penalistica inclinante a un modo di operare «individualistico-solipsistico», ovvero «sempre più autoreferenziale e sempre meno capace di farsi ascoltare nei circuiti esterni al dibattito universitario»⁷⁸.

⁷⁷ Cfr. G. FIANDACA, *Il sistema penale tra utopia e disincanto*, in S. CANESTRARI (a cura di), *Il diritto penale alla svolta di fine millennio*, cit., 50-55.

⁷⁸ G. FIANDACA, *Rocco: è plausibile una de-specializzazione della scienza penalistica?*, cit., 194 e 197; v. già ID., *Controllo di razionalità e legislazione penale*, in M. BASCIU (a cura di), *Diritto penale, controllo di razionalità e garanzie del cittadino. Atti del XX Congresso Nazionale della Società Italiana di Filosofia Giuridica e Politica (Verona, 3-5/10/1996)*, Padova, 1998, 140-141; e, ora, ID., *Prima lezione di diritto penale*, cit., 60, 77 e testualmente 193: «È realistico pensare di potere tornare in futuro a svolgere, da studiosi aspiranti a riconquistare il ruolo di intellettuali pubblici, funzioni di élites politico-culturali impegnate a promuovere riforme penali più civili e progredite rispetto al livello di evoluzione che la società nel suo complesso riesca a raggiungere?»

A ciò *adde* una tendenza dottrinale ad affiancare, a indicazioni lodevolmente analitiche, formulazioni volte invece a «estremizzare per amor di tesi», mentre poi in ogni caso i dadi della vita pubblica si giocano altrove: non è stato solo un potere giudiziario tentacolare ad allontanare i professori, insieme agli avvocati, dal dibattito pubblico e dai circuiti della produzione politica ma, si specifica, gli stessi accademici hanno finito per autoemarginarsi: di qui, la sollecitazione a compiere un «esame di coscienza»⁷⁹.

Se un plausibile motto suona: «rilanciare i grandi principi nello spazio pubblico esterno» (senza tenerli «nel chiuso dei recinti accademici»), si dovrà però essere consci di come la costruzione di un «sistema in senso forte» si scontri con l'esistenza di ben quattro culture penali: la cultura penale dei professori, oggi «carente di una fisionomia identitaria», quella di una magistratura a sua volta disomogenea, quella delle forze politiche e quella della gente comune⁸⁰ (qui l'implicito auspicio è che la cultura accademica, senza indulgere a compromessi sui principi di garanzia individuale, sappia interpretare correttamente le sensibilità altrui: nell'*agorà* della pubblica discussione e in sedi istituzionali).

Sempre circa quella che chiamerei *questione di efficacia della dottrina*, fa eco a Fiandaca (e a notazioni di Palazzo riportate nel paragrafo precedente), oltralpe, *Thomas Weigend*, osservando che quando

ripiega su posizioni critiche contro un'ipotetica "illiceità" della legislazione o della giurisprudenza, la dogmatica mantiene sì la propria purez-

Anche se oggi è forse più ottimistico che realistico pensarlo, impegnarsi nel tentativo di apportare in ogni caso miglioramenti rilevanti al sistema penale vigente è un dovere – prima che scientifico – etico-politico».

⁷⁹ G. FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, 98 e 120.

⁸⁰ Cfr. in questo caso G. FIANDACA, *Legislatore e dottrina penalistica: è ancora possibile un dialogo?*, in *Criminalia*, 2015, 18 e 20. Pone l'indice su come una «situazione di conflittualità tra i diversi 'attori' del proscenio scientifico-dottrinale [tra "interesse 'scuole' – e non soltanto singoli autori –"] abbia assunto dei caratteri tali da ostacolare una diretta influenza sulla vicenda normativa» G. DE FRANCESCO, *Legislazione, giurisprudenza, scienza penale: uno schizzo problematico*, cit., 858-859.

za, ma finisce col cedere ad attitudini nostalgiche condannandosi a una sterile protesta⁸¹.

Invita ad andare «oltre le passioni tristi» *Gabrio Forti*, insistendo sulla «necessità di non arrestarsi alla negatività dell'esistente, ma di spingersi a esplorarne le cause, ponendosi l'obiettivo di "dare significato all'esperienza" di tale negatività»; in questa chiave, dunque, dovrebbe essere abbandonato un infruttifero «atteggiamento critico-difensivo, preoccupato di "bacchettare" le "forze usurpatrici" che minacciano i sacrosanti diritti di libertà»⁸².

In un *forum* dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale, incentrato proprio sul simbolismo (e sul populismo), *Domenico Pulitanò* scrive di giuristi e penalisti esposti alla «suggerione del platonismo democratico, dell'idea che il governo competa ai più saggi» quando invece al raggio d'azione della politica – intesa, si puntualizza, nel senso nobile del termine – appartengono anche «[r]icerca del consenso, attenzione ai giudizi e ai sentimenti della gente, efficacia comunicativa nella rappresentazione di particolari linee politiche». Scelte politiche fondate su *doxa*, e non su *aletheia*, mettono quindi alla prova la «nostra capacità di dismettere lessico autoreferenziale e presunzioni di avere la giusta soluzione, e di rendere comprensibili e condivise le ragioni di un diritto penale *extrema ratio*»⁸³.

⁸¹ T. WEIGEND, *Dove va il diritto penale? Problemi e tendenze evolutive nel XXI secolo*, in *Criminalia*, 2014, 78.

⁸² G. FORTI, *Le tinte forti del dissenso nel tempo dell'ipercomunicazione pulviscolare. Quale compito per il diritto penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1039.

⁸³ D. PULITANÒ, *Intervento*, in www.penalecontemporaneo.it, 2016, 3 e 7 (dibattito su *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*); v. anche ID., *Riferimenti a valori nel lavoro del giurista*, in A. CAVALIERE, C. LONGOBARDO, V. MASARONE, F. SCHIAFFO, A. SESSA (a cura di), *Politica criminale e cultura giuspenalistica*, cit., 222-223. Sul binomio *doxaletheia*, in dialogo con Pulitanò, riflette G. INSOLERA, *La produzione del "penale": tra governo e parlamento maggioritario*, in www.penalecontemporaneo.it, 2016, 2-3. Scrive di «una certa 'spocchia' da parte della componente accademica nel gestire i rapporti con la politica» G. DE FRANCESCO, *Legislazione, giurisprudenza, scienza penale: uno schizzo problematico*, cit., 859. Cfr. M. DONINI, *Per un codice penale di mille incriminazioni: progetto di depenalizzazione in un quadro del "sistema"*, cit., 1654: «In una democrazia penale concertata

Sotto altro versante *Lucia Risicato*, nell'introdurre il *forum* citato, si chiede se fra le cause di una «deriva populistica imperante» possa annoverarsi «un atteggiamento di inerzia, o di rassegnato silenzio, degli studiosi»; il dubbio pare poi superato dall'autrice, ma non è irrilevante che sia posto⁸⁴.

A sua volta, *David Brunelli* non rigetta come inspiegabile l'impressione di un «“modello” un po' logoro», quasi un «gioco di ruolo» o una «recita» con la quale, senza riuscire davvero a incidere, la dottrina reclama dal legislatore un compiuto rispetto dei principi liberali⁸⁵; a fronte di un dibattito politico-culturale sulla penalità caratterizzato da toni «liquidi» e relativistici, andranno pertanto moltiplicati gli sforzi: trovando modo di avere più impatto concreto, sempre intingendo la penna nell'«inchiostro indelebile delle garanzie e dell'eguaglianza dei consociati»⁸⁶.

Ecco, io credo che l'insieme di queste notazioni vada tesaurizzato, in un duplice senso.

Da un lato infatti questi rilievi (auto)critici per così dire *chiudono il cerchio* rispetto alla precedente analisi in tema di “approccio” della dottrina al sistema penale-opera collettiva. Se, come abbiamo visto, prevale a tutt'oggi un'inclinazione (anche violentemente) critica della componente accademica verso gli altri formanti (pur dandosi valide ragioni per uno spirito più cooperativo), coerenza vuole che *identico atteggiamento* critico – anzi, stavolta, autocritico – la dottrina sia capace di esercitare verso se stessa.

Dall'altro, le riflessioni contenute nel cap. III di questo lavoro (*Pars construens*), dove si ragionerà sugli spazi per un accettabile e positivo simbolismo penale, hanno come presupposto proprio gli insegnamenti

[...] non c'è posto per un qualche Solone. Chi pensa di avere idee forti o conta poco sul piano politico, oppure viene presto addomesticato».

⁸⁴ L. RISICATO, *Introduzione*, in www.penalecontemporaneo.it, 2016, 2 (dibattito su *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*).

⁸⁵ D. BRUNELLI, *Il disastro populistico*, cit., 255.

⁸⁶ D. BRUNELLI, *Divagazioni sulle “dimensioni parallele” della responsabilità penale, tra ansie di giustizia, spinte moralistiche e colpevolezza normativa*, in www.pena.lecontemporaneo.it, 2016, 33, negando dunque, non solo per ragioni di identità professionale, che quello accademico rappresenti in ultima analisi «fiero ma sterile atteggiamento di purezza “ideologica”, in nome di una mitologia cieca ed inconcludente».

di una *dottrina flessibile*, che sia desiderosa di riflettere su stessa anche fecondamente “superandosi” o per meglio dire aprendo a profili nuovi o *temporaneamente “dimenticati”*, e che non si fermi dunque a una pur costitutiva *pars destruens*.

In forza delle premesse poste in questo primo capitolo, l’intero percorso di analisi vorrà peraltro essere *dialogico* (nel significato definito nei paragrafi precedenti) e *autocritico*⁸⁷.

⁸⁷ Esercizi di autocritica, in particolare, *infra*, II.8.3, II.8.4, III.2 *sub c)* e *sub e)*, III.4.5.

CAPITOLO II PARS DESTRUENS

SOMMARIO: 1. Il significato restrittivo di «trasformazione della realtà attraverso l'intervento penale». 2. Una mappatura sugli impieghi «simbolisti» del diritto penale: per un legislatore attivo nella scuola di ragione e Costituzione. 3. Criteri oggettivi, soggettivi e misti di classificazione della simbolica penale. 4. Simbolismo, inganno e autoinganno (con un caveat). 5. Forme di manifestazione del diritto penale simbolico. 5.1. Preamboli ad *pompam*. 5.2. Traslazione di una norma *intra moenia codicis* per motivi di *facciata*. 5.3. Costruzione di *fattispecie-doppione*. 5.4. *Inasprimenti sanzionatori*. 5.5. Anticipazione *esasperata della tutela*, in collegamento con l'aumento delle sanzioni. 6. La «specialità reciproca» fra «delitti naturali» e «delitti tecnici» quanto a incidenza della paura sulla *comminatoria penale*. 7. *Giurisprudenza derivativamente simbolica, non-simbolica, originariamente simbolica*. 8. *Binomi*. 8.1. Simbolismo e componente «magica» dell'*idioma penalistico*. 8.2. Simbolismo e logica *fuzzy*. 8.3. Simbolismo e *mass media*. 8.4. Simbolismo e *populismo*. 8.5. Simbolismo e *diritto penale del nemico*. 8.6. Simbolismo e *analisi economica del diritto*.

1. Il significato restrittivo di «trasformazione della realtà attraverso l'intervento penale»

Bussola da non smarrire è la stretta necessità di salvaguardare il primato che, nell'articolazione della politica criminale e nella configurazione del sistema penale, spetta e va saldamente mantenuto in capo alle variabili¹ o *funzioni*² «strumentali»: la norma penale è uno strumen-

¹ Questo termine è preferito da K. LÜDERSEN, *Il declino del diritto penale*, a cura di L. Eusebi, Milano, 2005, 124 e da M. NEVES, *Symbolische Konstitutionalisierung*, Berlin, 1998, 27.

² Come ricorda J.L. Díez RIPOLLÉS, *Symbolisches Strafrecht und die Wirkungen der Strafe*, in *ZStW*, 2001, 518, nt. 5, in sociologia si distingue tra scopo e funzione: come scopi vengono intesi gli effetti sociali che sono perseguiti o cercati allorché siano posti in essere determinati comportamenti socialmente rilevanti; il concetto di funzione designa invece le conseguenze sociali che necessariamente o con una significativa frequenza sono prodotte dagli stessi comportamenti socialmente rilevanti, indipendentemente

to che serve a proteggere *beni giuridici* o in ogni caso a garantire un *preesistente e riconoscibile* scopo di tutela («ein fester und ersichtlicher Schutzzweck»), e non risulta per converso legittimata ad assolvere “missioni” educative o etico-sociali; è utile a prescrivere (specifici) modelli di comportamento («Verhaltensmuster») mediante l'imposizione di divieti e di comandi e possiede in tal senso una funzione di *indirizzo del comportamento* dei destinatari («Bestimmungsfunktion»); è *orientata alle conseguenze* e mira all'*effettività* secondo la logica binaria della *corrispondenza manifesta* fra scopo desiderato e mezzo adottato; in caso di condotta deviante, l'applicazione di sanzioni vale a risolvere “direttamente” un problema giuridico-penale e soltanto in questo *significato restrittivo* è atta a *trasformare la realtà* innescata dalla commissione del reato per farla ritornare alla «situazione di partenza», mentre sarebbe un uso distorto della pena quello “latentemente” inteso ad allestire *show* di muscolosità statuale (relativamente) “economici” per la collettività ma molto “costosi” per l'individuo³.

Su tutto ciò si registra felicemente una generale concordanza, potendosi anzi annotare come la prevalenza da accordare all'effettività⁴ – problema antichissimo (*rectius*: consustanziale) in tutto il diritto⁵ – e a funzioni *strumentali specifiche*, rispetto a funzioni *simboliche generali*,

dal fatto che esse siano desiderate o meno. Anche chi scrive però ritiene – con l'autore spagnolo e sostanzialmente con E. BLANKENBURG, *Über die Unwirksamkeit von Gesetzen*, in *Arch. f. Rechts- und Sozialphilosophie*, 1977, 40-41, il quale opta per il concetto globale di *Auswirkung* – che la differenziazione tra piano di efficacia intenzionale e piano di efficacia fattuale non sia penalisticamente giovevole considerata la quasi-impossibilità, pratica se non teorica, di poter distinguere con un certo rigore i due piani.

³ Su questi fondamentali passaggi v. per es. P. NOLL, *Symbolische Gesetzgebung*, in *ZSchwR*, 1981, 347-364; C.E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, cit., 430-544; J.-M. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, II ed., Montevideo, Buenos Aires, 2010, 482-485; W. HASSEMER, *Das Symbolische am symbolischen Strafrecht*, in B. SCHÜNEMANN, H. ACHENBACH, W. BOTTKE, B. HAFFKE, H.-J. RUDOLPHI (a cura di), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, Berlin, New York, 2001, 1001-1019.

⁴ Si potrebbe anche dire: alla *realtà* della tutela.

⁵ E. BLANKENBURG, *Über die Unwirksamkeit von Gesetzen*, cit., 31 («esempi di inefficacia del diritto sono antichi e vari come il diritto stesso») e 57.

discende, o dovrebbe discendere, in modo piano dagli stessi postulati essenziali dello *Stato di diritto*⁶.

2. Una mappatura sugli impieghi «simbolisti» del diritto penale: per un legislatore attivo nella scuola di ragione e Costituzione

Natura *molteplice*⁷, *cangiante*, e dunque più che mai *polisensa*⁸ presenta peraltro, al di là di un significato elementare di base, il concetto di «simbolico»: non solo in discipline come semiotica, logica, estetica, antropologia, psicologia, filosofia⁹ ma anche nell'impiego che ne fanno i giuristi, e i penalisti in specie.

⁶ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Perdita di legittimazione del diritto penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 43 e 57.

⁷ W. HASSEMER, *Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz* (1989), in *Id.*, *Strafen im Rechtsstaat*, Baden-Baden, 2000, 188; R. BLOY, *Symbolik im Strafrecht*, in G. FREUND, U. MURMANN, R. BLOY, W. PERRON (a cura di), *Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems. Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag*, Berlin, 2013, 60 e 62. Cfr. anche però W. HASSEMER, *Das Symbolische am symbolischen Strafrecht*, cit., 1003, ove l'autore preferisce qualificare la nozione di simbolico «sistemicamente completa», per l'operare in una dimensione «al tempo stesso analitica e critica», notandosi comunque come sia proprio «l'impeto critico del concetto ad aver messo le ali».

⁸ Cfr. C.E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, cit., 473: mancanza di «sufficiente chiarezza, o quanto meno sufficiente articolazione», a proposito del concetto di «norma penale simbolica», da intendere a ogni modo quale «paradigma di ineffettività *programmatica e formalizzata*».

⁹ M. VOB, *Symbolische Gesetzgebung. Fragen zur Rationalität von Strafgesetzgebungsakten*, Ebelsbach, 1989, 39-42, spec. 40 definendo per l'appunto «schillernd» la nozione di simbolico. Anche M. NEVES, *Symbolische Konstitutionalisierung*, cit., 15 e 27 nota come le espressioni simbolico e simbolo siano usate abbondantemente nei diversi campi della produzione culturale occidentale, senza che di volta in volta si espliciti l'ancoraggio a una «predefinizione universale» e con l'esito finale di una complessiva ambiguità (*Mehrdeutigkeit*). Sul simbolo in semiologia, e sulla *creativa convenzionalità* del rapporto fra significante e significato, T.-M. SEIBERT, *Plädoyer für symbolisches Strafrecht*, in C. PRITTWITZ, M. BAURMANN, K. GÜNTHER, L. KUHLEN, R. MERKEL, C. NESTLER, L. SCHULZ (a cura di), *Festschrift für Klaus Lüderssen. Zum 70. Geburtstag am 2. Mai 2002*, Baden-Baden, 2002, 347-349.

Per evitare di naufragare nel *mare magnum* dell'anfibologico la nostra analisi, in particolare in sede di *pars construens*¹⁰, non potrà quindi concentrarsi stipulativamente su alcune di queste qualificazioni¹¹: e privilegiando la *fisiologia pur problematica* alla *patologia*, lavoreremo più esattamente sulle nozioni di simbolico che traggono origine dalla matrice della *prevenzione generale positiva*, o prevenzione «a orientamento culturale».

Ora però, in un capitolo di *pars destruens*, la critica al simbolismo penale merita di essere vista in ogni possibile proiezione.

L'allestimento di una *galleria degli orrori simbolici* vorrebbe infatti costituire *sprone*, o *mappa ragionata*, per il legislatore: o, almeno, per un legislatore più incline a quella *autocritica* che abbiamo indicato come esercizio doveroso da parte della stessa dottrina¹².

L'insieme delle qualificazioni che seguiranno illumina insomma sul ruolo di *contropotere critico* spettante alla dottrina nei confronti del primo potere: contropotere che significa rendere trasparente nei suoi diversi rivoli lo iato di date soluzioni normative, rispetto ai principi di garanzia individuale; proiettarsi nel futuro e avvertire circa i rischi che, abbandonata la «scuola della ragione e della Costituzione» rispetto a un certo campo di materia, quella scuola venga più ampiamente marinata (con Collodi, si potrebbe parlare a questo proposito di «effetto Lucignolo»); offrire una versione financo esasperata se non (come di fatto spesso avviene) caricaturale delle pieghe assunte dalla legislazione, se ciò giova al nobile scopo di rendere patenti le patologie¹³; rappresentare alle generazioni successive, comprensive di possibili legislatori, la «diritta via smarrita»: strada segnata per l'appunto da ragione, Carta fon-

¹⁰ *Infra*, cap. III.

¹¹ Che quello di «simbolico» sia concetto «inflazionato», circa il quale si impongono perciò delle scelte, è osservato anche da C. VON DEWITZ, *NS-Gedankengut und Strafrecht. Die §§ 86, 86a StGB und § 130 StGB zwischen der Abwehr neonazistischer Gefahren und symbolischen Strafrecht*, Berlin, 2006, 267.

¹² *Supra*, I.5.

¹³ Operazione, questa di messa a nudo, che nutre infatti l'ambizione di non restare *endo-dottrinale*: il nostro *cahier de doléances* potrebbe forse essere sbirciato da un *legislatore*, auspicabilmente *dubbioso* se ricorrere o meno alla sanzione penale, ovvero *in vena di autocritica*.

damentale, basi empirico-criminologiche, effettività, oggetto giuridico specifico.

È pur vero anche che una rassegna in aggettivi sulla simbolica penale finisce per riflettere una scalpitante *verve* polemica o, più elegantemente, un «gusto comune alla superfetazione di categorizzazioni e sforzi definitivi [...], quando si tratta di tendenze teleologiche dell'intervento penale»¹⁴.

Ma resto convinto circa l'utilità analitica – e, in definitiva, propositiva – del relativo sforzo ideativo e compilativo.

Ecco allora che, nell'odierna riflessione circa i legittimi confini di un razionale intervento penale, diviene sempre più insistente un rilievo, che suona pressappoco così: molte norme penali dei nostri tempi – quando non presentano altri vizi, in punto di *sperimentalità*¹⁵ e di *sciat-*

¹⁴ Così (in riferimento all'archivio pur ancora “parziale” di aggettivi che avevo proposto in S. BONINI, *Quali spazi per una funzione simbolica del diritto penale?*, in *Ind. pen.*, 2003, 491-534, spec. 492-493), E. STRADELLA, *Recenti tendenze del diritto penale simbolico*, in E. D'ORLANDO, L. MONTANARI (a cura di), *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale. Atti del seminario svoltosi a Udine il 7 novembre 2008*, Torino, 2009, 201-202, nt. 1.

¹⁵ A sperimentalismo e sciatteria legislativi si era fatto cenno *supra*, I.3. Riguardo al primo problema, va registrata un'atavica *latitanza di informazioni* e di rilevazioni di vario genere (empiriche, sociologiche, valoriali, *lato* ma anche *stricto sensu* economiche) intorno alla *reale necessità* del ricorso allo strumento penale, in rapporto a forme giuridiche di tutela meno «costose» e ad altri mezzi di controllo (*e di crescita*) sociale: «digiuno» di studi che risulta particolarmente evidente rispetto alle materie «tecniche» delle leggi speciali (benché mai sufficienti, significative ricerche non sono invece mancate relativamente a comportamenti devianti più «tradizionali») e che ha contribuito al moltiplicarsi di leggi a buona ragione definibili «sperimentali», proprio per l'impiego della sanzione penale «al buio», senza preve «valutazioni comparative», «istruttorie», *hearing* di esperti, sondaggi, analisi «costi-ricavi» e per l'essere in definitiva fomite di «impazienza» nell'attendere i risultati auspicati, quando non causa di esiti non intesi o anomali, e in ogni caso per l'integrare un *abuso della funzione politica*, a motivo dello scarso peso evidentemente attribuito alla libertà personale e più in generale ai diritti del cittadino. *Funditus*, anche in chiave interdisciplinare, H.-D. HORN, *Experimentelle Gesetzgebung unter dem Grundgesetz*, cit. Pionieri su queste notazioni, oggi vieppiù diffuse, espressamente, C. PEDRAZZI, *Ontologia fuori luogo (A proposito di una contravvenzione punita con la multa)* (1957), ora in ID., *Diritto penale*, I, *Scritti di parte generale*, Milano, 2003, 355; ID., *Diritto penale* (1990), *ivi*, 175; P. NOLL, *Gesetzgebungslehre*, Reinbek bei Hamburg, 1973, 113; H. ZIPF, *Politica criminale* (1980), trad. it. di

*teria*¹⁶ – hanno comunque un’*accentuata* se non *prevalente* o addirittura *esclusiva* funzione «simbolica»¹⁷ nel senso, variamente, di «espressiva – dimostrativa», «emozionale – adrenalinica», «tranquillizzatrice – integratrice», «moralizzatrice – promozionale»; cui si affiancano le accezioni, talune delle quali *particolarmente spregiative*¹⁸, di «simbolico» come «sacrificale – antico – terribile – espiatorio», «esemplare – satisfattorio – draconiano – terroristico», «onnivoro – ipertrofico – globalizzante – totalitaristico», «magico – allegorico – emblematico – catartico», «sedativo – mimetizzatorio – ammaliatore – esorcizzante», «teorico – cartaceo – virtuale – decorativo»; e ancora: simbolico come «invidioso – abnorme – illegittimo – antidemocratico», «stigmatizzante – censorio – declassante – etichettatorio», «emergenziale – eticizzante – ultrapolitico – religioso», «narcotico – ingannevole – ansiolitico – ipnotizzante», «libresco – artificiale – fittizio – idealistico», «autoaffermatorio – autopoietico – autoprotettivo – autoingannatorio», «ambiguo – medicinale – elefantico – patologico», «ingiunzionale – tecnologizzato – anonimo – automatizzato», «pervertito – alienato – aberrante – cance-

A. BAZZONI, Milano, 1989, 8, 269-288; M. ROMANO, *Secolarizzazione, diritto penale moderno e sistema dei reati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 502; L. MADER, *Experimentelle Gesetzgebung*, in D. GRIMM, W. MAIHOFFER (a cura di), *Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik*, Opladen, 1988, 211-221; G. FIANDACA, *La nuova legge anti-droga tra sospetti di incostituzionalità e discrezionalità legislativa*, in *Foro it.*, 1991, I, 2632; F. PALAZZO, *La politica criminale nell’Italia repubblicana*, in L. VIOLANTE (a cura di), *Storia d’Italia. Annali 12. La criminalità*, Torino, 1997, 873.

¹⁶ «Sciatte» sono le leggi che violentano ogni forma di decoro letterario e che soprattutto costringono l’interprete a delicatissime operazioni di «ortopedia giuridica» per tentare di restituire logica ed equilibrio a dettati legislativi oscuri: F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 69.

¹⁷ Che la critica al diritto penale simbolico sia “esplosa” alla fine degli anni ’80, e ricopra ormai «una posizione salda nelle menti e nei libri», è registrato da W. HASSEMER, *Das Symbolische am symbolischen Strafrecht*, cit., 1002-1003.

¹⁸ Per il rilievo circa un utilizzo fortemente negativo della nozione di simbolico A. PAGLIARO, *Verso un nuovo codice penale? Itinerari - Problemi - Prospettive* (1992), ora in ID., *Il diritto penale fra norma e società. Scritti 1956-2008, vol. III. Altri scritti – I*, cit., 19-20; J.L. DÍEZ RIPOLLÉS, *Symbolisches Strafrecht und die Wirkungen der Strafe*, cit., 519 e 536; e R. BLOY, *Symbolik im Strafrecht*, cit., 60, il quale in particolare evidenzia come poli di questi «stratificati» usi sarebbero «attivismo legislativo», «creazione di alibi», «ineffettività» e «mera apparenza di un potere di configurazione».

roso», «irrazionale – costoso – repressivo – arcaico», «vistoso – ingombrante – eclatante – attrattivo», «iperprotettivo – massmediatico – giustizialista – castigatorio», «transizionale – pianificatorio – ingegneristico – palinogenetico», «casuale – abusivo – clientelare – classista», «confuso – farraginoso – guasto – chiazzato», «evanescente – inefficace – disfunzionale – inutile», «epidermico – stimolativo – rianimativo – ipersensibile», «massiccio – alluvionale – indeterminato – panpenalistico», «degradante – infamatorio – riprovativo – marchiante», «ritualistico – ideologizzato – strabico – sinistrorso», «doppio – illusorio – immaginifico – impotente», «incontrollato – vendicativo – integralista – neoguelfo», «mistificatorio – cartellonistico – paradossale – grottesco»; ma si può procedere¹⁹: simbolico come «tempestoso – travolgente²⁰ – impositivo²¹ – rutilante²²», «asistemico – tamponante²³ – segnaletico –

¹⁹ Agli aggettivi sin qui richiamati mi ero per l'appunto arrestato in una precedente occasione di studio: S. BONINI, *Quali spazi per una funzione simbolica del diritto penale?*, cit., precisando come la rassegna non fosse frutto di un volo pindarico della fantasia o di un rapporto ossessivo con il vocabolario (componente, quest'ultima in specie, che tuttavia non mi sentivo e non mi sento di negare: sul vocabolario quale «strumento amico» del giurista v. comunque A. BONDI, *Philosophieverbot. L'agonia del diritto penale moderno*, cit., 107) ma avesse come fonte la consultazione di letteratura penalistica italiana, tedesca, spagnola e più marginalmente di altri Paesi; osservavo inoltre come non di rado fosse la *vis* polemica convegnistica a favorire il conio di nuove immagini. Per le qualificazioni che seguono nel testo, appuntate negli ultimi tre lustri, e che completano il nostro tentativo di atlante critico, provvederò comunque a citare specifici passi a campione, nei quali anche compare almeno una parte dei 124 aggettivi isolati nel 2003 (sul valore della nota a piè di pagina, «gioia e dolore dello studioso», cfr. ancora A. BONDI, *Philosophieverbot. L'agonia del diritto penale moderno*, cit., 101-102, nt. 2).

²⁰ Sulle «tempeste emotive» che di tanto in tanto travolgono il popolo americano, inducendolo a reclamare «legge e ordine», F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, III ed., Milano, 2003, 165.

²¹ D. NOTARO, *Autorità indipendenti e norma penale. La crisi del principio di legalità nello Stato policentrico*, Torino, 2010, 163: «La predisposizione del massiccio apparato normativo [in materia di protezione della *privacy*] assume anzi una valenza simbolica animata, forse, dall'esigenza d'imporre la tutela in contesti sociali non ancora consapevoli della «meritevolezza» del bene considerato»; V. PLANTAMURA, *La tutela penale dei dati personali*, in V. PLANTAMURA, A. MANNA (a cura di), *Diritto penale e informatica*, Bari, 2007, 145.

casistico²⁴», «sovrabbondante – fotografico – idiosincratico – situazionale»²⁵, «plebeistico²⁶ – eroico²⁷ – rassicurante – animalesco²⁸», «ma-

²² F. SGUBBI, *Presentazione* di G. INSOLERA (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, Padova, 2006, XI: «il prodotto normativo è esposto in rutilanti confezioni, anche se talvolta l’etichetta non corrisponde al contenuto», con gli esempi dell’art. 377 c.p. («intralcio alla giustizia»), modificato dalla l. 146/2006 di ratifica della Convenzione in materia di crimine organizzato transnazionale, e delle modifiche alla disciplina sanzionatoria in materia di stupefacenti, apportate dalla l. 49/2006 di conversione del d.l. 272/2005 sulle Olimpiadi invernali di Torino.

²³ D. BRUNELLI, *Paradossi e limiti della attuale realpolitik in materia penale*, in *Arch. pen.*, 2013, 385: rispetto al duplice sovrappollamento carcerario e di norme, «qualunque intervento tampone, provvisorio, occasionale rischia di nascondere il sintomo per un po’ di tempo, finendo per rendere ancora più grave e incurabile la malattia»; 387: «Proporre ancora – [...] a proposito dei compiti delle commissioni ministeriali di nuova istituzione – agli studiosi di fabbricare ordigni di pronto impiego per tamponare le falle è una scelleratezza pari a (o peggiore di) quella di decidere di non fare nulla»; a interventi legislativi effettuati «in base all’urgenza del momento, senza minimamente porsi un problema di coordinamento con la legislazione previgente», si riferisce A. MANNA, *La dottrina tra legislazione e giurisprudenza nel sistema penale*, cit., 407 (questa osservazione dell’a. è già stata menzionata *supra*, I.1).

²⁴ Cfr. G. MORGANTE, *Il reato come elemento del reato. Analisi e classificazione del concetto di reato richiamato dalla fattispecie penale*, Torino, 2013, 81: «disposizioni meramente simboliche, in quanto per lo più finalizzate a dare un mero segnale esterno di contrasto nei confronti di fenomeni ritenuti particolarmente allarmanti»; 84: «proliferazione delle ipotesi di normazione casistica e simbolica»; D. FONDAROLI, *L’accertamento della responsabilità penale secondo il paradigma del “caso per caso” ed il “circo mediatico-giudiziario”. Il nuovo particolarismo giuridico*, in *Arch. pen.*, 2014, 135: «risposte» giudiziarie orientate al «paradigma del “caso per caso”: la valutazione della responsabilità del presunto autore, incalzata dall’ossessione di fornire soluzioni rapide ed immediate, piega le categorie giuridiche alla specificità del caso concreto»; A. RUGANI, *La due anni di “autorociclaggio”: una fattispecie-simbolo tra incertezze ermeneutiche e marginalità applicativa*, in www.lalegislationepenale.eu, 2017, 32: il simbolismo dell’art. 648-ter.1 c.p. «può essere rintracciato anche nell’approccio legislativo – eccessivamente “casistico” e “concreto” – profuso nella formulazione della norma. Il legislatore parrebbe aver definito i “contorni” del fatto penalmente rilevante mediante la considerazione – in via preventiva rispetto a qualsiasi applicazione giudiziale – di alcuni “casi pratici”, particolarmente “emblematici” sul piano degli interessi protetti. Il risultato è quello [di] una norma dai tratti tipici eccessivamente “determinati”, che pone incertezze ermeneutiche di difficile risolvibilità, e, al contempo, non si dimostra adeguata allo scopo di prevenzione che le era stato ascrivito».

liardo²⁹ – pubblicitario³⁰ – suadente – iconolatrato³¹», «educatore³² – performativo – identitario³³ – tabuistico³⁴», «reticente³⁵ – intollerante –

²⁵ D. PULITANÒ, *Intervento*, cit., 6: «norme sovrabbondanti, fotografie idiosincratiche di situazioni “sensibili”».

²⁶ Sul rischio che «lo scivolo del populismo ci porti verso la sua dimensione spregevole che è quella del plebeismo» L. VIOLANTE, *Populismo e plebeismo nelle politiche criminali*, in *Criminalia*, 2014, 206.

²⁷ M. DONINI, *Il diritto penale come etica pubblica. Considerazioni sul politico quale “tipo d’autore”*, Modena, 2014, 36: «eroe della pubblica opinione», «giustiziere riconosciuto» (in riferimento a una certa concezione del pubblico ministero ma, in definitiva, in rapporto a una data visione del penale).

²⁸ D. BRUNELLI, *Il disastro populistico*, cit., 258 sulla pena come «mero dato della realtà», da disciplinare e da arginare, perché «animale tra i più feroci della giungla mediatica»: una pena dunque ormai inidonea quale «strumento di tutela di beni giuridici e di controllo dei conflitti sociali», anche se “perfettamente” funzionante quale «fattore, veicolo e simbolo di rassicurazione sociale»; v. anche ID., *Paradossi e limiti della attuale realpolitik in materia penale*, cit., 382; sintonicamente sul rischio che la legislazione penale finisca sempre più spesso per «rispondere a esigenze soprattutto emergenziali o, comunque, di rassicurazione dell’opinione pubblica rispetto a situazioni di (effettivo o presunto) allarme sociale» L. EUSEBI, *L’insostenibile leggerezza del testo: la responsabilità perduta della progettazione politico-criminale*, cit., 1672; C.E. PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, cit., 913: «le ricorrenti campagne di ‘legge ed ordine’ da sempre hanno cavalcato – con l’amplificazione non disinteressata dei *media* – la tigre dell’allarme sociale attizzato, ‘nelle giungle delle città’, dalla criminalità da strada».

²⁹ M. DONINI, *Il diritto penale come etica pubblica*, cit., 49: «la malia della formula magica [penalistica] occorre che sia sradicata dalle menti, per metterci nuove consapevolezze e virtù civica».

³⁰ Di una tendenza a legiferare «per *spot*» dice A. MANNA, *La dottrina tra legislazione e giurisprudenza nel sistema penale*, cit., 407, in un passaggio già richiamato anch’esso *supra*, I.1. Sul simbolo ridotto a «slogan», V. ITALIA, *I simboli nelle leggi*, Milano, 2018, parte I, cap. III (del dattiloscritto).

³¹ F. MANTOVANI, *Stupidi si nasce o si diventa? Compendio di stupidologia*, cit., 122-123, trattando della «stupidità iconolatrata», *sub specie* di «parlamentari, intenti a sfornare leggi su leggi di valore “simbolico”, per dimostrare attraverso il suadente suono di esse la sollecitudine nel rispondere a certe istanze sociali o nel combattere certe forme di criminalità»; ID., *Diritto penale*, cit., 69.

³² M. DONINI, *Il diritto penale come etica pubblica*, cit., 49: «la ricerca del “legislatore come educatore” sovraesponde la legge verso funzioni generalpreventive e pedagogiche che eccedono la sua capacità di prodotto formale, astratto, coercitivo e artificiale».

³³ Sul consistere del diritto penale simbolico nella «creazione di fattispecie penali come metodo performativo dell'identità sociale», M. CANCIO MELIÁ, *“Diritto penale” del nemico?*, in M. DONINI, M. PAPA (a cura di), *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Milano, 2007, 86; dell'espansione di un'«ottica performativa» dice anche E. STRADELLA, *Recenti tendenze del diritto penale simbolico*, cit., 239-240; M. BERTOLINO, *Giustizia narrata o giustizia tradita?*, in G. FORTI, C. MAZZUCATO, A. VISCONTI (a cura di), *Giustizia e letteratura*, I (con il Gruppo di Ricerca del Centro Studi “Federico Stella” sulla Giustizia penale e la Politica criminale), Milano, 2012, 614: «inclinazioni, atteggiamenti di emarginazione e di criminalizzazione di etnie diverse dalla propria» favorite da un linguaggio mediatico «sostanzialmente performativo, [...] ma dalla sbandierata, apparente natura narrativo-descrittiva»; M. DONINI, *“Danno” e “offesa” nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell’“offense” di Joel Feinberg*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1547-1548 (v. anche 1577): «solo performative» le leggi «le cui parole pongono in essere una azione, “fanno qualcosa”, senza che le premesse della legge sappiano nulla intorno alla verità o alla falsità delle cose o delle conseguenze che ne sortiranno»; A.M. MAUGERI, *Lo stalking tra necessità politico-criminale e promozione mediatica*, Torino, 2010, 236: «Una funzione è stata sicuramente assolta dalla fattispecie [di cui all'art. 612-bis c.p.], attraverso un'autonoma tipicizzazione di un fenomeno criminale che in parte era già perseguibile nelle sue singole manifestazioni, quella simbolico performativa, necessaria alla promozione del bene giuridico tutelato, consentendo di attribuire una precisa identità penale a forme di aggressione che la giurisprudenza faticava a ricondurre nelle precedenti fattispecie o comunque la cui precedente valutazione penale [...] non consentiva di dare conto del loro allarmante disvalore».

³⁴ A. GARGANI, *Tra sanzioni amministrative e nuovi paradigmi punitivi: la legge delega di ‘riforma della disciplina sanzionatoria’ (art. 2 l. 28.4.2014 n. 67)*, in *www.la legislazionepenale.eu*, 2015, 8, in relazione al «valore meramente tabuistico» (ma anche all'«inclinazione a valorizzare simbolicamente la tutela di un determinato bene collettivo») che può spiegare esclusioni «per materia» dalla depenalizzazione; C.E. PALIERO, *La laicità penale alla sfida del “secolo delle paure”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1156 e 1190 su opzioni punitive aventi «significato identitario» e cioè volte «unicamente ad affermare in modo simbolico-tabuistico il clima di valori maggioritario versus quello minoritario dissenziente, la Civiltà “buona” versus quella “cattiva”»; ID., *Metodologie de lege ferenda: per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*, ivi, 1992, 524: «L'ideologia della *Steuerungsfunktion* [...] recupera ed esaspera la *funzione simbolica*, se non addirittura *tabuistica* della *pena*»; ID., *Consenso sociale e diritto penale*, *ibidem*, 895, in partic. sull'incriminazione dell'incesto come «‘modello di tutela’ di scarsissimo valore *strumentale*, ma di alto valore *simbolico-espressivo*», per il fatto di sanzionare «addirittura un *tabu*, così *interiorizzato* dalla stragrande maggioranza dei consociati, da far parte, per così dire, del comune ‘codice’ psico-antropologico,

autoritario – appaltatorio³⁶», «vuoto – salvifico – declamatorio – messianico»³⁷, «spettacolare³⁸ – storico – belligerante³⁹ – difensivo⁴⁰», «al-

oltre che etico-culturale»; M. DONINI, “*Danno*” e “*offesa*” nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell’“*offense*” di Joel Feinberg, cit., 1548 sul l’impiego anche soltanto “critico”, e non necessariamente legittimante e dogmatico, di categorie di beni giuridici peculiari, dato che si parla, in letteratura, anche di *tutela di sentimenti*, ma pure di *tutela di tabù*, per es., in relazione a incesto, violazione di cadaveri, della bandiera dello Stato, forme varie di oltraggio e vilipendio a simboli di rilevanza pubblica e statale etc., e oggi anche in relazione alla tutela della “memoria storica”, come l’uso di simboli nazionalsocialisti, la minimizzazione della verità storica sull’Olocausto, il negazionismo etc.».

³⁵ A una «politica criminale delle “non scelte”» allude A. SESSA, *Ostinata criminalizzazione della clandestinità e tenuta democratica del sistema: fondamento e limiti alle opzioni della politica criminale simbolica*, in www.penalecontemporaneo.it, 2016, 24 (dibattito su *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*).

³⁶ M. DONINI, *Il diritto penale come etica pubblica*, cit., 38-39: «schema intollerante e autoritario di definizione del lecito e della censura pubblica» (sul diritto penale come «diritto dell’intolleranza» anche 35); 24, osservando come «la *pars construens* sia di fatto, in [molti] casi, socialmente *appaltata al diritto* e dunque al potere delle maggioranze politiche che lo stabiliscono». Su una «“penalità intollerante” al punto tale da minacciare i fondamenti normativo-superiori di un costituzionalismo globale, quale quello emergente dalla nostra Carta», A. SESSA, *Ostinata criminalizzazione della clandestinità e tenuta democratica del sistema: fondamento e limiti alle opzioni della politica criminale simbolica*, cit., 24. Sul nesso simbolico/autoritario A. GAMBERINI, *Percorsi autoritari ed esiti simbolici della riforma della legittima difesa*, in G. INSOLERA (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, cit., 67-91.

³⁷ F. MANTOVANI, *Stupidi si nasce o si diventa?*, cit., 156: «leggi vuote, simboliche, magiche, volte soltanto a declamare la sollecitudine nella lotta contro certe forme di criminalità»; 240: «grandi disegni», «rifondazioni» o «allettamenti di nuovi eventi messianici» propinati dai «prestigiatori della politica» in «termini salvifici»; C.E. PALIERO, *Metodologie de lege ferenda: per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*, cit., 523: una legislazione simbolica «affonda le sue radici nell’irrazionale, talvolta nell’inconscio collettivo (ha ispirazione, non laica, ma messianica)»; L. EUSEBI, *La «nuova» retribuzione*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, 133-134: «strana cosa l’esigenza simbolica – e quasi espiatoria – di una punizione priva di qualsiasi contenuto materiale (e della quale significativamente si omettono per lo più di descrivere i criteri di individuazione contenutistica), necessaria solo per affermare enfaticamente la libertà – e quindi la dignità – dell’essere umano e considerata condizione indispensabile per riammettere il reo nell’ambito della coesistenza civile!»; G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, cit., 34: «non sol-

tanto in passato ma ancora oggi, capita di imbattersi in espressioni del tipo “il delinquente deve *pagare* per il suo crimine”; e questa idea di pagamento la si esprime anche in termini simil-religiosi, definendo ad esempio la pena carceraria come una forma di espiazione con la quale il colpevole *ripara* il torto causato alla società in generale o a vittime specifiche».

³⁸ F. MANTOVANI, *Stupidi si nasce o si diventa?*, cit., 156: «implacabili leggi» della «politica-spettacolo» che «crea soltanto falò di protagonisti»; D. FONDAROLI, *L'acceramento della responsabilità penale secondo il paradigma del “caso per caso” ed il “circo mediatico-giudiziario”*, cit., 135: «spettacolarizzazione del diritto e del processo, attraverso la trasposizione mediatica di esso»; M. BERTOLINO, *Giustizia narrata o giustizia tradita?*, cit., 620 (v. anche 616 e 623): «come può cambiare l’atteggiamento di insicurezza delle persone, se il crimine continua a essere l’argomento d’elezione dei mezzi di informazione e lo è in termini spettacolari?»; N. MAZZACUVA, *Se la pena fa ancora spettacolo: talune riflessioni “fuori dal coro”*, in A. VALENTI, *L’inarrestabile spettacolo della giustizia penale*, cit., 77: «La pena rimane [...] un effetto “spettacolare” e non importa che lo spettacolo riguardi soggetti extracomunitari; comunitari o cittadini emarginati; appartenenti a sodalizi criminali; politici, pubblici amministratori, imprenditori o professionisti. Lo spettacolo esige sempre attori protagonisti e non semplici comparse: purché, appunto, lo spettacolo continui e susciti il piacere e il plauso degli spettatori, poco importa se consapevoli o meno di partecipare a ludi pubblici del momento»; G. INSOLERA, *Qualche riflessione sul diritto penale nella “Democrazia del leader”*, in A. CAVALIERE, C. LONGOBARDO, V. MASARONE, F. SCHIAFFO, A. SESSA (a cura di), *Politica criminale e cultura giuspenalistica*, cit., 170-171: «la recente vicenda dell’omicidio stradale ci ha rappresentato questo quadro: unanime opposizione di quella che, una volta, si chiamava dottrina, fiducia sulla legge posta dal governo, *leader* che convoca media e associazioni delle vittime per lo spettacolo della firma della legge» [la ricostruzione è condivisa da G. ABBADESSA, *Uno sguardo sul “penale” nei quotidiani della prima Repubblica. Discutendo con G. Insolera*, in *Ind. pen.*, 2016, 935-936; l’esempio «populistico» dell’omicidio stradale è anche in T. GUERINI, *Intervento*, in G. INSOLERA, N. MAZZACUVA, T. GUERINI (a cura di), *Trascrizioni del Seminario Lavori in corso (Bologna, 17/3/2016)*, in www.penalecontemporaneo.it, 2016, 35-36 (dibattito su *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*) e in G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, cit., 123 e 188].

³⁹ M. VOGLIOTTI, *Legalità*, in *Enc. dir. Annali*, VI, Milano, 2013, 376: legalità (e penalità) invocata «sulla bocca dell’uomo della strada che brandisce la parola come un’arma simbolica contro le malefatte del potere», arma precariamente simbolica e tuttavia mal sostituibile con «parole anonime, prive di spessore storico e quindi poco o per nulla incisive»; D. PULITANÒ, *Selezione punitiva fra diritto e processo*, in G. DE FRANCESCO, A. GARGANI (a cura di), *Evoluzione e involuzioni delle categorie penalistiche. Atti del Convegno di Pisa (8-9 maggio 2015)*, Milano, 2017, 239: «Come la pena, così anche la valutazione sulla ‘giustizia’ della pena è a doppio taglio: non può accam-

lettante – rifondativo – prestigiatario – accarezzante»⁴¹, «incrostatato – stratificato – gigantesco – indefinito»⁴², «disordinato – condizionato – distratto – esibizionistico»⁴³, «recitativo – mascherante»⁴⁴ – bugiardo –

pare una pretesa di univocità e assolutezza, nemmeno quando possa ragionevolmente sostenersi che la pena sia giusta a livello simbolico, e/o adeguata a funzioni di prevenzione generale o speciale»; C.E. PALIERO, *L'agorà e il palazzo. Quale legittimazione per il diritto penale?*, cit., 99-100 ravvisando la dialettica tra fondamento autoritario e legittimazione democratica del diritto penale nella selezione dei valori da tutelare, nella definizione del modo di disciplina e nel «lessico da riservare al discorso penale nell'alternativa tra lessico *bellico* e lessico *riconciliativo*»; E. GLIOZZI, *Legalità e populismo. I limiti delle concezioni scettiche del diritto e della democrazia*, Milano, 2011, 10: chi muove dall'«idea populista per la quale tutta la vita sociale e politica si riduce sempre a rapporti di forza» chiederà alle regole giuridiche esclusivamente «di funzionare come armi dotate della duttilità necessaria per difendere i suoi interessi o per colpire i suoi nemici»; A. SESSA, *Sicurezza dei minori e violenza massmediale: le ragioni della politica criminale*, in E.R. ZAFFARONI, M. CATERINI (a cura di), *La sovranità mediatica. Una riflessione tra etica, diritto ed economia*, Padova, 2014, che, in un sottoparagrafo sui «rischi di un panpenalismo simbolico» (217-228), scrive (222) di «un sistema penale complessivo che, piegando la giustizia alla violenza strutturale del processo, si presenta fortemente derogatorio dei valori normativo-superiori in quanto orientato ad una discutibile logica che, muovendosi nell'ambito di una visione non equilibrata del bilanciamento tra esigenze di difesa della società e della libertà dell'individuo, contribuisce a legittimare quella corsa irrazionale agli 'armamenti' con cui il legislatore, da una parte, e la giurisprudenza, dall'altra, conducono una vera e propria guerra, a volte anche personalistica, contro la pericolosità del 'nemico'».

⁴⁰ G. LOSAPPIO, *Depenalizzazione, tranquillità personale e inquinamento acustico. L'art. 659 e la delega per la depenalizzazione delle contravvenzioni del c.p.*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2015, 24 e 26.

⁴¹ Per l'intera ultima quaterna, F. MANTOVANI, *Stupidi si nasce o si diventa?*, cit., 240.

⁴² D. BRUNELLI, *Il disastro populistico*, cit., 257: «diritto penale incrostatato e stratificato dai mille interventi normativi dell'emergenza, dalle dimensioni gigantesche e indefinite».

⁴³ F. PALAZZO, *Legge penale*, in *Dig. Disc. Pen.*, VII, Torino, 1993, 356: «All'incessante attività di produzione normativa corrisponde spesso un intento politico puramente propagandistico, che si traduce pertanto in leggi prive di un reale contenuto ordinante, altamente compromissorie, di carattere contingente ed emotivamente condizionate, malamente redatte senza nessun'attenzione al profilo tecnico ma nella frenesia di poter "esibire" al più presto il provvedimento legislativo quale testimonianza (o alibi) di un impegno verso l'elettorato»; D. PULITANÒ, *Populismi e penale. Sulla attuale situa-*

manipolatorio⁴⁵», «conculcante – sporadico – decimatorio – furioso»⁴⁶, «cerimonialistico – gestuale – glorificante – screditante»⁴⁷, «centauresco – inquietante – violento – utopistico»⁴⁸, «sleale – tragicomico – in-

zione spirituale della giustizia penale, cit., 126: «Nell'insieme, il populismo penale è ad esibita protezione di un popolo che può avere le più diverse caratteristiche».

⁴⁴ G. LOSAPPIO, *Depenalizzazione, tranquillità personale e inquinamento acustico*, cit., 2: «efficienza “recitata”»; 26: finalità «mistificatoria» di interventi (in questo caso) di depenalizzazione (chioserei che è comunque sempre un gioco di *sottili e non algebrici equilibri* di strumentale e simbolico, nel penale e nell'extrapenale: v. a riguardo *infra*, spec. III.3). Sulla «democrazia “recitativa”» G. INSOLERA, *La produzione del “penale”: tra governo e parlamento maggioritario*, cit., 1-13, letteralmente 12.

⁴⁵ F. MANTOVANI, *Stupidi si nasce o si diventa?*, cit., 240: «il delirante fine della corsa al consenso sembra giustificare il mezzo della bugia e manipolazione».

⁴⁶ C.E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, cit., 457; 471: «criminalizzazione (in concreto) sporadica e decimatoria che l'ineffettività produce»; 479 sul rischio che logiche contrarie di ipereffettività conducano a un «riflusso nella furia inquisitrice». Altresì L. STORTONI, *Le nuove norme contro l'intolleranza: legge o proclama?*, in *Crit. dir.*, 1994, 20: una «reazione penale decimatoria, con la sua ingiustizia, tende a “nobilitare” il destinatario rendendolo “vittima” e, conseguentemente, moltiplica il fenomeno anziché arginarlo».

⁴⁷ H. KINDERMANN, *Symbolische Gesetzgebung*, in D. GRIMM, W. MAIHOFER (a cura di), *Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik*, cit., 222: «Gesetzgebung könne aber auch als ein “zeremonielles und rituelles” Verfahren begriffen werden, um soziale Normen und Ideale zu bekräftigen. Das symbolische Gesetz sei eine “Geste”, um den Wert einer gesellschaftlichen Gruppe zu glorifizieren und den “Wert” einer anderen Gruppe herabzusetzen»; in particolare, sulla simbolica «cerimonia» attuantesi nel procedimento penale, R. HAMEL, *Strafen als Sprechakt. Die Bedeutung der Strafe für das Opfer*, Berlin, 2009, 155-157 (v. anche 183).

⁴⁸ C.E. PALIERO, *Metodologie de lege ferenda: per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*, cit., 522 sulla funzione di guida e di indirizzo fatta assumere al sistema penale, «non solo rispetto alle singole scelte individuali (che sarebbe un altro modo per dire: “prevenzione generale”), ma anche rispetto allo *sviluppo socio-culturale* dell'intera società», come «paradigma centauresco ed inquietante», ovvero «più o meno violenta (più o meno ‘soave’) *normalizzazione sociale* le cui fonti di legittimazione sono ancora tutte da reperirsi»; 561 sulla rinuncia a vedere nella politica criminale l'«arte del *probabile*» come «utopia, simbolo o tabù». Sul penale come diritto «chiamato a gestire le norme che con più violenza si scaglia[...]no contro l'uomo per difendere l'uomo» A. BONDI, *Philosophieverbot. L'agonia del diritto penale moderno*, cit., 102.

stabile – viscerale»⁴⁹, «seduttivo – sofisticato – imbarazzante – istituzionalizzante»⁵⁰, «risanante»⁵¹ – sanzionocentrico⁵² – procelloso – ipercarcerizzante⁵³», «oscillatorio – contropiedistico»⁵⁴ – conflittuale – iste-

⁴⁹ Anche questa quartina è ricavabile da F. MANTOVANI, *Stupidi si nasce o si diventa?*, cit., 298: «slealtà» e intonazione «tragicomica» di «tutta la legislazione di mero valore simbolico», afflitta da «endemica instabilità» e «viscero-emotività».

⁵⁰ M. PAVARINI, *Un arte abyecto. Ensayo sobre el gobierno de la penalidad*, Buenos Aires, 2006, 76: «Tentativas aparentemente más seductoras – o al menos científicamente más sofisticadas – de dar justificación a la presencia embarazosa del sufrimiento legal, han sido buscadas – en particular en la cultura penal alemana – al interior de la teoría sistémica del derecho»; 133-134 sulla prospettiva del diritto penale come «istituzionalizzazione delle aspettative».

⁵¹ L. VIOLANTE, *Populismo e plebeismo nelle politiche criminali*, cit., 200: «L'opinione pubblica ignora che il diritto penale può punire ma non può risanare»; 205: illusorio «primato del penale come terreno del risanamento sociale». In un'accezione più positiva, L. CORNACCHIA, *L'oggetto di tutela penale: appunti per una ipotesi ricostruttiva in chiave tomista*, in E.M. AMBROSETTI (a cura di), *Studi in onore di Mauro Ronco*, cit., 108: «caleidoscopio» della *Restorative Justice* complessivamente proiettato a una «soddisfazione anche simbolica della vittima», e così al «risanamento delle relazioni intersoggettive che cementano il vivere sociale in funzione della *ricostituzione dell'intera comunità civile*».

⁵² G. FIANDACA, *Rocco: è plausibile una de-specializzazione della scienza penalistica?*, cit., 202: carattere «sanzionocentrico» del diritto penale così immanente che «la stessa attività dottrinale di elaborazione concettuale e gli stessi orientamenti interpretativo-applicativi della giurisprudenza sarebbero, in fondo, teleologicamente pur sempre influenzati – in forma diretta o indiretta, esplicita o implicita – dall'esigenza di rispondere all'interrogativo, se certi comportamenti meritino o no, necessitino o no di punizione».

⁵³ G. FORTI, *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale*, cit., 332: «procellosa temperie» che sospinge il diritto penale a diventare «il pilastro di una rinnovata politica dell'esclusione sociale», nel segno dell'«ipercarcerizzazione»; M. DONINI, *Massimo Pavarini e la scienza penale. Ovvero, sul valore conoscitivo dell'antimoderno sentimento della compassione applicato allo studio della questione criminale*, cit., 19: «Chi non ha sentimento per l'esito finale – tipico, reale e simbolico: il carcere – di ogni discorso sull'attività punitiva dello Stato, non può pensare di conoscere veramente tale potere normante e di insegnare ciò che conta davvero su di esso. Se c'è critica, cultura, esperienza processuale, se ci sono logica, e razionalità, ma non sentimento, si sarà capito qualcosa del diritto, ma non della pena, e dunque non del “diritto penale”».

⁵⁴ F. MANTOVANI, *Stupidi si nasce o si diventa?*, cit., 298: «oscillazioni emozionali» del «pendolo legislativo», fra «fuga dalla sanzione» e «contropiedi repressivi». L'oscillazione può essere, evidentemente, altresì giurisprudenziale: a ipotesi di «applicazione

rico⁵⁵», «ipotetico⁵⁶ – eterodiretto⁵⁷ – aggrovigliato⁵⁸ – compulsivo⁵⁹», «chiassoso – sondaggistico – connesso – piazzaiolo»⁶⁰, «apparente – incompleto – incoerente – iperdeterrente»⁶¹, «proibizionista⁶² – rabbio-

‘randomizzata’» fa richiamo F. CONSULICH, *La giustizia e il mercato. Miti e realtà di una tutela penale dell’investimento mobiliare*, Milano, 2010, 134.

⁵⁵ G. FORTI, *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale*, cit., 296: risposte della politica al problema della criminalità traducibili in un «*lexikon* psicoanalitico: isteria, diniego, *acting out*».

⁵⁶ M. DONINI, *Il diritto penale come etica pubblica*, cit., 46-47: «repressione “teorica”, cioè meramente legislativa», incurante della sapienza del *rerum cognoscere causas*.

⁵⁷ T. WEIGEND, *Dove va il diritto penale?*, cit., 82.

⁵⁸ D. BRUNELLI, *Il disastro populistico*, cit., 257: «“gnommero” della giustizia penale, groviglio dei sottosistemi»; ID., *Paradossi e limiti della attuale realpolitik in materia penale*, cit., 384 su «[n]uove norme incriminatrici chiamate a convivere con le vecchie e a farsi spazio in una foresta già molto affollata, creando insormontabili grovigli interpretativi, attorno ai quali l’ingegno della giurisprudenza è chiamato a dare il meglio di sé».

⁵⁹ A. MANNA, *Alcuni recenti esempi di legislazione penale compulsiva e di ricorrenti tentazioni circa l’utilizzazione di un diritto penale simbolico*, in *www.penalecon temporaneo.it*, 2016, 7 (dibattito su *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*); ID., *Il lato oscuro del diritto penale*, Pisa, 2017, 65; G. MARINO, *Il sistema antiterrorismo alla luce della l. 43/2015: un esempio di “diritto penale del nemico”?*, cit., 1423: «onda compulsiva del diritto penale simbolico»; V. MANES, *Dalla “fattispecie” al “precedente”. Appunti di “deontologia ermeneutica”*, cit., 2: «L’ordine, in effetti, sembra essersi infranto, al passo con [...] un “diritto senza codice”, liquido, *flou*, disordinato, policentrico, urgente, compulsivo, turbolento».

⁶⁰ G. INSOLERA, *Intervento*, in G. INSOLERA, N. MAZZACUVA, T. GUERINI (a cura di), *Trascrizioni del Seminario Lavori in corso*, cit., 37 sulla montante concezione secondo cui «il governo avrebbe [...] la funzione di dare soddisfazione alle spinte sociali più evidenti, più chiassose, quelle che emergono dai sondaggi di opinione, dai *social network*, dai raduni di piazza»; C. RUGA RIVA, *Il lavavetri, la donna col burqa e il sindaco. Prove atecniche di “diritto penale municipale”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 140: «Sul piano politico, i sondaggi hanno segnalato il favore della gran parte degli italiani, di ogni schieramento politico, per le ordinanze in esame. Più del diritto poté il dibattito massmediatico e il sostegno popolare».

⁶¹ A. LANZI, *Fra il legislatore apparente e il giudice sovrano*, cit., 679; 681: «politica, sempre più impegnata a una continua rincorsa ad una legislazione penale simbolica e deterrente, quanto incompleta e incoerente». Al profilo della “mera exteriorità” legislativa fa richiamo anche E. LO MONTE, *Art. 612-bis c.p. e “Stalking occupazionale”*: *un rimedio solo apparente*, in *Lavoro e previdenza oggi*, 2009, 1. Sulla specificità della

so – crocifero – pachidermico⁶³», «mitridatizzante – degenerato – sbandieratorio – burocratico»⁶⁴, «basso – rozzo – geloso – fallace»⁶⁵, «te-

deterrenza penalistica M. DONINI, *La situazione spirituale della ricerca giuridica penalistica. Profili di diritto sostanziale*, in M. MANTOVANI, F. CURI, S. TORDINI CAGLI, V. TORRE, M. CAIANIELLO (a cura di), *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, cit., 16: «Siamo eticamente divisi in contesti multiculturali e poiché se non si va nel penale tutto ha un prezzo e si può mettere economicamente in conto (*pricing vs. prohibiting*), solo la prospettiva penalistica, anche se non terrorizza, comunque ha efficacia deterrente e induce a penalizzare quasi tutto ciò che si vuole venga avvertito come un divieto (o un obbligo) davvero cogente».

⁶² A. SESSA, *Ostinata criminalizzazione della clandestinità e tenuta democratica del sistema: fondamento e limiti alle opzioni della politica criminale simbolica*, cit., 27, riferendosi a interventi che vanno anzi «ben oltre una emotività proibizionista».

⁶³ D. BRUNELLI, *Il disastro populistico*, cit., 254: «disastro innominato» scavato nell'art. 434 c.p. come «risposta rabbiosa a fenomeni criminosi connessi all'anarchico ed eccezionale sviluppo delle attività produttive nella seconda metà del secolo scorso»; 273-274 per l'accostamento della «"crociata" giudiziaria» in tema di «disastro innominato» all'aggrarsi di «un pachiderma all'interno di una cristalleria». Le crociate possono in particolare intraprendersi o *sul versante giudiziario* (oltre a Brunelli, E. LO MONTE, *Il commiato dalla legalità: dall'anarchia legislativa al 'piroettismo' giurisprudenziale*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 4/2013, 236, nel riferirsi a «pseudo 'crociate contro il male'» frutto di «espansione della funzione giurisdizionale») o già *sul versante legislativo* (M. CANCIO MELIÀ, «Diritto penale del nemico?», cit., 85: «crociata contro crudeli malfattori [,] "nemici" nel senso pseudo-religioso piuttosto che nell'accezione militare-tradizionale del termine», in spregio a istanze di prudenza e di formalizzazione). Cfr. G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, cit., 48: «se si guarda oggi alla legislazione penale italiana nel suo complesso [...], è difficile sottrarsi all'impressione di trovarsi di fronte ad una sorta di corpo elefantico con più teste o con più anime, privo di una vera identità e composto da elementi eterogenei sovrapposti in modo disorganico».

⁶⁴ M. SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, cit., 549: «È anche il dominio della mitridatizzazione, per un verso, e della degenerazione della pena per l'altro. La pena cessa di essere presa sul serio, rifugiandosi nell'unica funzione che mai, tra mille, le era stata seriamente attribuita: quella di essere sbandierata come un mero segnalatore di pericolo, o quella di dare in mano a settori burocratici un mezzo di pressione per ottenere dai cittadini questo o quel comportamento, non altrimenti atteso». A una disciplina dell'immigrazione «proiettata verso sbandierate espulsioni, notoriamente paralizzate negli esiti», si richiama anche A. SESSA, *Ostinata criminalizzazione della clandestinità e tenuta democratica del sistema: fondamento e limiti alle opzioni della politica criminale simbolica*, cit., 20.

stimoniale – supino⁶⁶ – logorroico⁶⁷ – indignato⁶⁸», «focoso⁶⁹ – gattopardesco⁷⁰ – placativo – pseudostrumentale⁷¹», «mobilitante – impro-

⁶⁵ F. PALAZZO, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, cit., 668 sulla «bassa e rozza» involuzione che si ha quando «pur rivelatisi scarsamente efficienti – come non è affatto improbabile – gli strumenti del diritto penale del nemico, essi continuano nondimeno a essere utilizzati dal legislatore in chiave essenzialmente simbolica al prevalente fine immediato di appagare l'inquietudine della "coscienza sociale" con il reale scopo ultimo di accreditare la classe politica al potere»; 669: «una volta che il diritto penale del nemico si appalesa espressione del populismo penale, esso manifesta il suo vero volto di puro mezzo di conservazione del potere mediante fallace accreditamento delle forze politiche di governo: dunque, espressione in fondo pura di autoritarismo»; T. PADOVANI, *Il confine conteso. Metamorfosi dei rapporti tra concussione e corruzione ed esigenze "improcrastinabili" di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 1315: diritto penale come «il più rozzo, il più doloroso, il più costoso e il meno efficace degli strumenti che una comunità civile può mettere in campo per orientare le condotte; proprio per questo la sua utilizzazione si uniforma (o dovrebbe uniformarsi) al canone della *extrema ratio*, e cioè al riconoscimento dell'ineluttabilità priva di ragionevoli alternative».

⁶⁶ F. PALAZZO, *Legge penale*, cit., 356.

⁶⁷ V. MANES, *La riforma della disciplina sanzionatoria in materia di stupefacenti. Frasarario essenziale alla luce dei principi di offensività, proporzione e ragionevolezza*, in G. INSOLERA (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, cit., 95, intitolando la premessa: *Una legge "compulsiva" da un legislatore "logorroico"*; C. RUGA RIVA, *Il nuovo disastro ambientale: dal legislatore ermetico al legislatore logorroico*, in *Cass. pen.*, 2016, 4635.

⁶⁸ C. ROSS, *Die Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums nach § 17 StGB im Spiegel der BGH-Rechtsprechung. Zugleich ein Beitrag zur Analyse latenter richterlichen Wertungen in Entscheidungsgründen*, Berlin, 2000, 42: «Strafrecht als Ventil sittlicher Entrüstung in der Bevölkerung»; C.E. PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, cit., 861 in tema di normazione penale come riflesso di «indignazione morale».

⁶⁹ G. FORTI, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano, 2000, 256.

⁷⁰ F. FORZATI, *Il finanziamento illecito ai partiti politici. Tecniche di tutela ed esigenze di riforma*, Napoli, 1998, 9-10, sul «cambiare tutto per non cambiare niente» quale logica sottesa all'illecito finanziamento durante la «prima repubblica»; G. DE FRANCESCO, *Legislazione, giurisprudenza, scienza penale: uno schizzo problematico*, cit., 857, in particolare su «interpretazioni 'correttive'» usate «gattopardescamente» quale surroga di necessarie riforme; C.E. PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, cit., 878: *lobbies* economiche protese a «ottenere una *disciplina penale gattopardesca*, che dia la sensazione che una serie di interessi della collettività non resteranno più sguarniti, ma che sia concepita in modo tale da conservare intatta la libertà d'azione dei

duttivo⁷² – rappresentativo – euforico⁷³», «affogante – parossistico – umbratile – fluttuante»⁷⁴, «propagandistico – razzista – destrorso»⁷⁵ –

componenti del gruppo»: ciò attraverso «vari accorgimenti di tecnica legislativa, sia applicati direttamente alla *formulazione* della norma (ad es., previsione di ‘moratorie’ o impiego di fattispecie parzialmente ‘in bianco’ da riempirsi ad opera di organi sublegislativi che potrebbero anche non attivarsi mai – emblematica, in proposito la legislazione ambientale), sia proiettati sull’*implementazione* delle norme (inserzione di clausole generali che possano fungere da vere e proprie ‘clausole di aggiramento’; previsione di superflui ‘doli specifici’ che rendano i fatti di ardua provabilità – la legislazione penale in materia finanziaria è piena di questi esempi)».

⁷¹ C.E. PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, cit., 891: «Per ‘simbolica in senso stretto’ o ‘simbolica’ tout court intendo quel tipo di legislazione penale prodotta – per varie ragioni ed in vari settori – a scopo meramente placativo, per dare ‘messaggi rassicuranti’ sull’effettività della tutela, nella consapevolezza della sua ineffettività. È una legislazione, cioè, che potrebbe anche essere definita ‘pseudo-strumentale’ ed a carattere ‘difensivo’: chi la esige, la fomenta o la produce vorrebbe essere, o vuole apparire effettivo (orientato ai risultati), ma non può, o non vuole – si arrangia come sa!»; v. anche F. FORZATI, *Il finanziamento illecito ai partiti politici*, cit., 7, nt. 15.

⁷² G. FORTI, *L’immane concretezza*, cit., 256: «La stessa ricorrente tentazione degli Stati di porre mano a legislazioni simboliche, di per sé scarsamente produttive di risultati concreti nella lotta alla criminalità, nasce in fondo dalla volontà di esibire soprattutto una mobilitazione istituzionale nei confronti delle vittime potenziali»; T. PADOVANI, *Alla ricerca di una razionalità penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1090: «il diritto penale è una politica, può essere ed è sovente, da noi lo è spessissimo, una pessima politica. E può essere una pessima politica perché induce in gravi tentazioni. Il diritto penale come figlio della politica ha capacità evocative inquietanti nel sospingere ad una mobilitazione generale della violenza legittima al servizio di una causa [...]. Stimola quindi un ricorso privilegiato, addirittura esclusivo, a mezzi violenti nel perseguimento di politiche securitarie che con il regno dei fini, cioè con il sistema di valori, non hanno niente a che vedere»; C.E. PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, cit., 882: «mobilitazione del consenso sociale attraverso crociate moralizzatrici focalizzate intorno a valori assoluti che si vogliono ‘santificare’ (sanzionare in senso etimologico = *sanctum facere*) con la pena e lo stigma criminale che ne deriva»; A. SESSA, *Controllo dei flussi migratori e sistema penale: la politica criminale delle “non scelte” alla prova della tenuta democratica del sistema*, in *Dir. pen. e proc.*, 2017, 527: «scarsa “produttività” penale sistematica».

⁷³ S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, II ed., Napoli, 1997, 54: «La funzione simbolica del diritto penale [...] scoraggia una soluzione extrapenale, meno ‘rappresentativa’ di quella penale, che, invece, per la maggior parte dei casi è la più idonea a risolvere in radice il problema»; 55: in materia di

espulsivo⁷⁶», «immateriale – irreal – imbello – ottuso»⁷⁷, «rafforzante⁷⁸ – selvaggio – tappetante⁷⁹ – rapace⁸⁰», «ripetitivo – intempestivo – canicolare – agostano»⁸¹, «dulcamaresco⁸² – immolante – irresponsabile –

controllo del crimine organizzato «risulta soltanto illusoria, e quindi fortemente controproducente, un'euforia penalistica».

⁷⁴ C. BERNASCONI, *Il modello della tipicità umbratile nella recente legislazione penale*, cit., 418-419: «foga repressiva di natura simbolica»; fattispecie – opera di «maggioranze fluttuanti» – «formulate a tratti in modo talmente umbratile [...] da non lasciare intravedere nitidamente chi è reo e chi è innocente»; «corredi circostanziali non di rado al limite del parossismo».

⁷⁵ A. SESSA, *Ostinata criminalizzazione della clandestinità e tenuta democratica del sistema: fondamento e limiti alle opzioni della politica criminale simbolica*, cit., 25: «espulsioni meramente propagandate», da contestualizzare in «un razzismo moderno direttamente ispirato da una destra globale»; sulla «razzizzazione selettiva dello status di extracomunitario» v. anche ID., *Controllo dei flussi migratori e sistema penale: la politica criminale delle “non scelte” alla prova della tenuta democratica del sistema*, cit., 531, nt. 60.

⁷⁶ F. BACCO, *Visioni ‘a occhi chiusi’: sguardi sul problema penale tra immaginazione, emozioni e senso di realtà*, in *Cardozo El. Law Bull.*, 2/2015, 12 su «rappresentazioni mediatriche [che] adottano schemi comunicativi dominati da narrazioni cosiddette ‘espulsive’».

⁷⁷ L. RISICATO, *Introduzione*, cit., 2 che, in riferimento alla materia dell'immigrazione clandestina, osserva: «La struttura di queste fattispecie è farraginosa, immateriale, addirittura irreal»; risultando il relativo apparato sanzionatorio, in particolare, «privo di efficacia deterrente», per l'abbattersi «ottuso su nullatenenti disperati e ignari di una legge penale che torna ad essere *ius terribile*».

⁷⁸ H. KINDERMANN, *Symbolische Gesetzgebung*, cit., 222.

⁷⁹ C.E. PALIERO, «Minima non curat praetor». *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985, 32, e *ivi* nt. 95: penalizzazione «a tappeto», o «selvaggia».

⁸⁰ L. EUSEBI, *L'insostenibile leggerezza del testo: la responsabilità perduta della progettazione politico-criminale*, cit., 1684: «diritto penale avvoltoio, il quale viene ad aggiungere dolore in situazioni che già hanno arrecato tutto il dolore che si poteva produrre, perfino nei soggetti cui siano da ascrivere responsabilità».

⁸¹ E. LO MONTE, *Repetita (non) iuvant: una riflessione ‘a caldo’ sulle disposizioni penali di cui al recente d.l. n. 93/13, con. in l. n. 119/13, in tema di ‘femminicidio’*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2013, 1: «Con un tempismo da far invidia ai migliori cronometristi è arrivato sotto la canicola agostana l'ennesimo pacchetto sicurezza».

⁸² F. SGUBBI, *Presentazione* di G. INSOLERA (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, cit., XI: legislazione che «si presenta come un'interessante operazione di marketing»; F. MANTOVANI, *Lo smembramento dei controlli sociali e i degenerativi*

disintossicante⁸³», «incartapecorito – complice – bloccante – pauroso»⁸⁴, «disimpegnato – minimizzante – pigro – criminogeno»⁸⁵, «obso-

aumenti e peggioramenti della criminalità e del diritto penale, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1169, che registra «un “consumismo legislativo”, di fronte al quale pressante è l’invito ad un dignitoso “riposo del legislatore”. Preferibile ad un frenetico e scomposto legiferare: in una crescente confusione tra l’“agire” e l’“agitarsi”. Dimenticandosi che “*Leges non sunt multiplicandae sine necessitate*”, poiché chi semina legge non sempre raccoglie giustizia».

⁸³ Riprendendo Beck, F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell’innocente e la tutela delle vittime*, cit., 553: «L’ombra del rischio viene proiettata all’esterno e si addensa – con effetti di rassicurazione simbolica – attorno al capro espiatorio, ben individuato e individuabile, proprio grazie allo stigma inflitto dal diritto penale del pericolo. È così che prende forma – attraverso il relitto storico dell’arresto di un singolo reo – la partecipazione delle istituzioni alla “irresponsabilità organizzata”, la complicità dei sistemi giuridici nell’opera di disintossicazione collettiva dalla paura e di blocco della spinta collettiva alla autoregolamentazione».

⁸⁴ F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell’innocente e la tutela delle vittime*, cit., 553.

⁸⁵ L. EUSEBI, *L’insostenibile leggerezza del testo: la responsabilità perduta della progettazione politico-criminale*, cit., 1682: «Una società che affermi valori *solo* col diritto penale – che non si adoperi affinché quei valori conformino ogni aspetto dell’apparato normativo e siano minimizzate le vie, o le precondizioni, di accesso al reato – risulta, paradossalmente, una società *criminogena*, in quanto attesta proprio in tal modo ai cittadini che una simile affermazione dei valori ha carattere in sostanza declamatorio»; A. SESSA, *Controllo dei flussi migratori e sistema penale: la politica criminale delle “non scelte” alla prova della tenuta democratica del sistema*, cit., 525: «penalità irrazionalmente criminogena» che, «prediligendo gli effetti, mostra disinteresse per una sua diretta incidenza sulle cause di un fenomeno»; ID., *La fisiologica sistematicità dell’emergenza: tendenze autoritarie nel diritto giurisprudenziale penale compulsivo*, in A. CAVALIERE, C. LONGOBARDO, V. MASARONE, F. SCHIAFFO, A. SESSA (a cura di), *Politica criminale e cultura giuspenalistica*, cit., 310-311 sull’adozione di scelte populistiche che finiscono per «spingere il simbolismo della penalità verso la consacrazione di un diritto penale differenziato della (in)sicurezza interiore, ineffettivo e criminogeno». Cfr. C.E. PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, cit., 892, ove si intende come espressiva quella «legislazione penale che viene pretesa e varata a scopo ‘simbolico’ nel senso etimologico del termine, cioè come espressione ed emblema di un certo valore o di una certa ideologia, e come strumento di affermazione di essa»: un modello «distorsivo-strumentale» od «‘offensivo’ di legislazione, perché punta al riconoscimento di valori controversi attraverso la stigmatizzazione sociale (mediante pena) di precise ‘classi’ di comportamenti e di soggetti. Diversamente dalla legislazione simbolica in senso stretto, la legislazione *espressiva* ha quindi come caratteristica *essenziale* di esse-

leto – bistrattato – esplosivo⁸⁶ – tonitruante⁸⁷», «informativo – definitorio – positivo – procedurale»⁸⁸, «esemplificativo – comunicativo – indirizzante – sorvegliante»⁸⁹, «spasmodico – corrotto – spregiudicato»⁹⁰ – plastificante⁹¹», «qualunque – fobico – tautologico – forcaiolo»⁹²,

re *criminogena*: sia perché direttamente e funzionalmente *stigmatizzante*, sia perché induttiva di ulteriori processi di criminalizzazione secondaria».

⁸⁶ D. BRUNELLI, *Divagazioni sulle “dimensioni parallele” della responsabilità penale, tra ansie di giustizia, spinte moralistiche e colpevolezza normativa*, cit., 22, diffidando di chi continua a credere in un «ruolo politico attivo del diritto penale», ovvero di chi pensa che «un simile arcaico e bistrattato ordigno possa ancora sedersi al tavolo degli ospiti di riguardo allorché si dibatta di tecniche operative da contrapporre al declino della civiltà occidentale». Di «politica criminale esplosiva», che spesso però «non può appellarsi ad una conferma scientifica di una situazione di particolare pericolosità», scrive W. HASSEMER, *La prevenzione nel diritto penale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1986, 421.

⁸⁷ T. PADOVANI, *Sicurezza pubblica: quel collasso dei codici “figlio della rincorsa” all’ultima emergenza*, in *Guida al Diritto Il Sole-24 Ore*, 36/2013, 10: prodotti normativi emergenziali destinati alle «bancarelle dei mercatini dove si smercia con annunci tonitruanti, ma si vende a poco prezzo».

⁸⁸ Su una congenita «funzione informativa e “promozionale”» propriamente ascrivibile a regole deontologico-disciplinari (sui cui profili di intersecazione con il diritto penale insiste tuttavia l’a.: v. in partic. 110-125, 165-181, 225-237), e relativa attuazione affidata a «procedure “simboliche”, le quali assolvono a loro volta una funzione di definizione *positiva* della infrazione», D. NOTARO, *In foro illicito versari*, cit., 41.

⁸⁹ D. NOTARO, *In foro illicito versari*, cit., 41: «Volto ad “esemplificare” le manchevolezze commesse, il procedimento disciplinare [sulla cui intersezione con quello penale v. già nota prec.] si atterrebbe a meccanismo “comunicativo” di indirizzo e di controllo dei membri del gruppo»; C.F. STUCKENBERG, *Strafe und Zurechnung bei Paul Fauconnet*, in *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht*, 2017, 187: «accentuazione del contenuto simbolico-comunicativo» come «moda» esibita nei *défilé* legislativi dei nostri tempi.

⁹⁰ F. PALAZZO, *Il principio di legalità tra Costituzione e suggestioni sovranazionali*, cit., 2: «un sentire sociale che pare ormai quasi spasmodicamente invocare la violenza punitiva come panacea dei tanti nostri problemi»; 11: «La legge si corrompe perché, invece di essere il meditato limite alla violenza punitiva, ne diventa fomite spregiudicato». V. altresì, sul «corrompimento» della realtà del crimine nelle democrazie «ad alta densità mediatica», F. BACCO, *Visioni ‘a occhi chiusi’: sguardi sul problema penale tra immaginazione, emozioni e senso di realtà*, cit., 12.

⁹¹ F. BACCO, *Visioni ‘a occhi chiusi’: sguardi sul problema penale tra immaginazione, emozioni e senso di realtà*, cit., 12: «prassi mediatica di elaborare ricostruzioni

«esortativo – materno⁹³ – torrentizio⁹⁴ – eutrofico⁹⁵», «tormentato – rurgitante – populistico⁹⁶ – manicheo⁹⁷», «narrativo – poietico – triste –

‘plastificate’ del fatto criminale» (il riferimento è ai modellini in scala, riproducenti luoghi legati a vicende delittuose, sovente protagonisti della nota trasmissione televisiva *Porta a porta*).

⁹² E. LO MONTE, *Politiche neo-liberiste e questione criminale nella post-modernità (dall’atrofia dello Stato sociale di diritto all’ipertrofia dello Stato penale)*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2010, 764: «La retorica qualunquista, associata ad immagini di miseria, violenza, degrado, reitera il concetto della criminalità – in particolare alcune forme di criminalità – come “problema”, come “piaga” e, ancor di più, come “minaccia”»; «In una sorta di fobia diffusa ancorata, unicamente, ad un meccanismo tautologico della paura – essenzialmente, orientata a parificare il “diverso” al “nemico” – il legislatore ribadisce una sequela di misure punitive, assistite, a volte, da un regime sanzionatorio che in “qualità e quantità” va ben oltre la “qualità e quantità del delitto”, a volte intrise di simbolismo repressivo. L’effetto è quello di indirizzare la “voglia di forza” dell’opinione pubblica verso specifiche categorie di soggetti, facendo passare sotto silenzio “altri” comportamenti criminosi, certamente di più rilevante pericolosità»; C.E. PALIERO, *Oggettivismo e soggettivismo nel diritto penale italiano. Lezioni del corso di diritto penale progredito*, a cura di C. PERINI, F. CONSULICH, Milano, 2006, 77: una politica criminale che sovraesponga il consenso sociale «[f]inirebbe con l’essere, il più delle volte, semplicemente forcaiola»; più distesamente ID., *Consenso sociale e diritto penale*, cit., 886-887: «rispetto al nucleo più classico della tutela penale (quello che riguarda i beni più strettamente individuali) in momenti di forte conflittualità o di transizione sociale è facile l’emersione di un *iperconsenso*, anche spontaneo, che punta verso opzioni draconiane sul terreno sanzionatorio, e all’ipertutela del bene giuridico anche con forti anticipazioni della punibilità al ‘campo antistante’ (c.d. *Vorfeldkriminalisierung*). Tale *iperconsenso* mette a dura prova i meccanismi di razionalizzazione dell’apparato legislativo: benché si tratti di ipotesi in cui la fonte di legittimazione ha massima portata, l’errore più grande sarebbe quello di delegare in qualche misura le scelte al consulto popolare, da cui potrebbero derivare in questo caso solo indicazioni forcaiola e criminogenetiche».

⁹³ T. WEIGEND, *Dove va il diritto penale?*, cit., 88: «il diritto penale è destinato a mutare il proprio volto: non sarà più un padre severo che punisce duramente alcune infrazioni, lasciando per il resto una certa libertà nella scelta dello stile di vita; sarà piuttosto come una madre premurosa, disposta ad accompagnare e ad ammonire costantemente il proprio figlio». Glossa G. FIANDACA, *Legislatore e dottrina penalistica: è ancora possibile un dialogo?*, cit., 20, come l’osservazione circa un maternalismo penalistico non possa però rallegrare più di tanto: «anche le madri – come l’esperienza insegna – possono risultare oppressive e tiranniche per eccesso di cura e di invadenza». Su «fantasma paterno» e «fantasma materno» nel sistema giuridico italiano, sottolineando in specie il *deficit* di certezza indotto dal secondo, interessante G. MENGOLI, *La crisi del*

apostatico»⁹⁸, «alogico»⁹⁹ – stereotipato – convenzionale – allarmistico¹⁰⁰», «vacuo – combustivo¹⁰¹ – trasfigurato¹⁰² – armato¹⁰³», «ostinato

diritto nell'evoluzione della società italiana, in *Rivista medica italiana di psicoterapia ed ipnosi*, 2014, 173-182.

⁹⁴ A. MANNA, *Alcuni recenti esempi di legislazione penale compulsiva e di ricorrenti tentazioni circa l'utilizzazione di un diritto penale simbolico*, cit., 7: «carattere quasi “torrenzioso”» della legislazione penale, tesa a una funzione «promozionale, nel senso di “esortare caldamente” i cittadini ad osservare la norma penale».

⁹⁵ M. VOGLIOTTI, *Lo scandalo dell'ermeneutica per la penalistica moderna*, in *Quad. fior. st. pens. giur. mod.*, 2015, tomo I, 160: «eutrofia della responsabilità penale».

⁹⁶ D. BRUNELLI, *Divagazioni sulle “dimensioni parallele” della responsabilità penale, tra ansie di giustizia, spinte moralistiche e colpevolezza normativa*, cit., 16: «spinte emotivo-populistiche» che inducono a privilegiare la prevenzione generale dissuasiva; 28: legislatore «in preda ad un vero e proprio terrore o rimorso politico da rigurgito populista».

⁹⁷ C.E. PALIERO, *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed ‘effetti penali’ dei media)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 499: «Gli autori dei delitti ‘trattati’ nei mass-media [...] si connotano per una caratterizzazione di tipo manicheo, orientata al paradigma dicotomico *buono-cattivo*»; similmente F. BACCO, *Visioni ‘a occhi chiusi’: sguardi sul problema penale tra immaginazione, emozioni e senso di realtà*, cit., 12: *media* protesi, attraverso «l'abbaglio delle immagini», a «rassicurare il cittadino attraverso categorizzazioni manichee».

⁹⁸ C. SOTIS, *Intervento*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2016, 16 (dibattito su *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*): «introdurre una incriminazione speciale e più grave per un sottoinsieme di condotte rispetto ad una norma generale è scelta per sua natura simbolica, quantomeno di tipo simbolico-narrativo (o simbolico-poietico se si preferisce)»; 17: «triste esempio di apostasia simbolica» nella qualificazione del delitto di tortura come reato comune, con cui si nega «quella che storicamente è la costante criminologica che gli assegna lo status di crimine di inaudita gravità, cioè il radicale abuso nell'esercizio del monopolio della violenza da parte dello Stato».

⁹⁹ M. DONINI, *“Danno” e “offesa” nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell’“offense” di Joel Feinberg*, cit., 1577: «Per ragioni di consenso elettorale e soddisfazione dell'opinione pubblica, come noto, il legislatore impiega spesso le norme penali “motivando” la loro introduzione con lo scopo di dare sicurezza e tranquillità: una forma di tutela dei sentimenti eccentrica al tipo, ma decisiva per la sua introduzione. Non è questa, però, una motivazione razionale orientata alle conseguenze della legge applicata, ma a quelle “alogiche” della legge pubblicizzata».

– indegno – umiliante – depersonalizzante»¹⁰⁴, «emotigeno – ansioforo»¹⁰⁵ – deprimente¹⁰⁶ – esaltato¹⁰⁷», «moltiplicatorio – speranzoso – ma-

¹⁰⁰ M. BERTOLINO, *Giustizia narrata o giustizia tradita?*, cit., 624: «quella che emerge dai *media* in tutte le sue rappresentazioni è un'immagine del crimine stereotipata, convenzionale, che non rispecchia la realtà criminale»; 625: «è il senso di sicurezza in un'accezione lata o soggettiva che si presta a essere manipolato attraverso le notizie sensazionali, allarmistiche sulla criminalità, che mascherano il reale tasso di tutela dei beni giuridici».

¹⁰¹ F. CURI, *Prevenzione "intelligente": "l'arma" che colpisce solo obiettivi pericolosi. Tra vacuità simbolica e azzeramento delle politiche sociali*, in EAD. (a cura di), *Ordine pubblico e sicurezza nel governo della città*, Bologna, 2016, 63; 71, a proposito di interventi inutilmente simbolico-repressivi: «A forza di giocare con il fuoco, capiterà prima o poi di bruciarsi...».

¹⁰² E. MEZZETTI, *Prove tecniche del legislatore su una rivisitazione del rapporto autore/vittima in funzione riparatoria o riconciliativa*, in *Cass. pen.*, 2016, 3103-3104: attraverso la «giustizia penale della conciliazione» e la «giustizia penale della riparazione», «per ottenere quello che i francofoni potrebbero definire *effet utile*, in termini di riduzione non direttamente della materia penale (in assenza di un'effettiva depenalizzazione) quanto piuttosto di un mero decremento del carico dei processi penali, si trasfigura il volto del diritto penale, come parte essenziale del sistema del diritto pubblico, per trasformarlo in un surrettizio e vicario strumento di riconciliazione tipico dello *ius civile*».

¹⁰³ A. SERENI, *L'ente guardiano. L'autorganizzazione del controllo penale*, Torino, 2016, 103 e 131, sponsorizzando una «persuasione dolce», imperniata sulla coscienza individuale, che bilancia il ruolo di «persuasione armata»/«vigilanza *armata*» attribuito nel contesto della responsabilità dell'ente (d.lgs. 231/2001) ai modelli organizzativi.

¹⁰⁴ A. SESSA, *Ostinata criminalizzazione della clandestinità e tenuta democratica del sistema: fondamento e limiti alle opzioni della politica criminale simbolica*, cit., 27: «indegno sfruttamento delle ineguaglianze e [...] intollerabile, questa sì, degradazione dell'individuo da fine a mero strumento di tutela»; S. MOCCIA, *Riflessioni sparse su persona, pena e processo*, in M. AMISANO, M. CATERINI (a cura di), *Persona, pena, processo. Scritti in memoria di Tommaso Sorrentino raccolti sotto la direzione di Marcello Gallo*, Napoli, 2012, 117-118: «questo sistema [la vasta carcerizzazione degli immigrati] scassato, disfunzionale, veramente macina vite umane e tutto ciò avviene contestualmente alla violazione di diritti realmente fondamentali, quali quelli che sono splendidamente sanciti nella Costituzione».

¹⁰⁵ C.E. PALIERO, *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed 'effetti penali' dei media)*, cit., 495: «comunicazione *emotigena* del fenomeno, di cui vengono stereotipizzati come caratteristici i tratti, viceversa, eccezionali» (in rif. alla rappresentazione mediatica della criminalità da strada; v. anche 499); 519: *sub-sistema* penale e *sub-sistema* massmediatico quali «*recettori di inputs (ansiofori)* [...] che promanano

novrante – prensile»¹⁰⁸, «separante – selettivo – autoriale – dimezzante»¹⁰⁹, «moderno – latente – esclusivo – amplificativo»¹¹⁰, «responsivo

dal sistema sociale ‘sottostante’»; ID., *Consensus sociale e diritto penale*, cit., 874: «“offerta” indiscriminata di pena» proveniente da «uno Stato-attore emotivo e frastornato». V. pure A. SESSA, *Controllo dei flussi migratori e sistema penale: la politica criminale delle “non scelte” alla prova della tenuta democratica del sistema*, cit., 532 e 531: «emotività proibizionista» ovvero «emotività che caratterizza, nel loro insieme, il simbolismo repressivo e preventivo»; G. DE SANTIS, *Il nuovo volto del diritto penale dell’ambiente*, Roma, 2017, 26: scelte incriminatrici «frutto più che di analisi e studi razionalmente fondati di pulsioni eticizzanti, quando non addirittura emotive o politicamente opportunistiche»; G. MARINO, *Il sistema antiterrorismo alla luce della l. 43/2015: un esempio di “diritto penale del nemico”?*, cit., 1422: «emotività del diritto penale simbolico».

¹⁰⁶ A. MANNA, *Il lato oscuro del diritto penale*, cit., 117 e 121: «lato oscuro del diritto penale inteso come settore penalistico non caratterizzato dai principi di uno Stato sociale di diritto, ma invece influenzato da forze simbolico-espressive» senza che si possa scorgere «soprattutto a breve, una facile “uscita dal tunnel”».

¹⁰⁷ A. SESSA, *Controllo dei flussi migratori e sistema penale: la politica criminale delle “non scelte” alla prova della tenuta democratica del sistema*, cit., 523: «politica criminale simbolica che, indifferente ai vincoli di razionalità provenienti dalla indissolubilità del binomio efficienza-garanzia, giunge a porre la sanzione più grave al servizio della esaltazione di una mera criminalizzazione di uno *status* per reati di mera disobbedienza funzionalizzati alla essenziale concretizzazione di esigenze di pura stabilizzazione del consenso sociale».

¹⁰⁸ M. SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, cit., 547-548: «La natura di *medium* simbolico che ha ormai afferrato gran parte delle norme penali, funge da moltiplicatore, nella speranza di catturare consenso, della produzione normativa penale in quanto tale e delle sue componenti di immagine: le ‘manovre sulla pena’, ad esempio, presenti da sempre nelle rappresentazioni del penale, appartengono a questo ordine e sembrano rinunciabili a fatica». Sullo sfaccettato aspetto moltiplicatorio G. MARRA, *Prevenzione, efficienza e sussidiarietà penalistica*, in A. BONDI, G. MARRA, P. POLIDORI (a cura di), *Il prezzo del reato. La pena in una prospettiva interdisciplinare*, Torino, 2010, 138: «Il tema del diritto penale simbolico, che tanta parte gioca nella discussione sui contenuti e modelli della transizione penalistica, partecipa [...] a pieno titolo al dibattito sui compiti e gli scopi fisiologici del diritto penale moderno. Tuttavia proprio perché inserito all’interno di una ormai matura consapevolezza circa l’impossibilità di legittimare interventi penalistici al di fuori di prospettive strumentali di salvaguardia di interessi mondanamente ritenuti meritevoli di tutela, non può sottrarsi allo scandaglio rappresentato dal principio di realtà. [...] Un contributo che si palesa decisivo per rallentare più che discutibili involuzioni criptorettributive e, soprattutto, inutili derive espansive»; G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto*

– immediato¹¹¹ – delirante¹¹² – orgiastico¹¹³», «semplificante – politicista – iperresponsabilizzato – parziale»¹¹⁴, «ridondante¹¹⁵ – teista –

penale, cit., 192: ricorso al diritto penale «in chiave di *medium* comunicativo funzionale agli usi più diversi; e ciò del tutto a prescindere da ogni comprovabile idoneità preventiva dell'intervento penale»; C.E. PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, cit., 858: «il modello di soluzione 'penalistico' si traduce, invariabilmente, in una *definizione* valutativa di uno dei *partners* del conflitto (l'autore), che a cagione del *criterio* utilizzato (la pena) è stigmatizzante e degradante – vale dire: discriminatoria, fomentatrice o moltiplicatrice delle diseguaglianze, in una parola *conflittuale*».

¹⁰⁹ A. SESSA, *Controllo dei flussi migratori e sistema penale: la politica criminale delle "non scelte" alla prova della tenuta democratica del sistema*, cit., 530: «la stessa pena, strumentalizzata ed esaltata in termini di "integrazione culturale", sembra assurgere a criterio non più funzionale alla costruzione di una società di liberi conviventi assicurata da una integrazione sociale da stato di diritto, ma a criterio ispiratore di una "selettività per tipi d'autore" che, di volta in volta, assecondando strategie comuni di diritto penale del nemico come nuova manifestazione del diritto penale degli individui non persone, si (pre)occupa della organizzazione, accanto a politiche di esclusione degli immigrati irregolari, anche di politiche di inclusione differenziata di cittadini regolari dimezzati».

¹¹⁰ A. SESSA, *Controllo dei flussi migratori e sistema penale: la politica criminale delle "non scelte" alla prova della tenuta democratica del sistema*, cit., 529, nt. 48: «un regime proibizionistico incentrato su reati di mera disobbedienza finisce per esaltare un razzismo moderno che, nel diritto sanzionatorio amministrativo, finisce per assumere come unica "latente" reazione effettiva, ma inefficace in vista dello scopo di protezione di beni giuridici, proprio quella che pone l'immigrato irregolare nella condizione legata alla esclusione da quasi tutti i diritti fondamentali»; 530, nt. 49: «amplificazione del simbolismo penale».

¹¹¹ D. FONDAROLI, *L'accertamento della responsabilità penale secondo il paradigma del "caso per caso" ed il "circo mediatico-giudiziario"*, cit., 135.

¹¹² F. MANTOVANI, *Stupidi si nasce o si diventa?*, cit., 240; T. PADOVANI, *Il confine conteso. Metamorfosi dei rapporti tra concussione e corruzione ed esigenze "improcrastinabili" di riforma*, cit., 1315: «soltanto nella patologia di un delirio d'onnipotenza si può attribuire al diritto penale la funzione di strumento prioritario di controllo sociale: ad esso si deve essenzialmente riconoscere soprattutto una funzione di limite contro le esigenze, potenzialmente infinite, della politica criminale».

¹¹³ F. FASANI, *Terrorismo islamico e diritto penale*, Milano, 2016, 375.

¹¹⁴ L. EUSEBI, *L'insostenibile leggerezza del testo: la responsabilità perduta della progettazione politico-criminale*, cit., 1672: «costruzioni *semplificate*, a diverso titolo, delle fattispecie»; 1681: norme penali rispondenti in via prioritaria o esclusiva all'«utile politico»; 1682: «la funzione di indirizzo verso condotte socialmente *virtuose* non può

emancipatorio – progressista¹¹⁶», «ipovedente – pressapochista – negligente – disastroso»¹¹⁷, «pedante – evocativo – pedagogico – asserragliato»¹¹⁸, «autoplatativo»¹¹⁹ – strategico – fifone – spadiforme¹²⁰», «osses-

essere demandata al diritto penale, ma è propria (oltre che dell'impegno civile) di un disegno complessivo della politica criminale».

¹¹⁵ D. PULITANÒ, *Intervento*, cit., 6: «L'uso della legislazione penale come strumento di autorappresentazione politica è terreno fertile di norme sovrabbondanti»; E. STRADELLA, *Recenti tendenze del diritto penale simbolico*, cit., 241: «il diritto penale vive un momento di superfetazione nel quale non si limita più a reagire *ex post* nei confronti di fatti lesivi delimitati, proteggendo beni concreti attraverso l'utilizzo di criteri di concreta pericolosità e di imputazione personale dell'illecito».

¹¹⁶ G. INSOLERA, *La produzione del "penale": tra governo e parlamento maggioritario*, cit., 3, chiedendosi se «nella sfera pubblica pluralistica, singoli appartenenti all'ordine giudiziario [si sentano] forse figli di un Dio maggiore»; 6, su una prospettiva «emancipatoria e progressista» tipica delle forze di sinistra attuata, già dalla stagione riformistica inaugurata negli anni '70, con un (paradossale) maggiore ricorso all'opzione penale; M. DONINI, «Danno» e «offesa» nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell'«offense» di Joel Feinberg, cit., 1556-1557: sanzione penale impiegata «come mero strumento di rassicurazione sociale, di rafforzamento simbolico, di obbedienza a criteri di disciplina o correttezza, di promozione culturale di valori non consolidati, di pura moralizzazione dei costumi, come strumento di progresso, o come mezzo di consenso elettorale».

¹¹⁷ D. BRUNELLI, *Il disastro populistico*, cit., 273-274: «disastro istituzionale» di una magistratura che, agendo «alla cieca», finisce per appropriarsi di «contenuti spiccatamente politici», comportanti «scelte strategiche, dosaggi sapienti tra spinte e controspinte, gestione accurata di strumenti tecnici e normativi».

¹¹⁸ E. STRADELLA, *Recenti tendenze del diritto penale simbolico*, cit., 220 [in passaggi che saranno riportati *infra*, II.3, sub b)]; A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e politica criminale*, Padova, 2001, 569-570: «Il simbolismo, al di là del messaggio evocativo sul significato della penalità, assume [...] una connotazione ricca di riflessi negativi allorquando la legge penale, innanzi a bisogni reali, interviene fornendo solo una risposta apparente, di pura facciata».

¹¹⁹ C.E. PALIERO, *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed 'effetti penali' dei media)*, cit., 519: sottosistema penale quale «comunicatore di messaggi auto-placativi».

¹²⁰ G. FORNASARI, F. PESCE, *Il legislatore alla scuola della razionalità (tra luci e ombre). Il modello di analisi economica del diritto penale applicato ad alcune esperienze legislative*, in *Ind. pen.*, 2016, 409: «L'ostentata severità o la cosiddetta strategia della "tolleranza zero" in riferimento a determinati fenomeni sociali sono strumenti legislativi utilizzati dalle cosiddette "politiche della paura", ove il diritto penale, sguainato come una spada dal fodero, rappresenta la pronta ed immediata risposta che il

sivo – incalzante – rapido – circense»¹²¹, «vessillifero – marcatore – perimetrante – polemologico»¹²², «sconsolante»¹²³ – anarchico – derviscico – urticante¹²⁴», «punitivo – afflittivo – rancoroso – primitivo»¹²⁵, «individualizzante – singolare – discrezionale – variabile»¹²⁶, «margi-

“fronte” politico-istituzionale offre ad una società che esige rassicurazioni perché terrorizzata o indignata a causa di allarmismi, talvolta artificiosamente creati o strumentalmente ingigantiti». Dell’«impresa della paura» ovvero dell’«economia della paura» quali «diretti interlocutori di una politica criminale simbolica, paternalistica, populistica ed eticizzante» scrive A. SESSA, *Controllo dei flussi migratori e sistema penale: la politica criminale delle “non scelte” alla prova della tenuta democratica del sistema*, cit., 525.

¹²¹ D. FONDAROLI, *L’accertamento della responsabilità penale secondo il paradigma del “caso per caso” ed il “circo mediatico-giudiziario”*, cit., 135.

¹²² Sulle letture secondo cui «il diritto penale fungerebbe, prima ancora che da strumento pragmatico di tutela, da vessillo o marcatore simbolico di valori il cui rispetto segna il perimetro di un’appartenenza identitaria», G. FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, cit., 103, non respingendo comunque in radice l’ipotesi che una simile valenza «polemologica» attribuita al diritto penale possieda una qualche consistenza psicologico-sociale e psicologico-penalistica (riprenderemo queste considerazioni *infra*, II.8.4); D. BRUNELLI, *Paradossi e limiti della attuale realpolitik in materia penale*, cit., 382: diritto penale usato come «strumento di agevole gestione politica “a costo zero”, maneggevole vessillo nella strategia degli annunci, espressione di forte carica simbolica di stigmatizzazione».

¹²³ O. DI GIOVINE, *In difesa del c.d. decreto Balduzzi*, cit., 7, non rassegnandosi all’idea che una soluzione «sconsolante», apparentemente deducibile da una disposizione non brillante per chiarezza (l’art. 3 d.l. 158/2012), sia «l’unica conclusione possibile».

¹²⁴ E. LO MONTE, *Il commiato dalla legalità: dall’anarchia legislativa al ‘piroettismo’ giurisprudenziale*, cit., 219; 240 sull’esigenza di un’intransigente fedeltà alla legalità costituzionale, «anche se quest’ultima provochi a qualche solerte ‘sacerdote’ della zero tolerance sensazioni da ‘orticaria’»; opposta, come si ricava dall’intero scritto dell’a., l’affezione provocata da un diritto penale simbolico.

¹²⁵ M. DONINI, *Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 2/2015, 237 sulla profonda novità dell’idea riparativa, in rapporto al «vecchio diritto punitivo-vendicativo-afflittivo-conflittuale»; 239, su vittime spesso vendicative e rancorose, con l’interrogativo «Non è forse vero che il processo coagula le pulsioni più primitive della società e i giudici le neutralizzano ideologicamente, veicolandole soltanto in forme più tranquillizzanti e spesso solo burocratiche?».

¹²⁶ D. FONDAROLI, *L’accertamento della responsabilità penale secondo il paradigma del “caso per caso” ed il “circo mediatico-giudiziario”*, cit., 135: «distorsione delle

nale – ineffettivo – ellittico – controproducente»¹²⁷, «tanagliante»¹²⁸ – involutivo¹²⁹ – accentratore – sviolinante¹³⁰», «sconfinante»¹³¹ – atteso – invocato – sconvolgente¹³²», «assolutizzante – rapsodico – antisociale –

categorie dogmatiche a favore di una applicazione “individualizzata”, “singolare” degli elementi di fattispecie e dei presupposti della punibilità»; 136-137: «discrezionalità del giudice, vincolata solo da una cornice di riferimento assolutamente generica ed indeterminata, e quindi “variabile” a seconda dei casi» (con particolare riguardo alla responsabilità dell’ente e al meccanismo esonerante *ex art. 6 d.lgs. 231/2001*); G. FIANDACA, *La nuova legge anti-droga tra sospetti di incostituzionalità e discrezionalità legislativa*, cit., 2637: «ancora una volta la discrezionalità caso per caso del giudice di merito è chiamata a rimediare al rigorismo simbolico delle astratte “gride” normative».

¹²⁷ C.E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, cit., 444: «sempre più spesso l’arma della pena è impugnata per colpire alla cieca. Si colgono allora solo i bordi del bersaglio (dando vita a una normazione *ineffettiva*), ovvero il bersaglio non lo si raggiunge nemmeno, magari schivandolo volutamente (la normazione è ‘simbolica’), ovvero ancora si centra il bersaglio... sbagliato (la normazione è addirittura *criminogena*, o contraria allo scopo)»; R. HAMEL, *Strafen als Sprechakt. Die Bedeutung der Strafe für das Opfer*, cit., 164-165: «una filosofia punitiva irrazionale costituisce sicuramente un mezzo errato, per agevolare un superamento dell’episodio criminoso a livello sociale»; G. COCCO, *La punibilità quarto elemento del reato*, Milano, 2017, 40: «il principio di sussidiarietà esterna impone di considerare vie alternative e meno costose che soddisfino gli scopi generalpreventivi perseguiti con la incriminazione, nonché l’eventuale presenza di costi addizionali della pena, in particolare costituiti dai danni provocati alla tutela di altri beni di primaria importanza che la rendano uno strumento più dannoso che utile».

¹²⁸ A. LANZI, *Fra il legislatore apparente e il giudice sovrano*, cit., 681: «formidabile manovra a tenaglia costruita in continuità dalla giurisprudenza europea e da quella nazionale».

¹²⁹ E. LO MONTE, *Diritto penale e tutela dell’ambiente. Tra esigenze di effettività e simbolismo involutivo*, Milano, 2004.

¹³⁰ A. GARGANI, *Premessa a D.l. 23.2.2009 n. 11, conv., con modif., in l. 23.4.2009 n. 38 – Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori*, in *Legisl. pen.*, 2009, 416: «l’“occhio di buco” insiste sulle “priorità” e sulle “urgenze”», individuate come tali in forza delle sottostanti «implicazioni simboliche»; 423: scelte «di pregnante significato simbolico-espressivo», quali «demagogica *captatio benevolentiae*».

¹³¹ C. BERNASCONI, *Il modello della tipicità umbratile nella recente legislazione penale*, cit., 420: «fughe in avanti» e «sconfinamenti» del potere giudiziario nelle sfere riservate a quello legislativo.

¹³² A. GARGANI, *Premessa*, cit., 416: «nuove e più penetranti manovre repressive, [...] attese ed invocate “dalla maggioranza degli italiani”»; registrabile talvolta «una

ghettizzante»¹³³, «avveniristico – permeabile¹³⁴ – redditizio – economico¹³⁵», «limitante – alternativo – futuribile – inibitorio»¹³⁶, «evidente¹³⁷ – tentacolare¹³⁸ – paralizzato¹³⁹ – buffo¹⁴⁰», «intermittente¹⁴¹ – distur-

sorta di apparente ed illusoria “*quiete prima della tempesta*”, che prelude al vero e proprio “*tsunami*” legislativo».

¹³³ A. SESSA, *Controllo dei flussi migratori e sistema penale: la politica criminale delle “non scelte” alla prova della tenuta democratica del sistema*, cit., 523: «politica penale criminogena e intollerante in cui la assolutizzazione di funzioni manifestamente simboliche contribuisce, da un lato, all’abbandono di strategie razionali di controllo integrato per la riduzione delle aggressioni ad un ordinamento e, dall’altro, al conseguente sviluppo di un diffuso clima antidemocratico di “ghettizzazione” sociale» (v. anche 529: «assolutismo simbolico»).

¹³⁴ C. BERNASCONI, *Il modello della tipicità umbratile nella recente legislazione penale*, cit., 420: «progressiva crescente permeabilità [del polo giudiziario] a supposte esigenze di tutela, con conseguenziale allentamento del legame con l’*imperium* legislativo».

¹³⁵ W. HASSEMER, *Das Symbolische am symbolischen Strafrecht*, cit., 1009: diritto penale simbolico come «strumento a buon mercato, nel confronto con altre possibili soluzioni di un dato problema»; G. FIANDACA, *Legislatore e dottrina penalistica: è ancora possibile un dialogo?*, cit., 19: diritto penale come «risorsa politica e comunicativa redditizia a fini di consenso elettorale», vantaggiosa sotto questo profilo anche per i «costi in ogni caso non elevati»: un’astratta severità sanzionatoria, «in funzione di ansiolitico sociale», impegna sempre meno risorse umane e materiali in rapporto a interventi «strutturali» orientati a contrastare le cause dei fenomeni; ID., *Prima lezione di diritto penale*, cit., 187; A. BONDI, G. MARRA, P. POLIDORI, *Introduzione*, in IID. (a cura di), *Il prezzo del reato. La pena in una prospettiva interdisciplinare*, cit., 7: «L’equazione del crimine, alla presenza di un forte bisogno di deterrenza, induce [...] al facile ricorso all’inasprimento delle sanzioni e, ancor più, all’uso del diritto penale come strumento principe per salvifici interventi “a costo zero”».

¹³⁶ E. STRADELLA, *Recenti tendenze del diritto penale simbolico*, cit., 203: «il carattere simbolico del diritto penale comporta potenzialmente un *vulnus* [alla prevenzione generale negativa] quando la simbolicità divenga elemento di limitazione della credibilità della minaccia legale di pena, e finalità in qualche modo sostitutiva o alternativa rispetto all’effettività della sanzione; ma sembra in grado di agire in senso opposto, e quindi in funzione spiccatamente preventiva, quando proprio la natura simbolica, nel suo caratterizzante aspetto di evocatività e nella costruzione di una percezione che si proietta verso il futuro, rafforza e consolida la richiamata capacità della minaccia di prevalere sul desiderio della commissione della condotta oggetto di incriminazione».

¹³⁷ G. INSOLERA, *Intervento*, cit., 37.

¹³⁸ A. GARGANI, *Le plurime figure di disastro: modelli e involuzioni*, cit., 2709 sull’emersione, nella recente esperienza applicativa dei delitti contro l’incolumità pubbli-

bante¹⁴² – pseudomigliorativo¹⁴³ – trogloditico¹⁴⁴», «vecchio¹⁴⁵ – scacciatore¹⁴⁶ – centralistico – tecnocratico¹⁴⁷», «mortificante¹⁴⁸ – elitario¹⁴⁹

ca, di «nuove e ulteriori fattispecie di disastro, finalizzate alla “copertura penale” di inedite fenomenologie di danno e di pericolo tipiche della post-modernità».

¹³⁹ A. SESSA, *Ostinata criminalizzazione della clandestinità e tenuta democratica del sistema: fondamento e limiti alle opzioni della politica criminale simbolica*, cit., 20.

¹⁴⁰ M. SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, cit., 549.

¹⁴¹ M. DONINI, *La situazione spirituale della ricerca giuridica penalistica. Profili di diritto sostanziale*, cit., 17, sulla «pena carceraria d'autore» in qualche modo «compensata» dalla «realtà del carcere intermittente o “a titolo d'esempio” per soggetti normali e colletti bianchi, politici, *grand commis*, criminali internazionali e via dicendo».

¹⁴² E. LO MONTE, *Art. 659 c.p.: una fattispecie contro il disturbo delle persone che finisce per disturbare solo il giudice*, in www.giurisprudenzapenale.com, 4/2017, 1.

¹⁴³ C.E. PALIERO, *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed ‘effetti penali’ dei media)*, cit., 515: «“miglioramenti peggiorativi”, di matrice tipicamente simbolica» adottati dallo Stato nel contesto di «campagne per la sicurezza e l'ordine» (esemplificando con la *Three Strikes Law*).

¹⁴⁴ D. STASIO, *La «necessità» di prendere posizione contro il populismo penale*, in www.questionegiustizia.it, 2017, 1 sull'uso della «politica penale come una clava, a fini elettorali, facendosi scudo della sicurezza».

¹⁴⁵ M. DONINI, *Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, cit., 237.

¹⁴⁶ Su una «diffusa percezione soggettiva» del rischio da ignoto tecnologico, e sull'«ansia collettiva di allontanarlo, o meglio di scacciarlo definitivamente», F. D'ALESSANDRO, *Pericolo astratto e limiti-soglia. Le promesse non mantenute del diritto penale*, Milano, 2012, 277.

¹⁴⁷ A. BARATTA, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?*, in *Dem. e dir.*, 2000, II, 23 sui «limiti di una politica di sicurezza centralistica, tecnocratica e autoritaria».

¹⁴⁸ A. SESSA, *Controllo dei flussi migratori e sistema penale: la politica criminale delle “non scelte” alla prova della tenuta democratica del sistema*, cit., 532, nt. 63: «simbolismo penale che, nel risolvere problemi di ordine sociale come problemi di ordine pubblico, mortifica la dignità degli individui».

¹⁴⁹ M.L. FERRANTE, *Il pericolo del populismo penale nelle sue varie forme*, in www.dirittifondamentali.it, 2017, 19-20 sul populismo quale paradossale «mezzo per veicolare una forma anticostituzionale di elitarismo» (con riguardo a una «sistematica denigrazione dei “politici”, che vengono invitati in certe trasmissioni televisive al fine malcelato di porli in cattiva luce a scapito dei “salvatori della patria” [i magistrati inquirenti], che con le loro indagini combattono il malaffare ed evitano che l'Italia cada nel precipizio»).

– opportunistico¹⁵⁰ – dannoso¹⁵¹», «freudiano – affabulatorio – iperattivo – arcimboldesco»¹⁵², «irriflessivo – esasperato – enfatico – inconcludente»¹⁵³, «ermetico¹⁵⁴ – pagliaccesco – anormale – mostruoso¹⁵⁵», «neutralizzatore¹⁵⁶ – sensazionalistico – organizzatorio – scaricante¹⁵⁷»,

¹⁵⁰ G. FIANDACA, *Concezioni e modelli di diritto penale tra legislazione, prassi giudiziaria e dottrina*, in *Quest. giust.*, 1991, 20: potere politico incline a fare del diritto penale una «utilizzazione opportunistica orientata secondo un modello prevalentemente simbolico»; K. LÜDERSEN, *Über das Irrationale im Strafrecht*, in R. ZACZYK, M. KÖHLER, M. KAHLO (a cura di), *Festschrift für E.A. Wolff zum 70. Geburtstag am 1.10.1998*, Berlin, Heidelberg, New York, 1998, 326: scelte incriminatrici «noncuranti-opportunistiche, poco ponderate e in definitiva irrazionali»; G. DE SANTIS, *Il nuovo volto del diritto penale dell'ambiente*, cit., 26.

¹⁵¹ G. MARINO, *Il sistema antiterrorismo alla luce della l. 43/2015: un esempio di "diritto penale del nemico"?*, cit., 1395: «ipertrofia normativa [che] assume la triste colorazione del diritto penale simbolico, il quale, giuridicamente, non può fare altro che danni; esso rimane, tuttavia, un resistibile strumento politico per tacitare esigenze sociali di sicurezza pubblica».

¹⁵² C.E. PALIERO, *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed 'effetti penali' dei media)*, cit., 498: nella percezione sociale, forzata dai media (sul cui «carattere affabulatorio» e sulla cui «iperattività nella funzione comunicativa» rispettivamente 470 e 515), «sempre più frequentemente si susseguono in progressione logica, in una sorta di schema psicoterapeutico di 'libere associazioni' freudiane, i lessemi immigrazione-terrorismo-guerra-nemico»; 537: «millantata riforma della 'lotta al recidivismo' (e ai rei 'non galantuomini') attraverso un'arcimboldesca 'prescrizione à la carte'»; E. GLIOZZI, *Legalità e populismo. I limiti delle concezioni scettiche del diritto e della democrazia*, cit., 6: uso elettorale e televisivo di metodi pubblicitario-manipolatori tesi ad alimentare «la visibilità, la notorietà degli uomini politici», sino a trasformare «il dibattito politico in affabulazione e l'uomo politico in un personaggio nel quale gli elettori possano identificarsi».

¹⁵³ T. PADOVANI, *Sicurezza pubblica: quel collasso dei codici "figlio della rincorsa" all'ultima emergenza*, cit., 11: «Dovremo forse recuperare i dibattiti parlamentari dell'età crispina: chissà che non riusciamo a trarne un qualche giovamento. Teste pensanti non mancavano, allora»; «Il diritto penale simbolico si alimenta di casistiche esasperate, di ipertrofie retoriche, di enfattizzazioni inconcludenti».

¹⁵⁴ C. RUGA RIVA, *Il nuovo disastro ambientale: dal legislatore ermetico al legislatore logorroico*, cit., 4635.

¹⁵⁵ M. PAVARINI, *Un arte abyecto. Ensayo sobre el gobierno de la penalidad*, cit., 105 e 106.

¹⁵⁶ G. MARINO, *Il sistema antiterrorismo alla luce della l. 43/2015: un esempio di "diritto penale del nemico"?*, cit., 1424-1426: legislazione antiterrorismo riformata in

«allocutorio¹⁵⁸ – lamentoso – paranoico – aggressivo¹⁵⁹», «formale – pronò – passivo – stabilizzante»¹⁶⁰, «ingessato – proteiforme – com-

chiave solo simbolista dalla 153/2016, per l'adozione di «un'ottica strettamente neutralizzatrice» (1425), dimentica di prospettive di inclusione e coesione sociale.

¹⁵⁷ M. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Napoli, 2009, 57, nt. 127 sui *mass media* e sul loro «ruolo decisivo nella rappresentazione delle vicende giudiziarie, perché oggi è più la rappresentazione dei processi che non i processi stessi a produrre le sensazioni del pubblico e a organizzarne il significato, avvertendo su cosa è 'giusto' (o politicamente corretto) o meno provare di fronte a determinate situazioni»; 79 sull'irrigidimento, nella «tarda modernità italiana», della linea che separa «i 'fortunati', quelli che se la caveranno con poco, che potranno beneficiare del silenzio massmediatico e dell'indulgenza giudiziaria nonostante la gravità dei fatti contestati, e quelli che invece andranno a ingrassare le fila dei 'nemici' (pedofili, mafiosi, terroristi, recidivi), su cui l'opinione pubblica potrà scaricare le proprie angosce securitarie». Cfr. M. BERTOLINO, *Privato e pubblico nella rappresentazione mediatica del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 1081: «la logica della vendita, che privilegia il sensazionalismo, prevale su quella della corretta informazione, pubblicizzando un'immagine del reato che non corrisponde alla realtà e non solo in termini quantitativi, ma anche e soprattutto in termini qualitativi»; EAD., *Giustizia narrata o giustizia tradita?*, cit., in partic. 622 sul concentrarsi dei *media* nei confronti di reati «notiziabili nella forma del sensazionalismo». Su una (in parte) diversa amplificazione sensazionalistica, quella tipica delle crociate morali, C.E. PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, cit., 882, specificando come la relativa «mobilitazione di consenso» si traduca «in una *domanda di pena* per condotte generalmente atipiche rispetto ai classici modelli penalistici, o il cui '*bisogno di pena*' (si pensi, emblematicamente, all'aborto) è fortemente controverso nella società»; 914 su un «fenomeno di '*cagliatura*' del consenso: trasmutazione di un consenso legittimo su di una legislazione strumentale a protezione delle libertà individuali in un consenso sensazionalistico su di una legislazione simbolica '*di ordine pubblico*' (*law-and-order-crusades*)».

¹⁵⁸ G. INSOLERA, *Qualche riflessione sul diritto penale nella "Democrazia del leader"*, cit., 171: «quotidiana allocuzione televisiva (più *twitter*, *facebook*, etc.)» che so-spinge l'odierna «produzione del penale».

¹⁵⁹ E. LO MONTE, *Politiche neo-liberiste e questione criminale nella post-modernità (dall'atrofia dello Stato sociale di diritto all'ipertrofia dello Stato penale)*, cit., 763 sul fomento mediatico di «una sorta di geremiade paranoica – fondata, del resto, sull'assenza di presupposti empirici – che ha rappresentato, per il legislatore, l'*humus* ideale al fine di ribadire una lunga serie di misure repressive, sulla cui effettività molto vi è da riflettere»; 764: nell'ottica della «tolleranza zero», «la ricerca di razionali soluzioni politico-criminali, lascia il campo ad un linguaggio aggressivo di tipo esclusivamente sanzionatorio, in grado, forse, di riempire le prime pagine dei giornali, distogliendo, così, le attenzioni della collettività da altre, tutto sommato, più serie questioni».

plesso – fantasmagorico»¹⁶¹, «delatorio – reattivo – surrogatorio – solidaristico»¹⁶², «ulissidico»¹⁶³ – routinario – contraddittorio¹⁶⁴ – oltranz-

¹⁶⁰ A. SESSA, *Controllo dei flussi migratori e sistema penale: la politica criminale delle “non scelte” alla prova della tenuta democratica del sistema*, cit., 525: «il potere formale (politica e diritto), fuorviato da istanze di percezione soggettiva di insicurezza sociale, sembra assecondare passivamente le attese dell’altro potere, quello reale (l’economia)»; ovvero, precetto penale che «finisce per ergersi anche a discutibile strumento di stabilizzazione economica». Altresì G. MARINO, *Il sistema antiterrorismo alla luce della l. 43/2015: un esempio di “diritto penale del nemico”?*, cit., 1395: «foga del legislatore di dare risposte, più politiche che giuridiche, alla popolazione destabilizzata da [...] sconvolgenti accadimenti».

¹⁶¹ D. BRUNELLI, *Paradossi e limiti della attuale realpolitik in materia penale*, cit., 383: diritto penale dei nostri tempi «ingessato, proteiforme, complesso, fantasmagorico: una sorta di supermarket dove si trova di tutto e a buon prezzo. Un diritto penale non di lotta, ma “di governo”».

¹⁶² C.E. PALIERO, *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed ‘effetti penali’ dei media)*, cit., 533: sistema penale, «nella sua componente giudiziale-inquisitoria», incline a strumentalizzare i *media* attraverso la «creazione di un generalizzato clima di *delazione reattiva* (conseguente ad artefatte iperrappresentazioni dell’efficacia inquisitoria)»; 529: modernizzazione del sistema penale nel segno del «passaggio da una comunicazione *reale*, a *destinatari reali* [...], a una comunicazione *artificiale*, di tipo *mimetico*, a *destinatari fittizi*, o *surrogati*»; 531: funzione «*solidaristica* sui crimini a vittima diffusa (terrorismo *in primis*)», ascrivibile al sistema mediatico.

¹⁶³ L. MONACO, C.E. PALIERO, *Variazioni in tema di “crisi della sanzione”: la diaspora del sistema commisurativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 450: «*sanzioni simboliche* [...] fra le quali era apparsa emblematica l’*autoterapia* escogitata dal legislatore sulla droga (art. 76 comma 7° d.P.R. 9 ottobre 1990 n. 309) per criminalizzare il tossicodipendente».

¹⁶⁴ C.E. PALIERO, *Oggettivismo e soggettivismo nel diritto penale italiano. Lezioni del corso di diritto penale progredito*, cit., 41-42: simbolico quel «versatile segmento di legislazione penale che attraversa, nella prassi, tanto la legislazione penale di ispirazione assiologica, quanto la legislazione penale di ispirazione affettiva o tradizionale (in particolare, con riguardo a quest’ultima, il riferimento è alla legislazione penale c.d. *di routine o rituale*, comprensiva di fattispecie classiche di reato fisiologicamente abbinata ad un altissimo tasso di cifra nera, ma rispetto alle quali, in contingenze particolari, il senso di riprovazione sociale si acuisce e traduce in una forte richiesta di pena)»; 42-43 sulla «combinazione – che è alla radice della legge ‘simbolica’ – fra pura affermazione di un *valore* e modulo di comunicazione *contraddittorio*», a causa di «una *duplicità* di *comunicazioni contestuali* e *sovrapposte* (per la ‘duplicazione’ dei *destinatari*, uno apparente e l’altro reale, o la ‘duplicazione’ dei *messaggi*, uno manifesto e l’altro latente)».

sta¹⁶⁵», «intrigante – percettivo – soggettivistico – compromettente»¹⁶⁶, «liguorino¹⁶⁷ – protezionistico – carismatico – delfico¹⁶⁸», «inattendibile – pecuniario – ordinatorio – neutro»¹⁶⁹, «afilosofico – savonaroliano – sostitutivo – leaderistico»¹⁷⁰, «minotaurico – sproorzionato – virale –

¹⁶⁵ G. DE FRANCESCO, *Punibilità*, Torino, 2016, 77: «la giustizia, senza smarrire il proprio ruolo e la propria vocazione, deve, tuttavia, sottrarsi ad una visione ciecamente 'oltranzista'».

¹⁶⁶ A. SESSA, *Controllo dei flussi migratori e sistema penale: la politica criminale delle "non scelte" alla prova della tenuta democratica del sistema*, cit., 524: «strategie rispondenti ad una nuova stagione caratterizzata da una intrigante politica criminale delle "non scelte"; «percezioni soggettive di insicurezza» valorizzate da «un'istanza di criminalizzazione puramente simbolica»; «approccio che, ormai fisiologicamente emergenziale, finisce per arricchirsi di una conseguente inevitabile compromissione della tenuta democratica del sistema». Cfr. C.E. PALIERO, *Il diritto liquido. Pensieri post-demasiani sulla dialettica delle fonti penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1120-1121: «venti di criminalizzazione, di esclusiva fonte europea», al fischio dei quali «le necessarie valutazioni di meritevolezza e bisogno di pena si sganciano dal concetto di reale "dannosità sociale" per poggiare sulla mera percezione di "irritabilità sociale"».

¹⁶⁷ L. EUSEBI, *L'insostenibile leggerezza del testo: la responsabilità perduta della progettazione politico-criminale*, cit., 1683-1684: «Non abbiamo bisogno di un diritto penale che [...] mediante qualche condanna eclatante consenta all'intera società di salvarsi l'anima per il non aver fatto nulla, prima, onde scongiurare attività pericolose o rendere impraticabile il malaffare».

¹⁶⁸ D. PULITANÒ, *Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, cit., 123: «Aspetto ricorrente del populismo è una sorta di protezionismo affidata a un capo carismatico, interprete del sano sentimento del popolo».

¹⁶⁹ M. DONINI, «Danno» e «offesa» nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell'«offense» di Joel Feinberg, cit., 1563, nt. 34: «oggi accade spesso che l'ordinamento penale non sia credibile, ed esattamente per questo non applica sanzioni veramente criminali, ma solo pecuniarie o simboliche rispetto a comportamenti solo trasgressivi o eticamente neutri».

¹⁷⁰ G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, cit., 49: «Il legislatore contemporaneo [...], mentre con una mano elimina vecchi reati, con l'altra ne aggiunge sempre di nuovi: e li aggiunge senza una visione d'insieme, senza ancorarsi ai principi di una qualche "filosofia penale", per lo più sotto la spinta di preoccupazioni politiche contingenti e su frequente sollecitazione del sistema mediatico»; X: «gravi effetti negativi provocati dalla tentazione di caricare la giustizia penale di funzioni improprie di carattere latamente politico o etico-pedagogico»; 58: magistero punitivo piegato al ruolo di «educatore morale della popolazione adulta»; 82: «questa pretesa di utilizzare il codice penale come una sorta di etica pubblica sostitutiva, oltre a conferire al potere giudizia-

campanilistico»¹⁷¹, «veloce – capitalistico – destabilizzante – sistemico»¹⁷², «deformante»¹⁷³ – potente – suggestivo – indulgenzialistico»¹⁷⁴»,

rio un indebito ruolo di autorità morale, è illusoria perché si chiede al diritto quel che esso in realtà non può dare»; 122: «tendenza alla personalizzazione, al leaderismo e alla mediatizzazione dell'agire politico»; 135: «i magistrati, in larghissima maggioranza, non sono dotati – al di là delle loro competenze professionali (non sempre, peraltro, di elevato livello) – di conoscenze, di capacità intellettuali e di inclinazioni morali superiori a quelle possedute dalla media delle persone; e, per di più, la loro mente è riempita di idee partigiane e punti di vista opinabili come quella di ogni altro cittadino. Come potrebbero, quindi, pretendere di essere i migliori interpreti del bene comune? Piuttosto, incombe il rischio concreto che una giustizia penale caricata di compiti palinogenetici provochi – alla fine – ulteriori effetti gravemente distorsivi del funzionamento complessivo del sistema democratico».

¹⁷¹ A. SESSA, *Controllo dei flussi migratori e sistema penale: la politica criminale delle “non scelte” alla prova della tenuta democratica del sistema*, cit., 528: «“minotaurica” attenuante richiamata dal nuovo art. 603 bis 1 c.p.»; 530: «marcata sproporzione tra il disvalore caratteristico di reati di mera disobbedienza ed il tipo di sanzione ed esecuzione ad essi riferibile» quale «fattore necessario ad alimentare quel simbolismo penale che nella incriminazione della percezione di insicurezza trova [...] germi paternalistici ed eticizzanti»; 531: simbolismo come «chiara minaccia alla tenuta della democrazia penale e della democrazia cosmopolitica»; R. FLOR, *Autore (diritto di) (diritto penale)*, in *Enc. dir. Annali*, X, Milano, 2017, 134: «*de iure condito* viene attribuita una iper-tutela complessa alla componente patrimonialistica dei diritti d'autore, che opera in via sproporzionatamente anticipata, sino a ricomprendere nella tutela penale le forme di autotutela tecnologica che, già di per sé, dovrebbero essere considerate eccezionali».

¹⁷² A. SESSA, *Controllo dei flussi migratori e sistema penale: la politica criminale delle “non scelte” alla prova della tenuta democratica del sistema*, cit., 525: «diritto penale a due velocità votato [...] non al capitalismo processuale in funzione sanzionatoria, ma al recupero di misure sanzionatorie solo sostanzialmente penali»; 526: criminalizzazione della clandestinità come «fattore di destabilizzazione sistematica» ovvero come «conferma di una sistematica penalità simbolica, direttamente incidente sulla democraticità dell'ordinamento».

¹⁷³ D. PULITANÒ, *La cultura giuridica e la fabbrica delle leggi*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2015, 10: «L'aspetto simbolico, che pure è terreno di pericolose (o inutili) deformazioni del sistema penale, è un aspetto non trascurabile per una efficace comunicazione politica, anche a livello legislativo».

¹⁷⁴ G. FIANDACA, *Concezioni e modelli di diritto penale tra legislazione, prassi giudiziaria e dottrina*, cit., 19: «l'interesse dei partiti politici si risveglia quanto più il ricorso al diritto penale può essere strumentalizzato in vista di vantaggi politici contingenti, a tal fine sfruttando le notevoli risorse simboliche del “penale” in funzione di potente e suggestivo messaggio all'opinione pubblica o a specifici settori di essa. [...]

«farmaceutico¹⁷⁵ – effimero – coagulante¹⁷⁶ – neocorporativistico¹⁷⁷», «sanguivoro¹⁷⁸ – subdolo – titillatorio¹⁷⁹ – leboniano¹⁸⁰», «decisivo – speciale¹⁸¹ – referendario¹⁸² – tribale¹⁸³», «urlato – infantilizzante – fia-

A sua volta, a seconda dei casi e delle contingenze, questo orientamento in chiave strumentalizzatrice può privilegiare ora le valenze repressive, ora l'ottica risocializzatrice, ora persino i cedimenti indulgenzialistici del sistema penale».

¹⁷⁵ V. MANES, *La riforma della disciplina sanzionatoria in materia di stupefacenti. Frasarario essenziale alla luce dei principi di offensività, proporzione e ragionevolezza*, cit., 130: «nella simbologia propagandistica la pena è ancora la sostanza più *addictive* della farmacopea sanzionatoria».

¹⁷⁶ A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e politica criminale*, cit., 568-569: leggi votate a un «effimero che, ineffettivo sul piano della risoluzione dei conflitti sociali, conduce alla strumentalizzazione dell'individuo nella misura in cui la forza simbolica e la capacità mediatica del diritto penale nascondano alla società il suo stato di inadempienza ai fondamentali doveri di conformazione politico-sociale tracciati dalla Costituzione»; 570 sulla costruzione di incriminazioni penali finalizzate all'«obiettivo squisitamente politico» di «coagulare» sentimenti di rinnovata fiducia nel sistema e nel Potere.

¹⁷⁷ M. PAVARINI, *Un arte abyecto. Ensayo sobre el gobierno de la penalidad*, cit., 45.

¹⁷⁸ L. EUSEBI, *La «nuova» retribuzione*, cit., 115: «Dalla interpretazione di qualsiasi intento rieducativo come adeguamento coatto dell'individuo alle esigenze della struttura sociale – a sua volta ingiusta e criminogenetica, grazie ai suoi meccanismi di sfruttamento e stigmatizzazione – deriva [...] la caduta degli stessi presupposti ideali sui quali si era fondata [...] la speranza nella possibilità di una evoluzione *interna* al sistema penale, tale da condurre il medesimo ad affrancarsi sempre più dal concetto di retribuzione».

¹⁷⁹ M. BERTOLINO, *Giustizia narrata o giustizia tradita?*, cit., 614: linguaggio massmediatico «subdolo», «come emblematicamente avviene quando la notizia o la rappresentazione del crimine viene ideologizzata, ad esempio sottolineando, enfatizzando la componente etnica dell'autore del fatto»; 613: «immediatezza, drammatizzazione, personalizzazione, semplificazione, titillazione, convenzionalismo, accesso controllato alle notizie, novità» come imperativi-guida dei (*infra*, II.8.3) «simbolici» *massmedia*.

¹⁸⁰ E. GLIOZZI, *Legalità e populismo. I limiti delle concezioni scettiche del diritto e della democrazia*, cit., 7: «apparirebbe un illuso il politico che, per vincere la gara, si affidasse alla persuasione razionale degli elettori; mentre all'altezza di quanto richiede il successo in politica risulterebbe il *meneur des foules* teorizzato alla fine dell'Ottocento da Gustave Le Bon».

¹⁸¹ V. MILITELLO, *Diritto penale del rischio e rischi del diritto penale fra scienza e società*, in C.D. SPINELLIS, N. THEODORAKIS, E. BILLIS, G. PAPADIMITRAKOPOULOS (a

besco – astratto»¹⁸⁴, «odioso – occasionale¹⁸⁵ – pulviscolare¹⁸⁶ – cortocircuitante¹⁸⁷», «cigolante¹⁸⁸ – sterile¹⁸⁹ – immunizzante – barbarico¹⁹⁰»,

cura di), *Europe in crisis: crime, criminal justice, and the way forward. Essays in honour of Nestor Courakis*, Athens, 2017, 234: «L'effetto attrattivo del diritto penale si inquadra nell'uso politico più generale del ricorso alla sicurezza. Si tratta di contesto che nelle società democratiche contemporanee si presta ad affrontare i problemi più svariati in termini carichi di significati emozionali, tali da richiedere risposte “immediate, decisive e speciali”: in Italia, ad esempio, non è raro che la questione della sicurezza venga qualificata come “grave emergenza nazionale” per attribuirle priorità nel novero degli obiettivi dell'azione pubblica» (con rinvio a Loader e Walker per la prima locuzione virgolettata).

¹⁸² G. MARINUCCI, *L'abbandono del codice Rocco: tra rassegnazione e utopia* (1981), in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, cit., 329 sul «terrore statale»/inasprimento editale dei «livelli astronomici del codice Rocco», fomentato dagli «apprendisti stregoni della politica penale referendaria»; C.E. PALIERO, *Oggettivismo e soggettivismo nel diritto penale italiano. Lezioni del corso di diritto penale progredito*, cit., 77: «una politica criminale che si affidasse esclusivamente ai bisogni di pena espressi a livello sociale finirebbe per connotarsi in senso ‘referendario’, basandosi sull'ondivaga e precaria approvazione popolare».

¹⁸³ M. DONINI, *Massimo Pavarini e la scienza penale. Ovvero, sul valore conoscitivo dell'antimoderno sentimento della compassione applicato allo studio della questione criminale*, cit., 17: «L'ipotesi [di Pavarini] è che nonostante la laicizzazione e razionalizzazione della pena che la modernità ha strenuamente tentato e in realtà fallito di realizzare, [la pena] rimanga una categoria antropologica di natura diciamo (con parole nostre) tribale».

¹⁸⁴ T. PADOVANI, *Alla ricerca di una razionalità penale*, cit., 1090: diritto penale come «diritto che grida forte “arrivano i nostri” (anche se tutto si risolve poi, spesso, nel grido). [...] Ma non solo ha questa capacità evocativa, ha anche una capacità illusoria che degrada il destinatario, il fruitore del messaggio, a bambino di cui soddisfa l'io desiderante. Lo soddisfa attraverso il racconto di una fiaba, che è la fiaba del diritto penale simbolico, dato che il diritto penale sembra poter produrre il massimo risultato col minimo sforzo e costituire un mezzo economico rispetto a politiche di reale, concreto, costoso impegno sociale».

¹⁸⁵ C. LONGOBARDO, *Sistematica e politica criminale: un ritorno, poco auspicabile, all'irriducibilità del binomio?* (Aa. Vv., *La riforma della legislazione penale complementare. Studi di diritto comparato. A cura di M. Donini, CEDAM, Padova, 2000*), in *Crit. dir.*, 2002, 392: sanzioni penali «odiosamente applicate in quanto soltanto occasionali o simboliche».

¹⁸⁶ G. FORTI, *Le tinte forti del dissenso nel tempo dell'ipercomunicazione pulviscolare. Quale compito per il diritto penale?*, cit., 1034.

«supplementare¹⁹¹ – empatico¹⁹² – endopenalistico – autoriflessivo¹⁹³»,
«melmoso¹⁹⁴ – brutale – doloroso – malato¹⁹⁵».

¹⁸⁷ C.E. PALIERO, *Metodologie de lege ferenda: per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*, cit., 518-519: «sono i tipi, i modelli positivi delle sanzioni di volta in volta prescelte, implementate ed applicate a dettare le condizioni di possibilità – *rectius*, di probabilità [...] di un sistema di tutela penale che voglia evitare il cortocircuito della legislazione simbolica»; 523 sulla «difficoltà di contemperare le esigenze di garanzia [...] con le pretese di efficienza ed effettività del sistema penale», e relativi rischi di cortocircuiti simbolici nello sviluppo di questa bipolarità.

¹⁸⁸ M. BERTOLINO, *Privato e pubblico nella rappresentazione mediatica del reato*, cit., 1070: «il cancello del regno della pena sembra aprirsi e chiudersi a fatica e il suo movimento appare a volte guidato da forze irrazionali e incontrollate, mentre i cardini su cui esso ruota cigolano paurosamente. A volte il cancello rimane inspiegabilmente aperto, consentendo la fuga dalla giustizia penale di chi dovrebbe invece presentarsi al cospetto di essa ovvero di chi già ad essa si è presentato, altre volte rimane inesorabilmente chiuso, segregando all'interno del regno da esso custodito chi è incappato nelle maglie della giustizia penale».

¹⁸⁹ G. DE SANTIS, *Il nuovo volto del diritto penale dell'ambiente*, cit., 42, che ritiene l'art. 727-bis c.p. («Uccisione, distruzione, cattura, prelievo, detenzione di esemplari di specie animali o vegetali selvatiche protette») affetto da «gigantismo» e da «simbolismo (sterile)».

¹⁹⁰ T. PADOVANI, *Riflessioni conclusive*, in G. DE FRANCESCO, A. GARGANI (a cura di), *Evoluzione e involuzioni delle categorie penalistiche*, cit., 252 circa «lo sforzo di avviare lungo la china del conflitto civile la microcriminalità insorta tra privati (elaborando una sanzione punitiva “civile” che è in realtà penale, e per giunta rivolta a beneficio dello Stato). Un congegno destinato a immunizzare i ricchi (perché i poveri non saranno in grado di affrontare le spese di un giudizio civile) e, nel contempo, a immunizzare anche i poveri (che non saranno in grado di pagare né le somme dovute per il risarcimento, né quelle prescritte a titolo di sanzione punitiva). In pratica il conflitto dovrà essere risolto con mezzi extragiuridici: secondo la legge della giungla, probabilmente. Per un ordinamento barbarico in piena decadenza si tratta di una prospettiva accettabile, e degna».

¹⁹¹ G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, cit., 111-112: «Poco propensi a distinguere tra diritto penale e morale, e soprattutto tra diritto penale ed etica pubblica, sono oggi – oltre a buona parte degli intellettuali (anche progressisti) e degli esponenti del mondo giornalistico – molti magistrati, sia requirenti sia giudicanti: nelle requisitorie e nelle sentenze è, infatti, tutt'altro che infrequente la tendenza a debordare dalla stretta qualificazione penalistica dei fatti e ad emettere supplementari giudizi etico-sociali di rimprovero o biasimo nei confronti degli autori, bollati, oltre che come delinquenti, col marchio di individui eticamente riprovevoli».

Si potrebbe, volendo, continuare...

Ma, senza cercare un numero penalisticamente simbolico¹⁹⁶, chiuderei la nostra rassegna a 512 aggettivi (peraltro, un cubo perfetto...), con un interrogativo: tali qualifiche riferite, espressamente ovvero attraverso

¹⁹² A. DI MARTINO, «*Rivoltersi nella feccia di Romolo*». *Lessico di legge, situazioni di stallo, aporie del "trattamento"*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 4/2015, 292: «fraseggio empatico», caratteristico dell'ordinamento penitenziario, volto a «esprimere la realtà esattamente come la produce il gioco di un illusionista»; G. FORNASARI, F. PESCE, *Il legislatore alla scuola della razionalità (tra luci e ombre). Il modello di analisi economica del diritto penale applicato ad alcune esperienze legislative*, cit., 423: «La paura per il crimine, l'empatia per le vittime e per i loro familiari, la rabbia rispetto ai criminali violenti sono state certamente le molle che hanno portato consenso a questa legislazione, ma non si sono dati elementi razionali di valutazione, che avrebbero potuto essere rappresentati dalle seguenti domande: che tasso di riduzione del crimine ci si poteva aspettare con l'applicazione della legge dei Three Strikes? Quanto sarebbe costata? Che alternative ci sarebbero state? Da dove sarebbero stati presi i fondi necessari?»; A. MANNA, *Tutela penale della personalità*, Bologna, 1993, 31: «La realtà normativa in cui "viviamo" è espressione dell'esatto contrario di una impostazione penale in termini razional-illuministici. Si è di fronte ad un dirompente atteggiamento del legislatore di tipo emotivo, irrazionale, simbolico» (v. ancora 31-39); C. RUGA RIVA, *L'impianto della legge n. 48/2017, la nozione di "sicurezza urbana" e le sanzioni previste per la sua violazione*, in C. RUGA RIVA, R. CORNELLI, A. SQUAZZONI, P. RONDINI, B. BISCOTTI, *La sicurezza urbana e i suoi custodi (il sindaco, il questore e il prefetto). Un contributo interdisciplinare sul c.d. decreto Minniti*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2017, 4: «La sicurezza urbana si atteggia come bene giuridico onnivoro, tanto ampio da promettere scarsissima capacità selettiva rispetto a comportamenti predeterminati, e non privo di venature estetiche (il "decoro delle città") e soggettivo-emozionali (la "vivibilità")» (v. anche 5: sicurezza urbana come «contenitore emotivo che vorrebbe riassumere un sentimento collettivo»).

¹⁹³ O. DI GIOVINE, *Un diritto penale empatico? Diritto penale, bioetica e neuroetica*, Torino, 2009, 74 su «il fallimento delle prospettive endogiuridiche» (o «giuridico-autoriflessive»).

¹⁹⁴ C. BERNASCONI, *Il modello della tipicità umbratile nella recente legislazione penale*, cit., 418.

¹⁹⁵ *Supra*, rispettivamente I.1 e I.3, io stesso ho ricordato la inevitabile caratteristica del diritto penale di essere «mezzo molto doloroso, rozzo e brutale» e ho ironizzato, con Castronuovo, sulla «depressione lavoro-correlata» causata da un diritto penale indeterminato, simbolico e a sua volta malato.

¹⁹⁶ Sulla simbologia dei numeri, «nella mitologia del sacrale come in quella del fantasy», C.E. PALIERO, *La società punita: del come, del perché, e del per cosa*, cit., 1516.

so il giro della frase o dei concetti, al diritto penale *simbolico* non sono in realtà spesso pensate in rapporto al diritto penale *tout court* (la cattiva coscienza di ogni penalista...) ¹⁹⁷?

Fosse vero ciò, avremmo anche una (molteplice...) indicazione, per il momento in via aggettivale, che il penale è simbolo: simbolo che non sembra implausibile ritenere vada tematizzato, non necessariamente solo censurato; ma queste riflessioni formeranno oggetto del cap. III e della *pars construens*, mentre qui dobbiamo avanzare con la “distruzione” del simbolismo: e, così, dagli aggettivi passiamo a una classificazione categoriale.

3. Criteri oggettivi, soggettivi e misti di classificazione della simbolica penale

Ordinare per classi tipologiche le espressioni di legislazione simbolica ¹⁹⁸ giova innanzitutto alla *astratta conoscenza* (scandagliare la pato-

¹⁹⁷ In arg. L. MEYER-GOSSNER, *Jurist mit schlechtem Gewissen?*, in M. HEGER, B. KELKER, E. SCHRAMM (a cura di), *Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag*, München, 2014, 61-68.

¹⁹⁸ Precisazioni sull'opportunità di distinguere «legislazione simbolica» e «leggi simboliche» in H. KINDERMANN, *Symbolische Gesetzgebung*, cit., 225 (riprendendo uno spunto di P. NOLL, *Symbolische Gesetzgebung*, cit., 355-356): le leggi hanno talvolta una lunga e mutevole «carriera», nel corso della quale, a fronte di un testo immutato, possono *acquire* un significato simbolico che prima non avevano o, viceversa, *perdere* il loro originario carattere simbolico; la questione circa il significato simbolico di una legge andrebbe perciò posta in riferimento a concreti frangenti temporali, mentre il sintagma legislazione simbolica potrebbe essere usato correttamente solo qualora la dimensione simbolica costituisca l'intenzione del legislatore storico o fosse stata almeno oggetto di precisa rappresentazione nell'atto di emanare la legge; v. anche C. VON DEWITZ, *NS-Gedankengut und Strafrecht*, cit., 272-274. *Contra*, condivisibilmente, M. NEVES, *Symbolische Konstitutionalisierung*, cit., 34, che propende dunque per un concetto ampio di leggi simboliche comprensivo sia, per dir così, di quelle *a titolo originario* sia di quelle *a titolo derivativo*, potendosi in tal modo meglio evidenziare lo sconfinamento simbolico che talvolta si annida nell'*apparente carattere strumentale*; come riconosce lo stesso Kindermann, del resto, l'*intentio legislatoris*, che pur può rivestire un ruolo di chiusura (*Schlüsselfunktion*) in chiave ermeneutica, non possiede valore incontrovertibile. In senso abbastanza simile J.L. DÍEZ RIPOLLÉS, *Symbolisches Stra-*

logia è di per sé un prezioso servizio a favore dei consociati: *Fëdor Dostoevskij*, penalista *ad honorem*, ci ha insegnato il valore della penetrazione nell'oscuro e perfino nel perverso dell'animo umano, relativizzando in qualche misura dall'interno il «La bellezza salverà il mondo»¹⁹⁹; affina la precisione: *bene iudicat qui bene distinguit*; evita la formulazione di una critica-*omnibus*, come tale *generica* e in definitiva pronosticabile di risultare *inascoltata*; aggiunge frecce nella faretra dell'interprete-critico, che dalla mera censura intenda passare a *specifiche* proposte migliorative in dialogo con gli altri formanti²⁰⁰.

Esatta questa premessa,

- a) Un primo schema classificatorio potrebbe a mio parere abbozzarsi pensando a una *quadripartizione* tra norme simboliche *in senso strettissimo*, come quelle con cui «simbolicamente» si punisce l'«impiego di segni distintivi [simboli, quindi] riferibili a organizzazioni incostituzionali» (§ 86a *StGB*)²⁰¹: la repressione penale rappre-

frecht und die Wirkungen der Strafe, cit., 520, nt. 10, il quale, pur rilevando come le nozioni di strumentale, espressivo, simbolico, integrativo non designino propriamente le *conseguenze* di un dato provvedimento legislativo, giudiziale o amministrativo, ma il *provvedimento stesso*, abbraccia il riferimento che generalmente con questi termini si fa agli effetti.

¹⁹⁹ Sulla polifonia – anche penalistica – dostoevskijana A. DELL'ASTA, *Dostoevskij e l'al di là della legge e della trasgressione della legge*, in G. FORTI, C. MAZZUCATO, A. VISCONTI (a cura di), *Giustizia e letteratura*, I, cit., 70-83; A. PROVERA, *Razionalità del crimine e significato della pena in Dostoevskij*, *ivi*, 84-89 che, in particolare, ricostruisce la visione criminalistica dello scrittore russo come «tentativo di razionalizzazione dell'irrazionale» (85). Anche la simbolica penale “condensa” *ponderazione e impulso*, quest'ultimo comunque prevalente in seno al precipitato “tecnico” della *paura* (su *mala in se, mala quia prohibita* e fonti rispettivamente integrate da ansie sociali e ansie statali v. *infra*, II.6).

²⁰⁰ Nella logica di R. Sacco, che qui si accoglie; abbiamo visto *supra* (I.1) come fra i penalisti si faccia invece strada l'idea del formante (giurisprudenziale, in specie) quale «ossimoro manifesto» o «deformante».

²⁰¹ A riguardo F.-C. SCHROEDER, *Symbolisches Strafrecht – symbolische Straftaten*, in F. HERZOG, U. NEUMANN (a cura di), *Festschrift für Winfried Hassemer*, Heidelberg, 2010, 619-620, che vede nel § 86a il «reato simbolico *par excellence*» e precisa che proprio per la *duplice portata simbolica*, dell'oggetto del divieto e del divieto stesso, la relativa applicazione dovrà essere circoscritta ai segni distintivi dotati di «un certo grado di riconoscibilità», difettando in quelli poco conosciuti la «peculiare funzione simbolica». Sul «potenziale indebolente la democrazia» (624) di una disposizione imper-

senta in questo caso *simbolo contrario* rispetto al referente simbolico che si intende contrastare; norme simboliche *in senso stretto* dove, pur non venendo in evidenza la “corrispettività” appena segnalata, sul piano del *globale assetto di tutela* identicamente la dimensione simbolica costituisce obiettivo *intenzionale e immediato, storicamente o attualmente*, perseguito; norme simboliche *in senso ampio*, che si caratterizzano per un’ispirazione ideale a Carta fondamentale, ragione e priorità del ruolo del bene giuridico e che ciononostante costringono a registrare *preterintenzionali*, ma in assoluto *non insignificanti*, effetti simbolico-negativi; norme simboliche *in senso amplissimo*, dove il simbolismo è sì presente perché l’uomo, con *Ernst Cassirer*, è costruttore di simboli (*animal symbolicum*)²⁰²,

niata su un mero «scopo aggressivo simbolico» (620), quale il vilipendio di emblemi dello Stato ex § 90a co. 1 n. 2 *StGB*, di cui si auspica perciò la depenalizzazione (623-624), M. VORMBAUM, *Strafbare Nationalismus-Kritik? Zur Verunglimpfung staatlicher Symbole (§ 90a I Nr. 2 StGB)*, in *Goldammer’s Archiv für Strafrecht*, 2016, 609-624. Per una legittimazione della tutela di simboli propriamente intesi, sul presupposto però di un orientamento alle conseguenze canalizzato in termini di disvalore d’azione e di disvalore d’evento, e relativa plausibilità dell’esclusiva creazione di «fattispecie-ostacolo rispetto a pericoli più significativi per la pace sociale» (1586-1587), M. DONINI, “Danno” e “offesa” nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell’“offense” di Joel Feinberg, cit., 1567, 1585-1587. Più convintamente A. PAGLIARO, *Verso un nuovo codice penale? Itinerari - Problemi - Prospettive*, cit., 20: «un simbolo è anch’esso un bene giuridico: simbolo è il segno di un valore, e tutelare il segno vuol dire tutelare il valore. Meglio tutelare penalmente i segni e i valori di una civiltà – perché una civiltà è fatta non solo di beni materiali, ma soprattutto di valori – meglio questo, che accettare una barbarie materialistica, senza segni e senza valori. Un esempio illuminante si può avere nella tutela dei sepolcri: certo, la tutela del sepolcro è la tutela di un simbolo, ma chi sarebbe disposto a rinunciare alla tutela del sepolcro?». Nella prospettiva del pubblicista, su simboli appartenenti alla storia di un dato Paese e come tali di tipo sacrale, al punto da rendere giustificata una tutela giuridica particolare, V. ITALIA, *I simboli nelle leggi*, cit., parte II, cap. I; nello studio di Italia, una istruttiva messa a confronto di simboli politici, simboli religiosi, simboli commerciali e simboli nell’amministrazione pubblica e più in generale (v. parte VI, cap. I) un’analisi sul tema, evocato in questa nota, della *riconoscibilità – ma anche della congenita e paradossale sfuocatura – quale proprietà del simbolo*.

²⁰² Il concetto è ripreso in ambito giuridico nella monografia di M. NEVES, *Symbolische Konstitutionalisierung*, cit., 15-16.

ma ove *Costituzione, ragione e bene giuridico specifico* rivestono, negli *intendimenti* e nella *pratica*, ruolo *preponderante*²⁰³.

A parte la prima classe, evidentemente *rigida* perché vincolata a un *oggetto specifico*, le altre tre si presentano *mobili* ovvero dipendenti da *valutazioni soggettive* (in quale casella inserire per esempio la legislazione anti-immigrazione clandestina? Escluderei sin d'ora la quarta, ma *prima facie* si pone il dubbio sulla riconducibilità alla terza o, più verosimilmente comunque, alla seconda: torneremo sull'argomento)²⁰⁴; ugualmente, mi pare almeno in prima approssimazione utile rifarsi a una griglia che esprima *diversi gradi* di compatibilità con l'ideale di un *equilibrio* fra strumentale e simbolico (*rectius*: con l'ideale della *prevalenza* della protezione del bene giuridico, *senza sottostimare* o ridicolizzare aspetti riferibili a una «simbolica» e «integratrice» riaffermazione di valori).

Naturalmente, una simile paradigmatica di fondo potrà assumere maggiore consistenza e capacità di penetrazione nel momento in cui le quattro classi siano *incrociate* con gli ulteriori dati tecnici e politico-criminali che alimentano cautele verso il simbolismo penale, a partire dalle *forme di manifestazione* di cui si occuperà il par. 5.

- b) Minuziose differenziazioni tipologiche sono suggerite da *Elettra Stradella*, studiosa del diritto pubblico comparato come inquadramento scientifico-disciplinare, «penalista aggiunta» come sapienza e competenza.

L'autrice distingue tra norme simboliche *in senso stretto*, nelle quali «il diritto viene per così dire sostituito con il simbolo», ovvero «la legislazione è costituita dal messaggio in se stesso» (esempi sono rintracciati nell'incriminazione autonoma dell'incendio boschivo, o nella complessiva disciplina sanzionatoria in materia di stupefacenti); norme penali che trovano espressione *attraverso il simbolo*, tese a «fornire una risposta a problemi ed esigenze particolarmente av-

²⁰³ Alla lontana, questo modello di classificazione quadripartito si ispira alla tripartizione adottata, in tema di laicità, da F. PALAZZO, *Laicità del diritto penale e democrazia «sostanziale»*, in *Quad. cost.*, 2010, 440. Nucleo fondante delle classificazioni del simbolismo penale in P. NOLL, *Ideologie und Gesetzgebung*, in W. MAIHOFFER (a cura di), *Ideologie und Recht*, Frankfurt am Main, 1969, 69-74.

²⁰⁴ *Infra*, II.8.5, sub e).

vertite nel bacino sociale di riferimento» (esempi: la materia della sicurezza stradale, o quella dell'immigrazione); e diritto penale *meta-simbolico*, «evocativo», finalizzato all'ambiziosissimo sviluppo di «una teoretica del bene e del male, in grado, anche attraverso forme acute di tabuizzazione, di interiorizzare nei destinatari il sistema assiologico fondante l'ordinamento» (esempi sono qui individuati nella tutela dell'«ordine pubblico ideale internazionale», o nell'incriminazione delle mutilazioni genitali femminili).

Si noti, con la Stradella, in un'ottica di *klimax* di pericolosità delle diverse classi, come sia proprio il diritto penale meta-simbolico a rappresentare il fenomeno più preoccupante, divenendo in esso di speciale evidenza il tentativo degli ordinamenti «di asserragliarsi nella rassicurante forza della sanzione penale, e utilizzarla al fine di farne una pedagogia “vivente” del bene»²⁰⁵.

Anche la diade *concretezza/astrattezza* del simbolo, proposta dalla ricercatrice in altra opera, rende l'idea di una *scala di insidiosità* nell'utilizzo del simbolico: «Simbolo concreto sarà quello in cui la componente contenutistica è accompagnata dalla presenza sensibile di un oggetto materialmente riscontrabile; un simbolo astratto può invece essere individuato, *a contrario*, in tutte quelle forme a cui siano attribuiti un significato ed una forza che oltrepassano il dato di immediata percettibilità, ma in cui il dato non si estrinseca in elementi tangibili»²⁰⁶.

L'ordine pubblico ideale (o normativo), la *Rumpelkammer von Begriffen* di cui parlava *Karl Binding*, sembrerebbe impersonare alla perfezione il concetto di astrattezza nell'impiego del simbolo (vedremo però discutendo di immigrazione che le questioni sul tappeto

²⁰⁵ E. STRADELLA, *Recenti tendenze del diritto penale simbolico*, cit., 219-223. Incalza l'a. (224): nel meta-simbolico (*alias* nel penale del nemico) «la norma non ha semplicemente funzione esaustiva di penalizzazione» ma «trovano massima sintesi razionalità ed emotività, dando luogo ad un “simbolico” di doppio ordine, poiché la norma diviene altro da sé, traducendo passioni, forti condivisioni di principio, sentimenti particolarmente viscerali, e contestualmente incarna il simbolo significativo di progetti di persuasione interiore».

²⁰⁶ E. STRADELLA, *La libertà di espressione politico-simbolica e i suoi limiti: tra teorie e “prassi”*, Torino, 2008, 69.

potrebbero rivelarsi più complesse di quanto non appaia e che il simbolismo che pur affligge la legislazione in tema di contrasto dell'immigrazione clandestina è dimostrabile per *altra* via)²⁰⁷.

- c) Da tempo, si isola la categoria delle leggi simboliche *di appello morale* (*Gesetze mit moralischen Appelcharakter*), ovvero «declamatorie» o «identificatorie» o «di principio»²⁰⁸, promosse da «imprenditori morali» (*Moralunternehmer*) che, armati fino ai denti, a partire da materie come droghe e pornografia, e incuranti dei rischi di *Umkehreffekte* o effetti-boomerang, intraprendono «moral crusades» a lunga gittata²⁰⁹.

Si puntualizza: con questo tipo di leggi, la pena viene sempre più spesso impiegata quale remora rispetto a «vite disvolute»²¹⁰, *id est* quale «conferma ufficiale del vigente codice morale»²¹¹; ovvero: con l'introduzione o l'inasprimento di fattispecie di reato²¹², il diritto penale si traveste talvolta da «agente diretto» della morale, per incul-

²⁰⁷ *Infra*, II.8.5, *sub e*).

²⁰⁸ L'accostabilità di tali classi è suggerita, nel contesto di una ricca «descrizione» del diritto penale simbolico, da J.L. DíEZ RIPOLLÉS, *Symbolisches Strafrecht und die Wirkungen der Strafe*, cit., 531-532.

²⁰⁹ Cfr. J.R. GUSFIELD, *Symbolic Crusade. Status Politics and the American Temperance Movement*, Urbana, 1963; P. NOLL, *Symbolische Gesetzgebung*, cit., 357-359; S. SCHEERER, *Atypische Moralunternehmer*, in *Kriminologisches Journal*, 1986 (1. supplemento), 133-156; H. KINDERMANN, *Symbolische Gesetzgebung*, cit., 230-234; C.E. PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, cit., 862, 879-884, 893-894, 920-922; K. LÜDERSSEN, *Die Wiederkehr der „Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken“ – eine Warnung*, in U. EBERT, P. RIEB, C. ROXIN, E. WAHLE (a cura di), *Festschrift für Ernst-Walter Hanack zum 70. Geburtstag am 30. August 1999*, Berlin, New York, 1999, 497-498; R. HAMEL, *Strafen als Sprechakt. Die Bedeutung der Strafe für das Opfer*, cit., 133-135, 159-160.

²¹⁰ C.E. PALIERO, *L'agorà e il palazzo. Quale legittimazione per il diritto penale?*, cit., 110.

²¹¹ N. HOERSTER, *Strafwürdigkeit und Moral in der Angelsächsischen Rechtsphilosophie*, in *ZStW*, 1970, 552. Sulla tendenza, propria del neo-classicismo scandinavo degli anni '80 del secolo scorso (ma carsica, si aggiunga), che finalizza il diritto penale a «riprodurre la morale ufficiale ed in tal modo se stesso», L. EUSEBI, *La «nuova» retribuzione*, cit., 127.

²¹² Che un impatto simbolico possa discendere anche dall'abrogazione (o dalla non-abrogazione) di una legge è rilevato peraltro da C. VON DEWITZ, *NS-Gedankengut und Strafrecht*, cit., 267.

care nella popolazione determinati stili o *standard* di vita, e «conseguentemente» il bene giuridico risulta piegato a scopi di educazione morale e sociale, con utilizzi estensivi e preventivi, mentre il neutrale e laico Stato di diritto finisce per tramutarsi in Stato etico e autoritario, santificatore di valori assoluti²¹³.

Questi rilievi appaiono fin troppo duri? In ogni caso, la lista di divieti effettivamente qualificabili come moralistico-simbolici – con riguardo nella specie all’ordinamento tedesco – potrebbe non essere breve (anche se fisiologicamente opinabile), spaziando dal disturbo di funzioni religiose e della quiete dei defunti (§§ 167 e 168 *StGB*) all’apologia del nazionalsocialismo o alla negazione dei suoi crimini (§ 130, co. 3 e 4, *StGB*), dall’esaltazione o minimizzazione di fatti violenti (§ 131 *StGB*) al maltrattamento di animali (§ 17 *Tierschutzgesetz*), dal divieto di assunzione di droghe a divieti in tema di guida di veicoli.

Opportunamente, si chiarisce dove risieda lo *specifico* del simbolismo nell’ambito di un atteggiamento paternalistico-moralistico: il legislatore, in simili casi, non agirebbe «per sanzionare davvero tutte le immaginabili violazioni», ma mirerebbe «piuttosto ad esprimere in maniera incisiva il rifiuto morale col quale la società (e più precisamente i suoi *opinion makers*) bolla certe modalità comportamentali»²¹⁴.

²¹³ Per utili sintesi intorno a questi passaggi critici, con ulteriori richiami, M. DETZNER, *Rückkehr zum “klassischen Strafrecht” und die Einführung einer Beweislastumkehr. Eine Untersuchung zur Entwicklung des Wirtschaftsstrafrechts am Beispiel des Subventionsbetrugs gem. §§ 264, 263 StGB*, Frankfurt am Main, 1998, 183-184; C. ROSS, *Die Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums nach § 17 StGB im Spiegel der BGH-Rechtsprechung*, cit., 41-42; C. VON DEWITZ, *NS-Gedankengut und Strafrecht*, cit., 267-268; F. CONSULICH, *La giustizia e il mercato. Miti e realtà di una tutela penale dell’investimento mobiliare*, cit., 134-135; C.E. PALIERO, *L’agorà e il palazzo. Quale legittimazione per il diritto penale?*, cit., 101; M. MANTOVANI, *Contributo ad uno studio sul disvalore di azione nel sistema penale vigente*, Bologna, 2014, 147.

²¹⁴ T. WEIGEND, *Dove va il diritto penale?*, cit., 82. Rispetto al codice penale spagnolo, J.M. PAREDES CASTAÑÓN, *La justificación de las leyes penales*, Valencia, 2013, 343-344 cita l’art. 543 – «offesa alla Spagna» – come esempio di previsione simbolico-moralistica, oltre che indeterminata e in contrasto con la libertà di espressione.

Se ha ragione Zygmunt Bauman nel dire che la mentalità moderna ha inteso programmaticamente sostituire il lento, progressivo fluire della storia con le parole *tranchant* della legge, il legislatore *penale* tende a rivelarsi «il più moderno dei moderni» e a superare così lo smarrimento derivante dalla scoperta che la propria concezione morale è «solo una fra le tante»²¹⁵.

Resta infatti un interrogativo, per nulla lapalissiano, circa la «morale» di volta in volta coinvolta nelle apposite *Moralkampagnen*: si tratterà della morale pubblica maggioritaria²¹⁶, di quella «comune», di quella «kantiana», di quella «sociale», di quella «cattolica», di quella «ufficiale», o magari di quella «militare» o di quella «delle burocrazie ministeriali»... oppure²¹⁷? Quale di questi convincimenti morali il legislatore nei singoli casi *sente* come proprio, e riesce di conseguenza a *trasmettere* ai destinatari del precetto? Se l'«appello» restasse equivoco, alla già dirimente *illegittimità* di un moralismo penale si unirebbe l'*ineffettività*...

Si allude qui all'ineffettività nei confronti della *collettività* dei consociati, perché per il *singolo* le cose spesso vanno diversamente.

Se infatti la simbolica penale si esprime innanzitutto in chiave *idealtipica*, indipendentemente cioè dal suo concreto impiego²¹⁸, non si deve tuttavia neppure per un attimo dimenticare – lo chiarisce benis-

²¹⁵ G. FORTI, *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale*, cit., 311-312, e *ivi* più puntuali riferimenti al sociologo polacco. Icasticamente D. PULITANÒ, *Etica e politica del diritto penale ad 80 anni dal codice Rocco*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 509: «La specifica moralità del diritto di democrazie liberali è giusto il contrario di un *enforcement of morals* che appresti il braccio secolare a supporto di una concezione particolare dell'*ethos*, ancorché maggioritaria».

²¹⁶ Cfr. E. STRADELLA, *Recenti tendenze del diritto penale simbolico*, cit., 204, che osserva un abbinamento di tale orientarsi della moralizzazione con l'idea di una «conferma della validità delle norme che avrebbe natura prevalentemente simbolica, e non empirica, poiché indipendente dalla quantità delle infrazioni e dalla loro effettiva limitazione».

²¹⁷ Cfr. H. STEINERT, *Über symbolisches und instrumentelles Strafrecht*, in D. FREHSEE, G. LÖSCHPER, G. SMAUS (a cura di), *Konstruktion der Wirklichkeit durch Kriminalität und Strafe*, Baden-Baden, 1997, 107. In tema di pluralità di morali (ed etiche) v. anche le osservazioni di M. DONINI, *Il diritto penale come etica pubblica*, cit., 72, nt. 38.

²¹⁸ K.-L. KUNZ, *Zur Symbolik des Strafrechts*, cit., 362.

simo *Manuel Cancio Meliá* – come interventi *concepiti* in termini simbolici siano sovente *seguiti*, «alla vecchia maniera», da una «afflittività reale, nient'affatto simbolica, delle esperienze vissute da coloro che sono soggetti all'azione penale, dai detenuti, dalle persone sottoposte a processo, imputate, condannate, ristrette in istituti di pena»²¹⁹.

È sempre dietro l'angolo dunque il rischio che una «severità simbolica» si tramuti, inavvertitamente o artatamente, in «severità discriminatoria»²²⁰; con l'ennesimo ossimoro presentato in questo libro, potremmo evocare lo spettro subdolo di un *simbolismo afflittivo*.

²¹⁹ M. CANCIO MELIÁ, “*Diritto penale*” *del nemico?*, cit., 69-70, 73, 78-79 e ivi il ragionamento su una «disciplina radicalmente punitivista» in tema di droga, esercitante come tale «una immediata incidenza nelle statistiche giudiziarie penali», non trattandosi dunque di «norme meramente simboliche, nel senso tradizionale»: il simbolismo risiederebbe qui nella «valenza comunicativa, in termini politici, nel breve periodo, dell'approvazione delle norme corrispondenti» o persino nell'adozione di «strategie modellate su tecniche di mercato tese alla conservazione del potere politico, tali da ingenerare consapevolmente nella popolazione determinate aspettative rispetto ai fenomeni penali, successivamente “soddisfatte” dalle forze politiche». V. altresì E. STRADELLA, *Recenti tendenze del diritto penale simbolico*, cit., 216, per la notazione secondo cui «disposizioni di carattere spiccatamente simbolico possono certamente produrre processi penali reali»; S. ANASTASIA, *Materialità del simbolico. I depositi del populismo penale nel continuum penitenziario*, in S. ANASTASIA, M. ANSELMI, D. FALCINELLI, *Populismo penale: una prospettiva italiana*, Milano, 2015, 97 rilevando come, nel sistema del controllo sociale coattivo del nostro Paese, «l'uso simbolico del diritto penale a livello politico e la legislazione penale conseguente possano produrre effetti concreti, mostrando la propria ruvida materialità»; M. DONINI, “*Danno*” e “*offesa*” *nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell’“offense” di Joel Feinberg*, cit., 1576: «Il diritto penale è un ramo del diritto pubblico del tutto peculiare esattamente perché deve neutralizzare i sentimenti di vendetta delle vittime dei reati, perché ha a che fare con troppa irrazionalità e questa irrazionalità è purtroppo presente sia negli autori dei reati e sia nella stessa attività legislativa, che usa il diritto penale come sedativo e tranquillizzante per l'opinione pubblica, con effetti gravemente pregiudizievole quando il suo impiego non si riduce a un placebo simbolico, ma è profondamente incisivo e lesivo di diritti».

²²⁰ Cfr. D. PULITANÒ, *Etica e politica del diritto penale ad 80 anni dal codice Rocco*, cit., 494 e 514: «frequenti proclamazioni di *severità simbolica*», con il *côté* di «forme di *organizzazione dell'impunità*, anche attraverso accomodamenti *ad hoc* di istituti legali», e «*severità discriminatoria* (nelle norme e nei fatti) del diritto penale securita-

d) Problematica, accanto alle leggi simboliche di appello morale, è però tutta una serie di ulteriori prodotti legislativi affetti da *tipi* di simbolismo diversi per qualità e “quantità”.

Nell’ambito di questi, possiamo innanzitutto richiamare le leggi simboliche «pacificatorie», tese a placare l’irrequietezza anche grave che dati fenomeni suscitano nella popolazione (per l’ordinamento spagnolo, si è esemplificato con il contrasto penalistico degli incidenti in centri urbani provocati da scommesse su gare automobilistiche «pirata»)²²¹.

La categoria, come tale, si presenta indubitabilmente problematica, entrando in collisione rispetto a principi quali *sussidiarietà* e *proporzionalità* (con i quali ci confronteremo direttamente nel successivo cap. III)²²².

In proposito vale peraltro la pena riprendere una riflessione su come gli stessi intellettuali, e fra questi persino raffinati penalisti liberali – non solo dunque il «ceto medio riflessivo», se non la proverbiale casalinga di Voghera! –, possano venire talvolta *condizionati* nella selezione delle (anche «pacificatorie») direttrici di tutela da «pulsioni emotive» e «preferenze soggettive razionalizzabili fino a un certo punto»²²³ (l’osservazione ha a che fare con il tema della *precomprensione*, anch’esso affrontato più avanti nella presente monografia)²²⁴; ciò però ovviamente *non* può valere come *giustificazione* per l’introduzione di una legge penale «pacificatoria».

Accostabile alla precedente è la categoria delle leggi simboliche «emotivo-conflittuali», intese a rielaborare in termini penalistici

rio», come tipi diversi di «diritto penale della disuguaglianza» originanti un problema di «moralità della coercizione legale» (tipi “combinabili”, come si è aggiunto nel testo).

²²¹ Cfr. J.L. DÍEZ RIPOLLÉS, *Symbolisches Strafrecht und die Wirkungen der Strafe*, cit., 534-535.

²²² *Infra*, spec. III.4.2.

²²³ G. FIANDACA, *Rocco: è plausibile una de-specializzazione della scienza penalistica?*, cit., 203-204; ID., *Prima lezione di diritto penale*, cit., 13 sul ruolo di «atteggiamenti emotivi che rimandano alla mutevole sensibilità collettiva e individuale» (con particolare riguardo alla scelta di una tra le teorie concorrenti sugli scopi della pena).

²²⁴ *Infra*, III.2.

conflitti in realtà non risolvibili mediante la pena²²⁵. Così nell'ipotesi della criminalizzazione dell'*aids-carrier*: non si può in effetti escludere che l'intervento penale possa *a sua volta giovare*, purché sappia evitare la tentazione istintuale di brandire l'arma della pena per «condannare» già prima della sentenza il «tipo d'autore» del «contagiante»²²⁶; ma decisiva sarebbe come ben si comprende un'ancor più consistente *evoluzione del sapere* scientifico-medico.

Si deve citare poi il *genus* delle condotte legislative simboliche «di sostituzione» («gesetzgeberische Ersatzhandlungen»)²²⁷, che sfociano:

nelle leggi «di crisi» («Krisengesetze»), intendendosi come tali quelle leggi, quasi sempre formulate in tutta fretta e perciò non di rado in modo impreciso, che puntano a risolvere le più gravi difficoltà politiche e sociali con il solo mezzo – come noto, pressoché ininfluente – dell'*inasprimento dei margini edittali*, e in par-

²²⁵ Su questa classe P. NOLL, *Symbolische Gesetzgebung*, cit., 349-350; C.E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, cit., 538; ID., *Consenso sociale e diritto penale*, cit., 896-897; C. SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007, 95. Scrive di «rischio di un ricorso alla pena per soddisfare istanze emotive di reazione sociale all'offesa di determinati beni, ostativo rispetto a forme ben più adeguate di controllo delle condotte pericolose e non di rado indifferente a ponderazioni serie in tema di colpevolezza», L. EUSEBI, *Su violenza e diritto penale*, in E.M. AMBROSETTI (a cura di), *Studi in onore di Mauro Ronco*, cit., 125.

²²⁶ Su questa distorsione, A. BONFIGLIOLI, *La responsabilità penale per contagio da virus HIV: profili oggettivi*, in S. CANESTRARI, G. FORNASARI (a cura di), *Nuove esigenze di tutela nell'ambito dei reati contro la persona*, Bologna, 2001, 51; implicitamente, S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente nei contesti a rischio di base «consentito»*, in M. RONCO, M. HELFER (a cura di), *I criteri d'imputazione soggettiva nel diritto penale dell'economia. Nuove tendenze in Italia e in Austria a confronto*, Milano, Padova, 2017, 37-40; C.E. PALIERO, *Metodologie de lege ferenda: per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*, cit., 522: ricorso ai delitti contro l'integrità personale, per contrastare la diffusione dell'*aids*, indotto da un'«istanza 'dirigista'» foriera di una «deriva eticizzante»; ID., *Consenso sociale e diritto penale*, cit., 897 sul «conflitto inscenato fra attività sessuale 'libera' e vita ed incolumità personale» quale, a ben vedere, «non-conflitto, [...] dal punto di vista giuridico-penale».

²²⁷ Cfr. P. NOLL, *Symbolische Gesetzgebung*, cit., 360-362; C.E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, cit., 539; ID., *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed 'effetti penali' dei media)*, cit., 529-531.

ticolare del minimo di pena, ovvero con la *conversione del diritto penale* in diritto di polizia o in attività di *intelligence*²²⁸;
 nelle leggi «alibi» («Alibigesetze»), inconsciamente desiderate dai cittadini per *salvaguardare le proprie abitudini*, ideologie, rimozioni, e con le quali lo Stato dà l'*impressione di avere preso in carico* la situazione e, se ciò non si verifica, «ut aliquid fieri videatur»: come avviene anche attraverso «segnali di rassicurazione» («Signale der Beruhigung») dati da «spettacolari» arresti, perquisizioni e sequestri a campione²²⁹;
 nelle leggi «attivistiche», «reattive» o «di cambiamento», accomunabili per il fatto di rappresentare una «dimostrazione» legislativa del sapersi opporre all'aggallare di nuovi problemi²³⁰;
 nelle leggi «autoritarie», con le quali si intende rendere manifesta la facilità del potere pubblico di agire in via coattiva²³¹;

²²⁸ Cfr. K. AMELUNG, *Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung*, in ZStW, 1980, 59-61; H. HILL, *Einführung in die Gesetzgebungslehre*, Heidelberg, 1982, 37-38; H. KINDERMANN, *Symbolische Gesetzgebung*, cit., 224 e 240, nt. 9; T. WEIGEND, *Dove va il diritto penale?*, cit., 86.

²²⁹ H. KINDERMANN, *Symbolische Gesetzgebung*, cit., 234 e 238; C.E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, cit., 472 (e 474 sul «nesso» fra tendenziale ineffettività e punizione/stigmatizzazione degli *outsiders* come espressione dell'intramontabile logica del *Sündenbock*; per una «restrizione» dell'«abusato» concetto di capro espiatorio F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, 228-229); C. CUPELLI, *Il legislatore gioca col fuoco: gli incendi boschivi (art. 423 bis c.p.) fra emergenza e valore simbolico del diritto penale*, in *Ind. pen.*, 2002, 181-185 e 190, in riferimento, oltre che alla tutela del patrimonio boschivo, al furto in abitazione e al furto con strappo (art. 624-bis c.p.: disposizione *instabile*, perché oggi «ritoccata» ex art. 1, co. 6, l. 103/2017); R. BLOY, *Symbolik im Strafrecht*, cit., 60; K.-L. KUNZ, *Zur Symbolik des Strafrechts*, in D. DÖLLING, B. GÖTTING, B.-D. MEIER, T. VERREL (a cura di), *Verbrechen – Strafe – Resozialisierung. Festschrift für Heinz Schöch zum 70. Geburtstag am 20. August 2010*, Berlin, New York, 2010, 362; T. WEIGEND, *Dove va il diritto penale?*, cit., 85.

²³⁰ W. HASSEMER, *Das Symbolische am symbolischen Strafrecht*, cit., 1004; J.L. DíEZ RIPOLLÉS, *Symbolisches Strafrecht und die Wirkungen der Strafe*, cit., 531 e 534; R. BLOY, *Symbolik im Strafrecht*, cit., 60; F. MANTOVANI, *Lo smembramento dei controlli sociali e i degenerativi aumenti e peggioramenti della criminalità e del diritto penale*, cit., 1169.

²³¹ J.L. DíEZ RIPOLLÉS, *Symbolisches Strafrecht und die Wirkungen der Strafe*, cit., 535; N. MAZZACUVA, *Criminalità organizzata ed attività economica: il fenomeno del*

nelle leggi «compromissorie» («Kompromissgesetze»), che contemplano *escamotage* come la presenza di clausole generali tali da renderle agevolmente «manipolabili» anche nel senso di una loro fattuale depenalizzazione²³²;

nelle leggi «apparenti», non dissimili per taluni aspetti dalle leggi compromissorie, e strutturate tecnicamente in modo così imperfetto da non poter essere applicate nel procedimento penale, corrispondendo perciò al comportamento «primitivo», attestato in etologia, dell'animale che anziché assalire l'avversario si mantiene a distanza limitandosi a mimare gesti minacciosi²³³.

riciclaggio, in AA.VV., *Verso un nuovo codice penale. Itinerari - Problemi - Prospettive*, Milano, 1993, 400: diritto penale chiamato sempre più spesso «ad intervenire più che in funzione repressiva di comportamenti criminali (già adeguatamente sanzionati dall'ordinamento, e/o difficilmente riconducibili a nuovi modelli punibili) in chiave di (tanto obbligata, quanto apparente) risposta normativa a fatti che di volta in volta suscitano un particolare allarme sociale cui occorre tempestivamente far fronte»; M. PAVARINI, *Un arte abyecto. Ensayo sobre el gobierno de la penalidad*, cit., 45 e 228, ove si rilevano paradossali tendenze antagoniste nella risposta alla domanda sociale di sicurezza: venendo in considerazione da una parte proprio la valorizzazione del sistema repressivo «in un circuito di pericolosa autoreferenzialità che legittima il sistema penale in una dimensione prevalentemente simbolica» (quando non «tecnocratica»); dall'altra, l'ampliamento di uno «spazio privato (o, meglio, non pubblico)» a difesa ancora più immediata e diretta di quelle istanze securitarie.

²³² W. HASSEMER, *Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz*, cit., 173; M. NEVES, *Symbolische Konstitutionalisierung*, cit., 42, il quale attualizza la locuzione «*dilatatorischer Formelkompromiß*» che Schmitt usò per la Costituzione di Weimar; D. BRUNELLI, *Paradossi e limiti della attuale realpolitik in materia penale*, cit., 383: «Il diritto penale si comporta né più né meno come qualunque altro settore politicamente rilevante; fiaccato da scorribande, percorso da trattative, oggetto di scambio e di ricatto, offre soluzioni compromissorie, frutto di equilibrismi politici e di scelte cerchiobottiste, capaci di ospitare qualunque opzione e, dunque, di essere il prodotto di nessuna opzione»; L. EUSEBI, *L'insostenibile leggerezza del testo: la responsabilità perduta della progettazione politico-criminale*, cit., 1676: «non volontà di realizzare una tutela effettiva, ed egualmente vincolante per tutti, dei beni che pur si dichiara di voler proteggere».

²³³ P. NOLL, *Symbolische Gesetzgebung*, cit., 348-349, riferendosi alle indagini di K. Lorenz. La forma delle leggi «apparenti» è attestata anche nelle «fenotipiche» di M. VOß, *Symbolische Gesetzgebung*, cit., 31-32; di C.E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, cit., 539; e di J.L. DíEZ RIPOLLÉS, *Symbolisches Strafrecht und die Wirkungen der Strafe*, cit., 533 (che a 534 si richiama al tipo analogo delle leggi

e) Sul versante non più del *telos* ma della *struttura* soccorre la tripartizione di *Carlo Enrico Paliero*, che distingue:

leggi penali simboliche «ad *ineffettività semplice*», ove «il carattere simbolico si riduce alla pura e semplice inadeguatezza – di cui il legislatore è o deve essere consapevole – dello strumento-pena così impugnato a conseguire lo scopo di tutela». Ciò, si chiarisce, potrà avvenire per esempio a causa della lontananza dell'intervento normativo rispetto alla realtà empirico-criminologica sottostante: come accade nell'aggiotaggio comune, dove all'art. 501 c.p. si prevede un tipo di dolo – il fine di turbare il mercato interno dei valori o delle merci – affetto da gigantismo e tipicamente assente in chi fa speculazione²³⁴;

leggi penali simboliche «ad *ineffettività antinomica*»: «norme che, per lanciare un segnale o affermare un valore attraverso la pena, *con la pena* indirettamente producono la minaccia o la lesione dello *stesso bene* che la norma 'dice' di voler tutelare». L'esempio è quello della criminalizzazione dell'aborto: «volendosi tutelare la vita (del feto) si minaccia la vita (della madre)»;

leggi penali simboliche «ad *ineffettività disnomica*», nelle quali rilevano ragioni non solo sostanziali ma già formali, lessicali di disteleologia, quando – si allude a incriminazioni penaleconomiche, o

«imperfette»); ed è ripresa da G. FIANDACA, *Concezioni e modelli di diritto penale tra legislazione, prassi giudiziaria e dottrina*, cit., 20-21 e da R. HAMM, *Ein neuer Fall von symbolischem Strafrecht: «Graffitigesetz»*, in *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Winfried Hassemer zum sechzigsten Geburtstag*, Baden-Baden, 2000, 56. Su *Schein und Wirklichkeit der Norm* anche M. DETZNER, *Rückkehr zum "klassischen Strafrecht" und die Einführung einer Beweislastumkehr*, cit., 184. Sotto un profilo di «legistica» – o «nomografia» – mi sembra peraltro che leggi «compromissorie» e «apparenti» potrebbero per altri versi essere meglio ricondotte al *genus*, prima menzionato (II.2), delle *leggi sciatte* o, in alternativa, essere considerate *a cavaliere* fra simbolismo e sciatteria.

²³⁴ Aderendo all'impostazione di L. PICOTTI, *Il dolo specifico. Un'indagine sugli 'elementi finalistici' delle fattispecie penali*, Milano, 1993, in partic. 501-511, 547-565, si potrebbe qui dire che l'ineffettività deriva dalla mancanza «già» criminologica di un peculiare nesso teleologico fra fatto-base e scopo dell'agente; v. anche, con precipuo riferimento all'aggiotaggio comune, M. GELARDI, *Il dolo specifico*, Padova, 1996, 219-222.

penalambientali, o in tema di stupefacenti – «il legislatore inserisca a bella posta in fattispecie elementi antinomici ‘paralizzanti’» ovvero ingiunzioni paradossali, nella bizzarra logica del «sii spontaneo, te lo comando!» (il riferimento è in particolare a un progetto di riforma in materia di stupefacenti e all’“alternativa” ivi prospettata al tossicodipendente fra il trattamento disintossicante, che per essere efficace dovrebbe essere liberamente e convintamente accettato, e... la condanna penale!)²³⁵.

- f) Sul piano, per dir così, del regime di *imputazione soggettiva* della simbolica penale, si potrebbe infine distinguere tra simbolismo *doloso*, simbolismo *preterintenzionale* e simbolismo *colposo*²³⁶, a seconda del grado di partecipazione psicologica del legislatore nel conio di fattispecie orientate più a una rassicurazione emozionale che a una tutela effettiva di beni giuridici.

In linea di massima, si dovrebbe presupporre come caso “normale” quello di un legislatore dolosamente (*intenzionalmente!*) inclinato al simbolismo; ma non pare certo inverosimile il caso di un organo parlamentare che od *oltre l’intenzione* o per *negligenza*, *imprudenza*, *imperizia nell’ars legiferandi* o violandone *regole scritte* e auree, cagioni effetti simbolici che non erano precisamente nel suo mirino: “semplice” colpa legislativa in quest’ultima situazione, ma comportamento *non lontano* dal dolo quanto a disvalore sociale e “giuridico” (quasi un *tertium genus* fra dolo e colpa...).

Non sarebbe invece corretto far “rispondere” il legislatore a titolo di “responsabilità oggettiva”, cioè sulla base del semplice nesso eziologico fra la condotta di posizione di una norma e l’evento descrivibile *hic et nunc* quale ricezione del messaggio simbolico-integratore da parte dei consociati, nella misura in cui questo nesso non sia *personalmente rimproverabile* al legislatore (per giunta trattandosi di legame che potrebbe anche restare *fondamentalmente fisiologico*).

²³⁵ C.E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, cit., 529-530, 539-540.

²³⁶ Ragionando sul *tòpos* dell’ineffettività, distingue un atteggiamento doloso e un comportamento colposo del legislatore C.E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, cit., 534.

4. Simbolismo, inganno e autoinganno (con un caveat)

Riesce difficile una *sintesi* sulle «classi» di simbolismo penale perché, come abbiamo visto nel paragrafo precedente, molteplici sono le *sfaccettature problematiche* e i *livelli di distanza* dai principi di un sano, buon, vecchio (ma anche, va aggiunto, un poco ideale?) diritto penale liberale.

Già trapelano infatti dalla tassonomia indicata i *nessi* del diritto penale «simbolico» con le caratteristiche riscontrabili – condivido in via generale la rassegna critica della Stradella – nel «diritto penale dell'emergenza, del rischio, della sicurezza, del nemico, di lotta, della disuguaglianza, di eccezione, d'autore»²³⁷ (categorie, e alcune di queste in particolare, che, insieme ad altre, saranno verificate nel prosieguo di questa *pars destruens*).

Un concetto però si staglia abbastanza chiaramente sin d'ora, nell'accoppiamento alla negativa simbolica penale e alle sue classi: il riferimento corre al *bluff*, all'*inganno*, innanzitutto nel senso che la norma penale simbolica ama mentire sulla «cerchia di destinatari», rivolgendosi non al «destinatario naturale», e cioè al *potenziale autore*, ma alla *globalità della popolazione*: per rassicurarla o, meglio, per *blandirla*; una *duplicazione* di *messaggi* e di *destinatari* (reali e apparenti), pertanto, come marchio di fabbrica del diritto penale simbolico²³⁸.

²³⁷ E. STRADELLA, *Recenti tendenze del diritto penale simbolico*, cit., 201.

²³⁸ Tendono a ravvisare nella nota dell'inganno il *Kern* del diritto penale simbolico, R. HEGENBARTH, *Symbolische und instrumentelle Funktionen moderner Gesetze*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1981, 203-204; W. HASSEMER, *Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz*, cit., 179-180; ID., *Das Symbolische am symbolischen Strafrecht*, cit., 1011 e 1017; M. VOB, *Symbolische Gesetzgebung*, cit., 4, 39, 75-77; J.C. MÜLLER, *Die Legitimation des Rechtes durch die Erfindung des symbolischen Rechtes*, in *Kriminologisches Journal*, 1993, 86-87; M. JÄGER, *Symbolisches Strafrecht – expressive Kriminalpolitik: Die Reform der Sexualdelikte*, in INSTITUT FÜR KRIMINALWISSENSCHAFTEN UND RECHTSPHILOSOPHIE FRANKFURT A.M. (a cura di), *Irrwege der Strafgesetzgebung*, cit., 52-53; C. VON DEWITZ, *NS-Gedankengut und Strafrecht*, cit., 268; E. STRADELLA, *Recenti tendenze del diritto penale simbolico*, cit., 214 e 226; K.-L. KUNZ, *Zur Symbolik des Strafrechts*, cit., 353-354 e 356; F. SCHIAFFO, *Le minime ragioni della legislazione penale simbolica: la criminalità mediata*, in *Crit. dir.*, 2010, 138; L. POZUELO PÉREZ, *La política criminal mediática. Génesis, desarrollo y costes*, Madrid,

Esaminiamo più da vicino questi rilievi, con un *caveat* finale già peraltro deducibile dal lettore che abbia seguito l'itinerario metodologico del primo capitolo e che abbia osservato la chiosa posta al paragrafo sulla simbolica in aggettivi.

Si lamenta dunque il ricorso alla legislazione penale come tipologia di *fuga in avanti*, di carattere per l'appunto «simbolico-espressivo»²³⁹, o

Barcelona, Buenos Aires, São Paulo, 2013, 86. Si chiede invece se l'«elemento decisivo» del diritto penale simbolico risieda nella «mendacia politica», vale a dire nella «discrasia tra finalità proclamate ed “agenda occulta”», oppure nella «illegittimità degli effetti derivanti dalla pena», M. CANCIO MELIÁ, “Diritto penale” del nemico?, cit., 71, nt. 13. Per un elogio del simbolo come «più importante mezzo di comunicazione», capace di suscitare «impulsi associativi» non-arbitrari, in una dimensione «sintattica, semantica e pragmatica», R. HAMEL, *Strafen als Sprechakt. Die Bedeutung der Strafe für das Opfer*, cit., 34-39, 85, 124, testualmente 36-37; per una fondazione della natura semantica del diritto penale, I. PUPPE, *Strafrecht als Kommunikation. Leistungen und Gefahren eines neuen Paradigmas in der Strafrechtsdogmatik*, in E. SAMSON, F. DENCKER, P. FRISCH, H. FRISTER, W. REIB (a cura di), *Festschrift für Gerald Grünwald zum siebzigsten Geburtstag*, Baden-Baden, 1999, 469-494, con la quale dialoga C.E. PALIERO, *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed ‘effetti penali’ dei media)*, cit., 486-487.

²³⁹ «Espressivo» nel senso di «“gesto” volto a glorificare i valori di un gruppo sociale e a screditare i “valori” di un altro gruppo»: H. KINDERMANN, *Symbolische Gesetzgebung*, cit., 222 (il passo, in lingua originale, è più estesamente richiamato *supra*, II.2). V. anche M. VOß, *Symbolische Gesetzgebung*, cit., 70 e 76; M. NEVES, *Symbolische Konstitutionalisierung*, cit., 28; K. LÜDERSSEN, *Über das Irrationale im Strafrecht*, cit., 327; W. SCHILD, *Die staatliche Strafmaßnahme als Symbol der Strafwürdigkeit*, in R. ZACZYK, M. KÖHLER, M. KAHLO (a cura di), *Festschrift für E.A. Wolff zum 70. Geburtstag am 1.10.1998*, cit., 429-441; J.C. MÜLLER-TUCKFELD, *Integrationsprävention. Studien zu einer Theorie der gesellschaftlichen Funktion des Strafrechts*, Frankfurt am Main, 1998, 4, 211-213; K. GÜNTHER, *Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe. Eine neue Straftheorie jenseits von Vergeltung und Prävention?*, in C. PRITZWITZ, M. BAURMANN, K. GÜNTHER, L. KUHLEN, R. MERKEL, C. NESTLER, L. SCHULZ (a cura di), *Festschrift für Klaus Lüderssen. Zum 70. Geburtstag am 2. Mai 2002*, cit., 205-219; H. JUNG, *Was ist Strafe? Ein Essay*, Baden-Baden, 2002, 18-19; C. SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, cit., 95; R. HAMEL, *Strafen als Sprechakt. Die Bedeutung der Strafe für das Opfer*, cit., 129, 161; K.-L. KUNZ, *Zur Symbolik des Strafrechts*, cit., 363; M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, cit., 29. Si tratta peraltro a meglio vedere di «produzione di ideologia con vittime umane»: C.E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, cit., 445, con rinvio a Cremer-Schäfer e Steinert

«demagogico-retorico»²⁴⁰, o «paternalistico-pedagogico»²⁴¹: una fuga inscrivibile nella più generale tendenza «evolutiva», tipica di società multiculturali e «politeiste», a *smistare* le problematiche e i conflitti sociali *più acuti* nel campo del diritto.

Un simile spostamento sembra anzi realizzare un «abuso del diritto penale, per scopi che gli dovrebbero restare estranei»²⁴²: preceduto dalla melodia carezzevole di seduttivi *slogan* («armonizzare», «semplificare», «modernizzare»)²⁴³, un utilizzo populista di «fattispecie-

(v., poi, H. STEINERT, *Über symbolisches und instrumentelles Strafrecht*, cit., 101-104). In particolare, sulla «collusione distorsiva» fra sistema penale e sistema mediatico, in chiave di «pura ideologia», che si attua con il rappresentare «come effettiva una tutela soltanto, e consapevolmente, *simbolica*», C.E. PALIERO, *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed 'effetti penali' dei media)*, cit., 534-535; M. BERTOLINO, *Privato e pubblico nella rappresentazione mediatica del reato*, cit., 1071 e nt. 1 sul «rischio di allestire norme sprovviste di un reale contenuto offensivo»: rischio per l'appunto connesso a opzioni «simbolico-espressive, assunte cioè in funzione di pura rassicurazione sociale».

²⁴⁰ Sul «pericolo, cui da tempo assistiamo, dell'ingresso nelle aule parlamentari di istanze demagogiche», L. EUSEBI, *L'insostenibile leggerezza del testo: la responsabilità perduta della progettazione politico-criminale*, cit., 1671.

²⁴¹ G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, cit., 189, che scrive di «tendenza sociale e politica ad utilizzare il diritto penale in un senso più espansivo che riduttivo, e sempre più orientato a obiettivi di educazione collettiva, rassicurazione psicologica e protezione in chiave paternalistica di soggetti a vario titolo percepiti come vulnerabili» (sull'«iper-paternalismo» anche 190). Per una fondazione dell'esercizio del «diritto a sbagliare», e relativi limiti, v. invece A. SPENA, *Esiste il paternalismo penale? Un contributo al dibattito sui principi di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1209-1248. Nel fiorente dibattito sul paternalismo, v. per es. anche i contributi raccolti in *Criminalia*, 2011: A. CADOPPI, *Paternalismo e diritto penale: cenni introduttivi*, 223-237; L. CORNACCHIA, *Placing Care*. Spunti in tema di paternalismo penale, 239-274; D. MICHELETTI, *Il paternalismo penale giudiziario e le insidie della Bad Samaritan Jurisprudence*, 275-312; S. TORDINI CAGLI, *Il paternalismo legislativo*, 313-337; nonché A. CAVALIERE, *Paternalismo, diritto penale e principi costituzionali: profili di teoria generale*, in *www.i-lex.it*, 2013, 421-440.

²⁴² J.L. DíEZ RIPOLLÉS, *Symbolisches Strafrecht und die Wirkungen der Strafe*, cit., 516.

²⁴³ M. JÄGER, *Symbolisches Strafrecht – expressive Kriminalpolitik*, cit., 49. In particolare, sul diritto penale simbolico come «figlio della modernizzazione del diritto penale», e cioè della «trasformazione del diritto penale da risposta frammentaria, nei confronti di violazioni colpevoli di rilevanti beni giuridici, a strumento flessibile per

manifesto»²⁴⁴ o «norme-simulacro» – allestito nell’arena catodica per una maggioranza di spettatori da una minoranza di attori²⁴⁵ – che bada

intervenire in situazioni di crisi», W. HASSEMER, *Das Symbolische am symbolischen Strafrecht*, cit., 1004-1005, nonché 1007-1009 per una rassegna circa le caratteristiche del diritto penale moderno – spiccato orientamento preventivo in specie attraverso reati a pericolo astratto, ricorso alla pena in chiave di *prima e sola ratio*, tutela rivolta a beni giuridici universali e vaghi, costruzione di reati senza vittima, restrizione delle facoltà difensive, primato dell’efficienza – e le sue conseguenze – in termini di massiccia pressione sui pilastri del diritto penale proprio di uno Stato di diritto, visti come ostacolo rispetto a una penalizzazione efficiente: concezione del diritto penale del fatto e principio di legalità, proporzionalità dell’intervento, principio di colpevolezza e imputazione individuale, *nemo tenetur se ipsum prodere* –; sul nesso fra modernizzazione del diritto, anche penale, e, con Ulrich Beck, «società del rischio», o «della paura», v. una modellistica a 1005, comprendente distruzione dell’ambiente, abuso di droghe, sfruttamento incontrollato dell’energia nucleare, criminalità organizzata internazionale, corruzione, immigrazione, disoccupazione, sistema pensionistico, rilevando (1005 e 1007) come solo alcuni di questi campi siano, in varia misura, adatti alla copertura penale, realizzandosi invece in altre ipotesi una «miscela esplosiva» fra problema sociale e intervento penalistico.

²⁴⁴ Norme che sembrano «meno attagliarsi ad un moderno Stato sociale di diritto, ma piuttosto evocare forme proprie di uno Stato confessionale»: A. MANNA, *Legislazione «simbolica» e diritto penale: a proposito del recente d.d.l. governativo, ormai definitivamente approvato, sugli stupefacenti*, in *Pol. dir.*, 1990, 222; D. FALCINELLI, *Dal diritto penale “emozionale” al diritto penale “etico”. Il garantismo costituzionale contro l’illusione di giustizia del populismo penale*, in S. ANASTASIA, M. ANSELMI, D. FALCINELLI, *Populismo penale: una prospettiva italiana*, cit., 27 intorno a «un diritto penale di perenne, costante “emergenza”, in cui la minaccia repressiva assume i tratti di una risposta *esemplare, simbolica, emotiva*, riassumibile con le etichette delle “risposte forti”, delle “leggi manifesto”, delle “leggi ineffettive”»; L. STORTONI, *Le nuove norme contro l’intolleranza: legge o proclama?*, cit., 14; E. LO MONTE, *Art. 612-bis c.p. e “Stalking occupazionale”: un rimedio solo apparente*, cit., 21; G. DE SANTIS, *La tutela penale dell’ambiente dopo la legge n. 68/2015: un percorso compiuto a metà?*, in *Resp. civ. e prev.*, 2015, 2092-2093; N. MAZZACUVA, *Se la pena fa ancora spettacolo: talune riflessioni “fuori dal coro”*, cit., 75-76.

²⁴⁵ Minoranza tutto sommato esigua, essendo formata da politici e *media*. Cfr. A. BARATTA, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?*, cit., 29: «Nel modello tecnocratico i cittadini sono *spettatori* di quella che è stata denominata la “politica come spettacolo”; nel modello democratico i cittadini sono gli *attori* della politica».

non tanto a proteggere tangibili beni giuridici quanto a mostrarsi «all'avanguardia»²⁴⁶ o/e a inscenare teatralmente conflitti.

Il fuoco del legislatore pare in altri termini convergere su una *spettacolarizzazione* dei contrasti, per ragioni di «culto dell'immagine»²⁴⁷ ovvero elettorali²⁴⁸ o di autoritaria e conservatrice «autorappresentazione politica»²⁴⁹ elevata ad «autoscopo» della norma²⁵⁰: si gonfiano i bi-

²⁴⁶ M. DONINI, "Danno" e "offesa" nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell'"offense" di Joel Feinberg, cit., 1556: «Il ricorso al diritto penale quale apparato sanzionatorio "di avanguardia" è una situazione frequente nei settori del diritto penale economico, allorché vi sia una "lacuna" nella tutela civile o amministrativa, che la giurisprudenza tenta di colmare per le vie penali, anche in presenza di discipline extrapenali esplicitamente scriminanti»; 1559: «ruolo di avanguardia» del diritto penale, oltre che in «materie eticamente pregnanti o sensibili», rispetto ai «possibili nuovi beni giuridici penali costituiti dalla tutela dell'embrione, contro discriminazioni per ragioni di tendenza sessuale, contro pericoli al risparmio energetico, per le generazioni future, o per lo strato di ozono nell'atmosfera», ovvero alla «tutela dell'ordine nelle strade, della qualità della vita quali forme contemporanee dell'ordine pubblico».

²⁴⁷ M. VOB, *Symbolische Gesetzgebung*, cit., 185-188, che distingue anzi tra *Imagepflege* nei Ministeri e in Parlamento.

²⁴⁸ A. BARATTA, *Prefazione a S. MOCCIA, La perenne emergenza*, cit., XV-XVI; G. FORNASARI, *È davvero impossibile un nuovo codice penale?*, cit., 266, nt. 11; V. MASARONE, *Politica criminale e diritto penale nel contrasto al terrorismo internazionale. Tra normativa interna, europea ed internazionale*, Napoli, 2013, 194; A. BONDI, *Zero*, cit., 97; A. MANNA, *Il lato oscuro del diritto penale*, cit., 64 e 117; G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, cit., 123; W. STANGL, *Staatliche Normgenese und symbolischer Interaktionismus*, in *Kriminologisches Journal*, 1986 (1. supplemento), 130-131; M. DETZNER, *Rückkehr zum "klassischen Strafrecht" und die Einführung einer Beweislastumkehr. Eine Untersuchung zur Entwicklung des Wirtschaftsstrafrechts am Beispiel des Subventionsbetrugs gem. §§ 264, 263 StGB*, cit., 184.

²⁴⁹ Cfr. K. AMELUNG, *Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung*, cit., 54, circa il rapporto spirale fra legislazione penale e *politische Selbstdarstellung*, per l'orientarsi della politica «reale» a dimostrazioni di forza o di capacità pacificatrice, con ipotetici benefici in termini di «prestigio» dello Stato o di *lobbies* particolarmente influenti, finendo così però in secondo piano, o nel dimenticatoio, la questione decisiva della funzione strumentale e dell'effettività. L'illustre autore colloca così l'«autoincensamento politico» fra gli «ostacoli a un progetto politico-criminale» («Kriminalpolitische Planungshindernisse»), insieme alla «paura del crimine» («Angst vor dem Verbrechen»: 47-49) e alla «politica del cavarsela alla meglio» («Politik des Durchwurstelns»: 49-54, 57-59) o «incrementalismo» (51), inteso come «tipo di politica che produce solo

cipiti, si asseconda la *volonté générale*²⁵¹ e si dispensano «all'esterno» immediate ma illusorie certezze, *soltanto mentali*.

In questo senso, «neoretribuzionisticamente» o «neoclassicamente»²⁵², il legislatore penale sembra interessato soprattutto a preservare

piccoli cambiamenti, che di volta in volta si allontanano solo un poco dallo *status quo*», compiendo passi «non solo relativamente piccoli ma anche sCOORDINATI» (52). Su norme emanate essenzialmente per guadagnare prestigio v. anche J.C. MÜLLER, *Die Legitimation des Rechtes durch die Erfindung des symbolischen Rechtes*, cit., 86; sulla peculiare «potenza» delle politiche del diritto penale come strumento di autorappresentazione politica D. PULITANÒ, *Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, cit., 125.

²⁵⁰ Nozione, quella di *Selbstzweck*, che all'evidenza «non è compatibile con una concezione – anche parzialmente – critica del bene giuridico, ma soltanto con una concezione strettamente esegetico-metodologica»: G. FORNASARI, *Il concetto di economia pubblica nel diritto penale. Spunti esegetici e prospettive di riforma*, Milano, 1994, 190.

²⁵¹ O «la media attuariale delle emozioni private, disinvoltamente scambiata per opinione pubblica»: S. MOCCIA, *La 'promessa non mantenuta'*, cit., 22.

²⁵² Cfr. L. EUSEBI, *Oltre la prospettiva del diritto penale «minimo»*, in U. CURI, G. PALOMBARINI (a cura di), *Diritto penale minimo*, Roma, 2002, 187, che sottolinea una «recezione acritica operata dalle correnti neo-retribuzioniste degli impulsi emotivi di ritorsione al reato reperibili in una data epoca»; sulla veste (per lo più non metafisica, ma) populistica di una riemergente istanza retributiva, «mascherata» da teoria general-preventiva e comunque funzionale alla «compensazione» degli istinti aggressivi ed emulativi («tabuizzazione»), v. peraltro già ID., *La «nuova» retribuzione*, cit., 93-135, spec. 106-114; per una critica alla cultura del «negativo per negativo», cioè di una pena capace solo di «mimare, nei suoi contenuti, quelli propri di ciascun reato» (114), dunque di «recidere, separare, espellere, sconfiggere, abbruttire» (126), e per una tematizzazione della «prevenzione generale reintegratrice», ovvero della risposta al reato come progetto responsabilizzante (testualmente 122), ora ID., *Su violenza e diritto penale*, cit., 114-129. Su «L'incapacità limitatrice della retribuzione passatista, e il pieno di prevenzione generale», M. DONINI, *Il delitto riparato. Una disegualità che può trasformare il sistema sanzionatorio*, cit., 236-250, spec. 238-239. Con specifico rif. al simbolismo A. MANNA, *La donna nel diritto penale*, in *Ind. pen.*, 2005, 876: «lo sbilanciamento, verso la generalprevenzione, della disciplina dettata dalla riforma del '96 [legge 66, *Norme contro la violenza sessuale*], sottend[e] un'impostazione di tipo simbolico-retributivo, in cui l'*Opferorientierung* giunge sino ad annullare fondamentali istanze individualgarantistiche». Tende invece a rimarcare i pregi dell'idea retribuzionistico-proporzionalistica, pur nella consapevolezza dell'imperfezione se non della «ma-

«le condizioni minime per la comprensione di sé in un mondo pluralistico»²⁵³, ovvero a esorcizzare le inquietudini e i timori della collettività²⁵⁴: timori e inquietudini derivanti dai più diversi *silenzi* sociali e giuridico-extrapenali e dalle conseguenti, vere o supposte, «emergenze» o «crisi» che fanno sbandare la politica criminale troppo moderna e instabile²⁵⁵ della «postmodernità».

Effetto ultimo: la costruzione di una gigantesca e ipnotica *Illusionsfabrik*, che si alimenta da sé con «double-thinks» e «double-talks» legislativi²⁵⁶, e che come tale svolge un ruolo di (per lo più) consapevole inganno (*Täuschung*) e di autoinganno (*Selbsttäuschung*), o comunque mimetizzatorio (*Tarnung*), rispetto alla soluzione delle questioni reali²⁵⁷.

ledizione» di ogni «scala» della sanzione penale storicamente sperimentata, I. RAGIMOV, *La moralità della pena* (2016), Torino, 2016, 93-107.

²⁵³ W. KARGL, *Die Funktion des Strafrechts in rechtstheoretischer Sicht. Schlußfolgerungen aus dem Milgram-Experiment*, Heidelberg, 1995, VI.

²⁵⁴ Cfr. H. STEINERT, *Über symbolisches und instrumentelles Strafrecht*, cit., 109: «Il diritto penale ci presenta tensioni, sensazioni e interessi che hanno poco da spartire con il contenuto delle norme che di volta in volta vengono in questione». Sulla «politica attraverso il diritto penale come via regale [*Königsweg*] della politica simbolica» W. LEHNE, *Symbolische Politik mit dem Strafrecht. Versuch einer Reinterpretation des Diskurses um symbolisches Strafrecht*, in *Kriminologisches Journal*, 1994, 220; v. anche ID., *Symbolische Politik und politischer Protest – das Beispiel Hafensstraße*, in D. FREHSEE, G. LÖSCHPER, G. SMAUS (a cura di), *Konstruktion der Wirklichkeit durch Kriminalität und Strafe*, cit., 117-133.

²⁵⁵ W. NAUCKE, *Notizen zur relativen Verbindlichkeit des Strafrechts*, in R. ZACZYK, M. KÖHLER, M. KAHLO (a cura di), *Festschrift für E.A. Wolff zum 70. Geburtstag am 1.10.1998*, cit., 362.

²⁵⁶ M. VOB, *Symbolische Gesetzgebung*, cit., 75-77; e già R. HEGENBARTH, *Symbolische und instrumentelle Funktionen moderner Gesetze*, cit., 202, ove si evidenzia, riferendosi al diritto penale ambientale, un'indecisione del legislatore nel «puntare» un obiettivo (ammettendosi in ogni caso che a tali difficoltà contribuiscano le oggettive esigenze di *Ausbalancierung* di interessi contrapposti).

²⁵⁷ M. NEVES, *Symbolische Konstitutionalisierung*, cit., 52: «L'effetto principale della legislazione come formula di compromesso dilatoria consiste nel rimandare la definizione dei conflitti politici, senza risolvere realmente i problemi sottostanti. La «riconciliazione» implica il mantenimento dello *status quo* e una coerente «rappresentazione»/«messa in scena» dei divergenti gruppi politici di fronte al pubblico-spettatore». Sulla mimetizzazione del reale destinatario delle norme indotta dalla legiferazione sim-

Un effetto epidermico e narcotico – per sintetizzare una critica corale – inevitabilmente *di breve durata* posto che leggi *meramente* simboliche²⁵⁸ e come tali «libere da empiria»²⁵⁹, ineffettive («law in the books»)²⁶⁰ e dall'estesissima cifra oscura²⁶¹ – autentico elemento disturbante, *Störfall*, rispetto ai canoni di una scienza della legislazione compenetrata dall'idea di efficienza e di razionalità di scopo²⁶² – non potranno che rapidamente produrre dolorose delusioni di aspettative («Erwartungsenttäuschungen») e scuotere ancora di più, o forse sotterrare («untergraben»), la precaria fiducia della popolazione nell'amministrazione della giustizia²⁶³.

È vero anche – una notazione simile l'abbiamo proposta a corredo della rassegna sugli aggettivi²⁶⁴ – che sembra al tempo stesso poco convincente che la simbolica penale – o il diritto penale in sé – sia *solo*, o *generalmente*, inganno (come invece in specie le voci più critiche sopra richiamate tendono a suggerire).

bolico-espressiva, C.E. PALIERO, *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed 'effetti penali' dei media)*, cit., 530.

²⁵⁸ A «Gesetze mit reinem Symbolcharakter» si riferiva già P. NOLL, *Gesetzgebungslehre*, cit., 157.

²⁵⁹ W. KARGL, *Die Funktion des Strafrechts in rechtstheoretischer Sicht*, cit., VI.

²⁶⁰ W. HASSEMER, *Das Symbolische am symbolischen Strafrecht*, cit., 1004 e 1009; H.-H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, V ed., Berlin, 1996, 52, con l'esempio della scarsa sedimentazione sociale, e corrispondente infrequenza applicativa, di talune prescrizioni in materia di circolazione stradale.

²⁶¹ F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., 228-229; A. BARATTA, *Funzioni strumentali e funzioni simboliche del diritto penale. Lineamenti di una teoria del bene giuridico*, in *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, II, *Saggi teorico-giuridici*, Milano, 1990, 45; A.F. TRIPODI, *Informazioni privilegiate e statuto penale del mercato finanziario*, Padova, 2012, 3-4; L. EUSEBI, *Nemmeno la Corte di giustizia dell'Unione europea può erigere il giudice a legislatore*, in C. PAONESSA, L. ZILLETTI (a cura di), *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie. I nuovi scenari della soggezione al diritto dell'Unione europea: a proposito della sentenza della Corte di Giustizia Taricco*, cit., 99.

²⁶² P. NOLL, *Gesetzgebungslehre*, cit., 157; M. VOB, *Symbolische Gesetzgebung*, cit., 2-3.

²⁶³ W. HASSEMER, *Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz*, cit., 188.

²⁶⁴ *Supra*, II.2.

Intendiamoci: non si esclude che in casi *individuati e individuabili* la menzogna sulla sfera dei destinatari ricorra davvero.

Il *dramma, piaccia o non piaccia, necessario* del penale quale arma a doppio taglio²⁶⁵ è felicemente sottoposto a istanze fondative di grado più elevato, in rapporto ad altri tipi di intervento giuridico, e fra queste istanze c'è quella del parlar franco ai consociati: *sui confini tra lecito e illecito* – e in proposito l'accento è sul rispetto di riserva di legge e determinatezza²⁶⁶ – ma anche, e verrebbe anzi da dire in primo luogo, *sul destinatario della norma*: il quale, si ribadisce, dev'essere il potenziale autore e non la cittadinanza da tranquillizzare o da rabbonire²⁶⁷ – e qui il discorso *stricto sensu* riguarda l'impronta strumentale e non simbolica che ha da assumere un diritto penale liberale costituzionalmente orientato –.

Anche etimologicamente il simbolo è composto da due tessere, una visibile e una invisibile²⁶⁸.

Ma già su un piano logico (e sul piano di una visione né pessimistica, né idealtipica, ma – credo – *induttivamente realistica*, della costruzione sociale) appare irragionevole che nell'invisibile o nel non espresso ci sia solo (o in larghissima prevalenza) volontà ingannatoria.

²⁶⁵ F. VON LISZT, *La teoria dello scopo nel diritto penale* (1905), a cura di A.A. CALVI, Milano, 1962, 46: «tutela di beni giuridici attuata attraverso lesione degli stessi». La nota immagine è ripresa nel nostro contesto argomentativo del simbolismo e della strumentalità da M. JÄGER, *Symbolisches Strafrecht – expressive Kriminalpolitik*, cit., 53.

²⁶⁶ Giacché, parafrasando M. SCOLETTA, *Le parole sono importanti? “Fatti materiali”, false valutazioni di bilancio e limiti all'esegesi del giudice penale*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 4/2016, 163, le parole del legislatore penale sono (non dirimenti ma in ogni caso) *decisamente (perimetralmente) importanti*.

²⁶⁷ Sul diritto penale orientato alla «tranquillizzazione del dirimpettaio», e sui connessi concetti di «autorappresentazione» e di «appello» legislativi, M. VOß, *Symbolische Gesetzgebung*, cit., 76.

²⁶⁸ G. RAVASI, *Che cos'è l'uomo? Sentimenti e legami umani nella Bibbia*, Cinisello Balsamo, 2011, 109; e M. VENEZIANI, *Alla luce del mito. Guardare il mondo con altri occhi*, Venezia, 2017, 12, 32 e 66: notevoli libri, nei quali il concetto di simbolo o segnacolo trova poliedrica illustrazione. Sull'etimologia di «simbolo» v. anche, con ulteriori riferimenti, F. TENORIO TAGLE, *Il delitto e il controllo del delitto nella post-modernità* (2014), Bologna, 2015, 71.

Su un terreno poi, per dir così, di *psicologia del rapporto fra formanti*, “gridare costantemente all’inganno” non aiuta a impostare una critica più analitica e a lungo andare fa perdere credibilità e forza alla critica stessa (si rischia, insomma, un «effetto Cassandra»).

Correttissima l’*anamnesi*, non pienamente persuasiva dunque la *diagnosi* intorno alla «fabbrica di illusioni».

Nel cap. III, del resto, come preannunciato, si cercheranno di delineare i termini di una auspicabile armonia fra (*prevalente*) funzione «strumentale» e (*secondaria*) funzione «simbolica».

Continuiamo però con la *pars destruens*: che, per l’appunto, *esaspera* qualche aspetto, ma *coglie nel segno* circa numerosi e importanti profili.

5. Forme di manifestazione del diritto penale simbolico

Significativamente differenziate sono le «figure sintomatiche»²⁶⁹ di un *surplus* di simbolicità che *trasforma* la norma penale in mezzo principalmente rassicuratorio-espressivo, quasi *dimenticandone* la vocazione di strumento di prevenzione e repressione di fatti offensivi rispetto a beni della massima rilevanza a livello costituzionale e sociale.

5.1. Preamboli ad pompam

Una forma *concettualmente non trascurabile* e anzi su vari piani *pregiudizievole*, anche se poi *ermeneuticamente superabile*, è data dalla “riscoperta” della tecnica preilluministica del «preambolo»²⁷⁰ cui si assiste nella produzione legislativa dei nostri tempi e della quale apripista,

²⁶⁹ La nozione, propriamente amministrativistica, è adottata da E. STRADELLA, *Recenti tendenze del diritto penale simbolico*, cit., 206, che osserva (218) come alla pluralità di modi di essere si accompagni un «espansionismo “numerico”» del diritto penale simbolico, per l’allungarsi della sua ombra a settori sempre più vasti dell’ordinamento.

²⁷⁰ Da ricomprendere fra le c.d. norme finalistiche o di scopo: F.C. PALAZZO, *Tecnica legislativa e formulazione della fattispecie penale in una recente circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri*, in *Cass. pen.*, 1987, 239-240.

nel nostro ordinamento, fu il «proclama» (l'art. 1) che introduce la l. 22/5/1978, n. 194 sull'interruzione volontaria della gravidanza.

Il ricorso a «dichiarazioni d'intenti» o «manifesti» normativi rappresenta infatti un *espediente* per diffondere strategicamente presso la collettività, attraverso la «cassa di risonanza» offerta dai *massmedia*²⁷¹, o con altri canali di informazione, un messaggio intorno alla *presa in consegna*²⁷² di date istanze di tutela da parte di un legislatore che intende mostrarsi *attento e deciso*²⁷³: cui peraltro, nel passaggio dall'*incantesimo* del dover essere alla *crudeltà* dell'essere, può corrispondere una «contraddizione tra ciò che il legislatore dichiara di perseguire [...] e ciò che egli persegue veramente o il sistema effettivamente realizza»²⁷⁴.

Né sul piano della *correttezza* della tecnica legislativa²⁷⁵, né su quello della *serietà* degli intenti, né sul versante della *trasparenza* del flusso comunicativo fra autorità e cittadino²⁷⁶, né infine sul terreno della *faci-*

²⁷¹ Cfr. C. FIORE, *I limiti di espressione dell'antagonismo politico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 898: «è una quantità sterminata di emittenti radiotelevisive, di giornali online – e, più in generale, il Web e i suoi derivati – a veicolare e diffondere, con un'ampiezza e una capillarità un tempo impensabile, ogni forma di discorso pubblico, a replicarlo, ad amplificarlo».

²⁷² R. HAMEL, *Strafen als Sprechakt. Die Bedeutung der Strafe für das Opfer*, cit., 256.

²⁷³ Cfr. W. HASSEMER, *La prevenzione nel diritto penale*, cit., 421; J.-M. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, cit., 482.

²⁷⁴ A. BARATTA, *Funzioni strumentali e funzioni simboliche del diritto penale*, cit., 46, segnalando anche come veicolo di siffatta contraddizione le relazioni introduttive dei progetti di legge.

²⁷⁵ Cfr. F.C. PALAZZO, *Tecnica legislativa e formulazione della fattispecie penale in una recente circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri*, cit., 239-240, che riconosce alle disposizioni enuncianti *ratio* o scopo del relativo atto normativo la capacità di «spezzare il noto "circolo vizioso" in cui viene a trovarsi l'interprete quando, per chiarire teleologicamente il significato della formula, è costretto a rivolgersi unicamente a quest'ultima per individuare la *ratio legis* che gli servirà a sua volta quale ausilio interpretativo della formula stessa»; d'altro canto, però, sconsigliano l'uso di siffatta tecnica il fatto che «l'esplicitazione testuale della *ratio* o dello scopo non può avvenire che in formule legislative sintetico-valutative estremamente ampie ed assolutamente imprecise, senza contare poi che – soprattutto quando si tratta di norme incriminatrici – la *ratio legis* può essere differenziata per ogni singola fattispecie criminosa».

²⁷⁶ L'esigenza di salvaguardare questo costante flusso è il *Leitmotiv* del saggio di D. CASTRONUOVO, *Clausole generali e diritto penale*, cit., 477-495.

litazione dei compiti dell'interprete teorico e pratico, possono pertanto apprezzarsi proemi con i quali, pomposamente e pilatescamente²⁷⁷, si dichiara la direzione della tutela nei confronti di uno o più beni giuridici: beni magari *fasulli* perché smentiti dai fatti ovvero dalle vicende ermeneutiche dell'integrale dato normativo, *non pienamente afferrabili*, o *manipolabili* a seconda delle convenienze di politica criminale giudiziaria.

Quei difetti di correttezza, di serietà e di trasparenza gravano pesantemente su preamboli redatti *ad pompam vel obstentationem* e risultano *irrimediabili*: nel primo o nei primi articoli di una legge i consociati devono poter trovare indicate finalità *reali e realmente raggiungibili*; una sfasatura anche solo parziale fra dichiarato e perseguito/perseguibile rende l'indicazione parlamentare *illegittima sostanzialmente*, pur nella difficoltà o nella attuale impossibilità di individuare un parametro di *illegittimità formale* cui ancorare una declaratoria di incostituzionalità: il parametro con cui giudicare il simbolismo del preambolo non sembra, oggi come oggi, poter essere individuato nella *determinatezza*, perché i cappelli introduttivi, pur con qualche "ampiezza" di troppo, inclinano *addirittura didascalicamente* alla chiarezza e alla nettezza dell'enunciato, e come tali si sottraggono alla censura di contrasto con il combinato disposto degli artt. 25, co. 2, 24, co. 2 e 112 Cost. (discorso diverso, e più fecondo in chiave di avvicinamento fra illegittimità sostanziale e illegittimità formale, sarebbe se la determinatezza fosse, finalmente, univocamente intesa non in un senso *estrinseco, monadico* e in definitiva *apparente*, ma in un significato implicante penetranti raffronti e valutazioni *di sistema*)²⁷⁸.

²⁷⁷ Sul ricorso a «cappelli» introduttivi come pomposa e pilatesca «autogiustificazione» del legislatore volta a celare «di aver fatto l'ennesima brutta legge», A. CADOPPI, *Pre-Art. 600-bis c.p.*, in ID. (a cura di), *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, IV ed., Padova, 2006, 35-38, con particolare riguardo alla «legge antipedofilia».

²⁷⁸ Sulla determinatezza come «imperativo di sistema» – sullo sviluppo cioè di «una *Gesetzgebungslehre* di elevato spessore a livello di costruzione di un 'sistema' capace di additare con la dovuta chiarezza la 'sfera di pertinenza' delle singole incriminazioni», così da impedire disinvolti "passaggi" giudiziari dall'una all'altra delle "possibili" soluzioni repressive –, G. DE FRANCESCO, *Brevi spunti sul caso Contrada*, in *Cass. pen.*, 2016, 15 e 17; M. D'AMICO, *Il principio di determinatezza in materia pena-*

Sull'ultimo piano citato, lo *sforzo supplementare* cui un articolo 1 "traditore" costringe l'interprete potrà invece essere *premiato da successo*, e cioè da una più coerente "rilettura" dell'oggetto giuridico specifico, anche *oltre* o perfino *contro* il preambolo stesso (come consente il *rubrica legis non est lex*).

Quanto precede potrebbe essere esemplificato con il preambolo contenuto nella l. 376/2000 in materia di *doping*, che indica gli obiettivi di «promozione della salute individuale e collettiva» e di «rispetto dei principi etici e dei valori educativi richiamati dalla Convenzione contro il *doping*», *senza distinguere* tra condotte di eterodoping e di autodoping: un proemio verboso (anche savonaroliano), ambiguo, complessivamente criticabile (oltre che per i profili generali sinora esposti, anche per la sua inclinazione plurioffensivista), e in grado di fornire l'unica consolazione di una sua sterilizzabilità in via ermeneutica²⁷⁹.

5.2. *Traslazione di una norma intra moenia codicis per motivi di facciata*

Una seconda ipotesi sintomatica di simbolismo penale, anch'essa se vogliamo non drammatica nelle conseguenze (ché di non metaforico dramma dovrà invece parlarsi per le successive, prototipiche forme), ma comunque da non sottovalutare, è ravvisabile nell'inserimento *essenzialmente emotivo-espressivo* di una norma, anziché nella *legislazione accessoria*, o complementare (extracodicistica), all'interno del

le fra teoria e giurisprudenza costituzionale, in *Giur. cost.*, 1988, 317-325; L. STORTONI, *L'introduzione nel sistema penale dell'errore scusabile di diritto: significati e prospettive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 1319; N. MAZZACUVA, *A proposito della «interpretazione creativa» in materia penale: nuova «garanzia» o rinnovata violazione di diritti fondamentali?*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, cit., 445; in chiave monografica, sull'evocato problema di "pertinenza", M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple nel diritto penale. Contributo allo studio del concorso apparente di norme*, Torino, 1997.

²⁷⁹ Per una lettura dell'oggetto di tutela della l. 376 «oltre il preambolo» e «differenziata» (nel senso cioè dell'emersione del bene patrimonio, in relazione all'autodoping, e cioè al fatto di assumere sostanze dopanti o di sottoporsi a pratiche vietate), sia permesso richiamare S. BONINI, *Doping e diritto penale*, cit., 156-174, 298-304, 347-348.

codice penale; lo stesso vale per la traslazione di una norma, originariamente collocata nell'*extra codicem*, nel nuovo contesto del *corpus codicistico*.

Discutibile, sotto il profilo di un'analisi del rapporto fra strumentale e simbolico, è ovviamente quando a tale operazione il legislatore si induca non per fondate ragioni contenutistico-materiali o tecnico-legislative ma per ottenere meri effetti *retorici* o *di facciata*.

Sul piano strumentale – *id est*: sul piano di una tutela del bene conformata ai canoni della migliore scienza della legislazione del momento storico – si danno evidentemente ottime ragioni per preferire l'ubicazione *intra moenia codicis*: si tratta infatti dello *specifico antidoto* al processo noto come *decodificazione* (che Natalino Irti diagnosticò per il diritto civile²⁸⁰, e che rientra nel mirino di numerosi penalisti²⁸¹); il quale antidoto reca con sé una serie di benefici che, come ci insegna il romanista e lo storico del diritto, più ampiamente si collegano alle prestazioni dell'opera codificatoria in chiave di «razionalità», «leggibilità», «utilizzabilità (presente e futura)», «semplificazione», «sintesi»²⁸² e che, nel dettaglio penalistico, sono spiegabili in termini di riconduzione «sociopedagogica» dell'illecito a una tavola di valori fondamentale per i consociati e in termini di contrasto alla proliferazione di illeciti «minori, minimi e introvabili»²⁸³ (soprattutto quest'ultimo aggettivo ci inte-

²⁸⁰ N. IRTI, *L'età della decodificazione*, IV ed., Milano, 1999 (e *ivi* «L'età della decodificazione» vent'anni dopo», 3-13).

²⁸¹ Per tutti, M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple nel diritto penale. Contributo allo studio del concorso apparente di norme*, cit., 116-117, 119-137 e 217-222, 262-265 per suggerimenti volti a recuperare centralità al codice, senza trascurare istanze di anticipazione e specializzazione della tutela; ID., *Fantastic voyage. Attraverso la specialità del diritto penale*, Torino, 2017, 105-114 (in una sezione significativamente intitolata *Big Bang*).

²⁸² R. BONINI, *Un «ordinato codice di leggi romane». Il giudizio degli illuministi italiani sulle Istituzioni di Giustiniano*, Bologna, 2001, 10.

²⁸³ Testualmente ancora però uno storico del diritto: M. SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, cit., 541 (*amplius* 538-541 sulla «strisciante emarginazione del codice», dello «Ur-Strafrecht» o «penale alto», a favore di subcomplessi o «atolli» di settore alla costante ricerca di una «flessibile efficacia», e perciò «aggiustabili in progress»). Di «esilio» di illeciti economici e ambientali nella legislazione speciale scrive C.E. PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, cit., 887.

ressa per il discorso che stiamo svolgendo: si è parlato a riguardo, più prosaicamente, di norme «intruse», per designare proprio norme “intrufolate” nei più svariati provvedimenti legislativi e, data l’eterogeneità dei contenuti rispetto al “provvedimento principale”, a rischio non solo di *disagevole reperibilità* ma – perlomeno temporaneamente – di *ignoranza* della loro stessa esistenza)²⁸⁴.

È chiaro peraltro che l’inserimento nel codice non assicura *di per sé* una maggiore protezione ai beni giuridici interessati.

Buoni, e ormai consolidati, in campi di materia caratterizzati da un grado elevato di tecnicismo, possono risultare anzi i motivi per adottare una soluzione extracodicistica: il forzato inserimento nel codice dando luogo alla *Nebenwirkung*, all’effetto collaterale indesiderato, di recidere il cordone ombelicale che lega il penale ai presupposti extrapenalici di base e rendendo meno intellegibile e coordinato il *Zusammenlesen*, la lettura funzionalmente e sistematicamente congiunta di extrapenale e penale attivato in chiave sanzionatoria, fino a rendere teorizzabile (con precipuo riferimento alla sicurezza alimentare) l’esistenza di norme che «non possono stare nel codice penale»²⁸⁵.

²⁸⁴ F.C. PALAZZO, *Tecnica legislativa e formulazione della fattispecie penale in una recente circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri*, cit., 235, che vede tale tipo di norme quale conseguenza indiretta e distorta dei tempi lunghi dell’*iter* legislativo, l’«intrusione» nel corpo di un certo atto normativo in corso di discussione nascendo dall’esigenza di evitare l’attivazione di un secondo *iter* legislativo.

²⁸⁵ Per un quadro molto equilibrato su tale delicata questione tecnica (e simbolica) v., in relazione a un settore da questo punto di vista nevralgico, C. BERNASCONI, *Il reato ambientale. Tipicità, offensività, anti-giuridicità, colpevolezza*, Pisa, 2008, 5-9, 238-241, segnalando fra l’altro (5) «la fisiologica mutevolezza della realtà extranormativa di riferimento, che potrebbe ripercuotersi negativamente sulla stabilità della disciplina codicistica». Adde T. PADOVANI, L. STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose. Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Bologna, 2006, 27-41; M. DONINI, *Il progetto 2015 della Commissione Caselli. Sicurezza alimentare e salute pubblica nelle linee di politica criminale della riforma dei reati agroalimentari*, in *Dir. agroal.*, 2016, 209-212, 224-227 (226 per l’espressione virgolettata); nella manualistica, D. CASTRONUOVO, *Le fonti della disciplina penale della sicurezza del lavoro: un sistema a più livelli*, in D. CASTRONUOVO, F. CURI, S. TORDINI CAGLI, V. TORRE, V. VALENTINI, *Diritto penale della sicurezza sul lavoro*, Bologna, 2016, 23-28. In particolare, per la proposta di prevedere, quale compromesso fra soluzione codicistica e soluzione extracodicistica, una «condizione di applicabilità della legge penale» consistente in un richiamo

Non sarà dunque semplice distinguere quando l'«opzione codicistica» sia, *iuxta principia*, *tecnico-contenutistica* o, populisticamente, *geografico-simbolica*.

In merito, si può probabilmente invitare a una forma di *cautela* nel formulare censure.

E ciò sia, per l'appunto, in considerazione dell'*obiettiva difficoltà* di separare strumentale e simbolico, profondamente intrecciati nella scelta legislativa sulla sede di disciplina.

Sia perché pare ragionevole attestarsi sull'*in dubio pro legislatore*²⁸⁶, a sua volta connesso da un lato a una *fiducia razionalmente accordabile* (certo, *fino a nuovo ordine!*) agli interventi dello stesso legislatore *penale*²⁸⁷, quale sottocaso del principio ordinamentale di con-

espresso nel codice a ogni nuova norma penale introdotta *extra codicem*, di recente, A. MELCHIONDA, *La deflazione penalistica nell'era del giusto processo*, in UNIONE DELLE CAMERE PENALI ITALIANE (a cura di), *Riscrivere il Codice Penale. I fondamenti*, Pisa, 2014, 96, ritenendo tale possibilità teleologicamente vicina alla centralità del codice penale garantita dalla – però troppo rigida – «riserva di codice» (già recepita nel 1997, come si ricorda, dall'art. 129, co. 4, della Commissione bicamerale) e puntualizzando la solo apparente complessità del meccanismo, in ragione dell'ipotizzabilità della creazione di un sito *internet* da parte del Ministero della Giustizia ove reperire un testo via via aggiornato del codice penale e di tutti i rimandi, in esso inseriti, a disposizioni penali contenute in separate leggi; indicazioni di una simile prospettiva già in M. DONINI, *La riforma della legislazione penale complementare: il suo significato «costituente» per la riforma del codice*, in ID. (a cura di), *La riforma della legislazione penale complementare. Studi di diritto comparato*, Padova, 2000, 46-55, spec. 46-48.

²⁸⁶ *Contra*, almeno in parte, L. EUSEBI, *L'insostenibile leggerezza del testo: la responsabilità perduta della progettazione politico-criminale*, cit., 1669-1677, ove si argomenta (testualmente 1669) che, «per molti aspetti, il potere legislativo *non esiste più*, almeno se ci si affranca da una visione solo formale»; anche M. DONINI, *Il progetto 2015 della Commissione Caselli. Sicurezza alimentare e salute pubblica nelle linee di politica criminale della riforma dei reati agroalimentari*, cit., 219, nt. 19, almeno per il diritto penale alimentare ritiene che «la vera domanda sarebbe: “chi è il legislatore?”».

²⁸⁷ M. GALLO, *Quando i principi affossano i principi*, in *Crit. dir.*, 2016, 26: «un'esegesi ragionevole è possibile solo a patto di convenire che il linguaggio del legislatore sia sorretto da una logica mirata ad un certo fine. Se dice o non dice qualcosa è perché vuole o non vuole un'altra cosa. A pensarla diversamente, si apre la strada ad ogni sorta di relativismo».

servazione degli atti giuridici²⁸⁸; dall'altro, all'opportunità, su cui abbiamo già insistito²⁸⁹, di non *sovresporre* il ruolo di contropotere critico della dottrina, o di esercitarlo solo di fronte a situazioni di *accertata o plausibile* violazione di principi o di regole della materia.

Cautela, dunque, *ma senza che* la critica debba uscirne imbrigliata.

Indicatori ausiliari di una decisione *pro-codice* di tenore simbolico potranno essere invero l'evidenza o la *ripetività massmediatica* con la quale la politica comunica l'introduzione/l'inasprimento della tutela; la distonia di tale decisione rispetto alle determinazioni adottate nel *quadro comparato*; l'accompagnarsi della scelta codicistica a *sicure forme* di manifestazione di simbolismo penale.

L'*indicatore primario* di un'ispirazione programmaticamente simbolista dell'inserimento di una norma nel codice consisterà invece nell'*ostinato disinteresse* legislativo per una ponderazione tecnica dei rispettivi vantaggi e benefici della soluzione codicistica e della soluzione «complementare»: potendosi tale disinteresse, senza equivoci, ricavarsi in forza dell'*interpretazione storica* e in particolare grazie al contenuto o – meglio – ai silenzi dei *lavori preparatori*.

5.3. Costruzione di fattispecie-doppione

Siamo così a due ulteriori forme di manifestazione di simbolismo penale, del quale rappresentano anzi una modalità, per riprendere la critica in aggettivi, di tipo palesemente «irrazionale – costoso – repressivo – arcaico» o (*almeno negli intenti*) «esemplare – satisfattorio – draconiano – terroristico».

Viene in rilievo innanzitutto la creazione di fattispecie, spesso molto analitiche, ostentate come «imprescindibili»²⁹⁰ quando invece quelle,

²⁸⁸ Cfr., volendo, S. BONINI, *Doping e diritto penale*, cit., 268-269 per una riflessione sull'accostabile criterio di «economia delle parole del legislatore».

²⁸⁹ V. *supra*, quale motivo conduttore del cap. I, e anche in questo cap., in particolare nel concludere i paragrafi dedicati al simbolismo in forma di aggettivi (II.2) e di censure (II.4).

²⁹⁰ S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., 54; G.M. PALMIERI, *La prevalenza di interessi patrimoniali nella disciplina del riciclaggio e la punibilità dell'autoriciclaggio come simbolica incriminazione del bis* in eadem, in *Ind. pen.*, 2016, 57.

più generali, già esistenti risulterebbero sufficienti o in ogni caso quando le nuove non offrono prospettive di sostanziale miglioramento in termini di *efficacia preventiva*, di *tutela del bene* (ovvero di copertura del *disvalore d'evento*) e, soprattutto, in termini di *certezza della pena* (ché tutela del bene ed efficacia preventiva restano *in the books* se il rischio di vedersi scoperti e sanzionati è statisticamente marginale, e tale da apparire sensatamente affrontabile in una filosofia di costi e benefici)²⁹¹.

Si pensi, in materia di *sicurezza sul lavoro*, alla previsione, nel d.lgs. 81/2008, di minuziosi illeciti contravvenzionali, che si aggiungono alle figure-madre di omissione dolosa e di omissione colposa di cautele contro infortuni sul lavoro ai sensi, rispettivamente, degli artt. 437 e 451 c.p.

Sul piano del rapporto strumentale/simbolico, dobbiamo qui chiederci: in una prospettiva di diritto penale della sicurezza del lavoro *ulteriormente ridotto* (ulteriormente: in rapporto agli stralci di disciplina penale già operati nel 2008 rispetto al d.lgs. 626/1994), si potrebbe ipotizzare una sorta di *ritorno alle origini*, e dunque un sistema esclusivamente gravitante sugli artt. 437 e 451, opportunamente riformulati in modo più comprensivo (nel senso cioè di abbracciante anche le figure di reato depenalizzate) ma anche tassativo; oppure vi sono buone ragioni per mantenere un impianto come l'attuale, popolato di decine di norme a *struttura sanzionatoria*²⁹²?

²⁹¹ In Germania, collega *Redundanz und Symbolik* E. HOVEN, *Was macht Straftatbestände entbehrlich? – Plädoyer für eine Entrümpelung des StGB*, in *ZStW*, 2017, 344. L'autrice esemplifica con la «autonomizzazione» del matrimonio coatto (§ 237 *StGB*) in rapporto alla coercizione (§ 240 *StGB*), con cui il legislatore avrebbe inteso fornire un «chiaro segnale» volto ad ancorare il disvalore del matrimonio coatto nella coscienza collettiva: «Sul valore di una tale simbolica legislativa si possono nutrire diverse opinioni. Il fatto che il diritto penale comunichi in maniera differenziata le proprie aspettative di comportamento, non è in sé dannoso. Ciò non dovrebbe tuttavia condurre a elaborare un “manuale di responsabilità e solidarietà sociale” [Kindhäuser]. D'altra parte potrebbe rivelarsi complesso rinunciare a una norma “simbolica”: anche se si consideri inutile il § 237 [...], un intervento legislativo di abrogazione rappresenterebbe un segnale indesiderato nella falsa direzione».

²⁹² Sulla *fisiologia dell'intersezione* di penale ed extrapenale v. L. FOFFANI, *Infedeltà patrimoniale e conflitto d'interessi nella gestione d'impresa. Profili penalistici*, Mi-

Rinviando ad altra sede per una più analitica dimostrazione²⁹³, mi limiterei qui a osservare come *non sia automatica* la riespansione di illeciti più generali – nel nostro caso, quelli di cui agli artt. 437 e 451 c.p., eventualmente perfezionati e integrati *de lege ferenda* – quale conseguenza della depenalizzazione di fattispecie complementari.

Ma anche quando tale riassorbimento effettivamente si produca, va aggiunto che non sempre si potrà rinunciare a cuor leggero alla previsione di fattispecie complementari (di dettaglio, analitiche, «avamposto»), spesso «*strumentalmente*» *non disprezzabili*: esse infatti, in una logica di «sintesi superiore» di disvalore *d'evento* e disvalore *d'azione*, mettono meglio a fuoco quest'ultimo²⁹⁴, indicando all'agente (nella struttura del decreto prevenzionistico, un soggetto che riveste una peculiare qualifica soggettiva e una peculiare legittimazione al reato) precise, quasi casistiche, regole di condotta da osservare puntualmente in vista dell'obiettivo di tutela; implicando viceversa le figure codicistiche *ex artt. 437 e 451* una maggiore latitudine applicativa, con il rischio di oscillazioni ermeneutiche per l'essere la decisione giudiziale legata non a un giudizio di difformità rispetto a un determinato *standard* di comportamento ma a una valutazione più "laica" sulla rilevanza e sulla significatività delle cautele omesse, salvo recuperare la sottostante regolamentazione extrapenale in chiave ermeneutica: non più peraltro in forma di rinvio «selettivo» ed «esplicito», ma in forza di un rinvio «onnicomprensivo» e «implicito»²⁹⁵, con tutte le ambiguità che, in materie

lano, 1997, 434-440 che invita ad abbandonare la «lettura riduttiva e quasi caricaturale del modello della sanzionatorietà» e molto opportunamente distingue tra «sanzionatorietà *in senso lato*», «sanzionatorietà *in senso stretto*» e «sanzionatorietà *in senso estremo*» (persino quest'ultima non ripudiabile in via anticipata, pena la *mitizzazione* di un «buon vecchio liberale e decoroso diritto penale nucleare»).

²⁹³ S. BONINI, *Fattispecie «complementari» inutile «doppione» di norme penali più generali?*, in M. DONINI (a cura di), *Modelli ed esperienze di riforma del diritto penale complementare. Atti del Convegno (Modena, 14-15/12/2001)*, Milano, 2003, 267-276.

²⁹⁴ Sul necessario dosaggio nel "compendio" di disvalore *d'evento* e *d'azione*, in rif. a un'altra sicurezza (quella alimentare), M. DONINI, *Il progetto 2015 della Commissione Caselli. Sicurezza alimentare e salute pubblica nelle linee di politica criminale della riforma dei reati agroalimentari*, cit., 219.

²⁹⁵ Intendendosi come «implicito» (o «concludente») il rinvio effettuato attraverso un termine che possenga un indiscutibile significato normativo ma che non richiami

tecnicamente complesse, una tale strutturazione del precetto inevitabilmente comporta.

Vero ciò, e vero che lo Stato *sociale* di diritto è «per eccellenza legislatore»²⁹⁶, la creazione di fattispecie *penali*-doppione dà luogo però a un grave problema.

Parlo infatti di fattispecie-doppione nel senso di una coincidenza *non* quanto a oggetto materiale e (livello di definizione della) condotta *ma* in riferimento alla sovrapposizione, rispetto al sistema codicistico, di un sottosistema che “raddoppia” la *tutela dello stesso bene* (la sicurezza sul luogo di lavoro) per scopi di *prevenzione generale negativa, pericolosamente sul crinale* della prevenzione generale tramite incertezza.

Si badi: la prevenzione-intimidazione è finalità *non certo illegittima in sé*, rappresentando a ben vedere ciò che «spiega il diritto penale *politicamente*, come strumento razionalmente plasmabile in vista di scopi concernenti la vita e la convivenza nella *polis*»²⁹⁷; si consideri poi che l’idea di un individuo effettivamente motivabile dalla minaccia della pena, senza essere decisamente condizionato da fattori a essa esterni, è stata sì, in considerazione del margine di ipoteticità, tacciata di astratto e utopico razionalismo: l’obiezione tuttavia sembra più mettere in luce i limiti della prevenzione generale-deterrenza, che condurre alla negazione della sua sostenibilità teorica e pratica²⁹⁸.

L’intervento penalistico/la prevenzione generale negativa diviene invece “*alternativamente*” *illegittimo/a* (basta cioè la sussistenza di una delle tre ipotesi) quando non risulti previamente giustificato da verifi-

precisamente alcuna specifica disposizione: v. gli importanti distinguo di A. DOVAL PAIS, *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*, Valencia, 1999, spec. 90-93, 196-198. Ancora nel penale alimentare, per un *caveat* a non «trasformare lo stesso codice penale (art. 439 ss. c.p.) in un grande art. 5, legge n. 283/1962», M. DONINI, *Il progetto 2015 della Commissione Caselli. Sicurezza alimentare e salute pubblica nelle linee di politica criminale della riforma dei reati agroalimentari*, cit., 219.

²⁹⁶ M. SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, cit., 548.

²⁹⁷ D. PULITANÒ, *Diritto penale*, VI ed., Torino, 2015, 54; M. DONINI, *Teoria del reato. Una Introduzione*, cit., 89.

²⁹⁸ F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, VI ed., Torino, 2016, 17.

che empiriche a tutto tondo sul rispetto del principio di *ultima ratio*; quando non sia costruito con scrupolosa attenzione alle limitazioni derivanti dai principi di *colpevolezza* e di *proporzione*; quando, anche senza poter puntare – lo impedisce il principio di realtà – a un effetto piazza pulita (a uno spiegamento di efficacia dissuasiva che raggiunga il 100%, o vi si avvicini), risolva perversamente la sua efficacia, à la Popitz, nell'incertezza *disorientante e paralizzante* l'agire del cittadino²⁹⁹.

Per quanto a noi qui più direttamente interessa, è perciò (non la nuova tipizzazione di disvalori di condotta tassativi, isolatamente presi ma) la massa, o il *blocco erratico*, delle fattispecie affollanti l'universo penal-lavoristico a creare *disorientamento, incertezza*³⁰⁰, *patologizza-*

²⁹⁹ Cfr. H. POPITZ, *Über die Präventivwirkung des Nichtwissens* (1968), in ID., *Soziale Normen*, Frankfurt am Main, 2006, 164: «Nessun sistema di norme sociali è in grado di promettere una perfetta trasparenza del comportamento senza esporsi a una figuraccia mortale. Una società che scoprisse ogni comportamento deviante distruggerebbe immediatamente la sua validità. [...] Le violazioni della norma sono inevitabili. Ma è evitabile – ed è sempre evitato – che esse emergano tutte alla luce del giorno»; dunque (174), «la pena potrà assicurare la sua efficacia sociale fintantoché la maggioranza non “riceve ciò che merita”». Confutazioni in H. MÜLLER-DIETZ, *Grundfragen des strafrechtlichen Sanktionensystems*, Heidelberg, 1979, 43, revocandone in dubbio, innanzitutto, la «sostanza di realtà»; F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., 230-231, che scrive di tesi «spregiudicata», operante un «sorprendente capovolgimento dei valori» laddove plaude all'inefficienza della giustizia penale senza neppure menzionare «l'abuso e l'invadenza del legislatore», da intendere invece quale «causa prima» di quell'inefficienza; F. SGUBBI, *Il diritto penale incerto ed efficace*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 1198-1199, che in particolare ravvisa nella “prevenzione generale tramite incertezza” [o «generalprevenzione disinformata»: C.E. PALIERO, *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed 'effetti penali' dei media)*, cit., 525; v. anche ID., *Metodologie de lege ferenda: per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*, cit., 524-525, e nt. 48 su Jakobs come *precipitato dogmatico* di Popitz, nonché 553] un fattore di trasformazione del diritto penale in deontologia (e di forzosa «crescita spirituale dei cittadini»; cfr. pure, legando consimili rilievi alla simbolica penale più patologica, E. STRADELLA, *Recenti tendenze del diritto penale simbolico*, cit., 229). Meno critico il riesame della tesi popitziana in M. VOB, *Symbolische Gesetzgebung*, cit., 97-99.

³⁰⁰ Infatti, «troppe informazioni equivalgono di fatto a nessuna informazione»: M. AINIS, *L'eclissi della legge*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, vol. I, Napoli, 2004, 28.

zione della prevenzione generale negativa, *duplicazione di fattispecie...* doppia, ovvero illusoria, se non illusionistica (si ritorna sotto quest'ultimo profilo a una critica discussa nel paragrafo precedente).

Alla difficoltà *a monte* per il singolo (anche se «qualificato») nel *dominare un microsistema* di disciplina – ch  la possibilit  di conoscenza del singolo precetto deve tradursi in piena, complessiva padronanza della trama di disposizioni che compongono un dato sottosistema, affin  che possa aversi *rimproverabilit  in senso normativo* – si unisce fatalmente, *a valle*, una frequente *incertezza applicativa* secondo le cadenze, con *Alberto di Martino*, della *sequenza infranta*, ovvero della diffusa dissociazione tra reato e pena³⁰¹: la «mimica inoffensiva»³⁰², o la «subeffettivit »³⁰³, caratteristica ormai di numerose fattispecie penali, quasi (se non del tutto) “silenziate” in giurisprudenza, e non certo per il pluricausale margine di aleatoriet  che si ha regolarmente al momento della loro concreta applicazione, se non addirittura per l'accennato ottimale esercizio di idoneit  dissuasiva.

La duplice incertezza, *ex ante* ed *ex post*, prodotta da fattispecie-doppione si risolve cos  in simbolismo perch  alla pervasivit  teorica della disciplina si accompagna un effetto ipnotico di rassicurazione e una valorizzazione del bene giuridico pi  declamata che concreta.

Tutto questo, esacerbando forse un po' la “parte distruttiva”; ma, vale la pena rammentarlo, il discorso sulla relazione fra strumentale e simbolico non potr  essere lasciato a met  e verr  il momento (cap. III) di esaminare se sia isolabile una *razionalit  del reale* meritevole di essere *salvata e costruita*.

³⁰¹ A. DI MARTINO, *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, Milano, 1998. Cfr. F. MANTOVANI, *Il vero «diritto penale minimo»: la riduzione della criminalit ?*, cit., 1134: «a “delinquenza reale” fa riscontro sempre pi  una “pena virtuale”, in quanto solo un'esigua minoranza sconta una “pena reale”, poich  autori di reati gravissimi, plurirecidenti, maldifesi, sfortunati (come certi extracomunitari)».

³⁰² F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalit  penale*, Bologna, 1990, 90 (che pur valuta tale fenomeno come «correttivo» rispetto all'affermarsi di una sostanziale «atipicit » dell'illecito penale»). Di diffusa «assenza» della («rinuncia» alla) pena, scrive D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, Milano, 1999, 17.

³⁰³ A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e politica criminale*, cit., 571.

5.4. Inasprimenti sanzionatori

L'altro autentico caposaldo dell'uso simbolico del diritto penale è evidentemente identificabile nell'inasprimento edittale delle sanzioni, secondo la logica distorta del *more of the same*³⁰⁴: una tentazione – non giustificabile con l'effetto «palliativo» o «ansiolitico» recato alla società in generale o a gruppi particolarmente toccati dall'uno o dall'altro problema³⁰⁵ – cui i moderni legislatori stentano a sottrarsi.

Non si tratta, peraltro, di tentazione innocente e priva di conseguenze, dovendosi distinguere tra effetti dell'elevazione delle pene sulla *collettività*, sulla *politica* e sul *singolo*.

Rispetto a collettività e a politica, *accostabili sotto taluni profili* (una comunione di intenti, la loro, nel segno del populismo)³⁰⁶, la «via breve» dell'aumento delle sanzioni rischia di creare, anche a... breve termine, un doloroso effetto-*boomerang*.

³⁰⁴ P. NOLL, *Gesetzgebungslehre*, cit., 113; C.E. PALIERO, «Minima non curat praetor». *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, cit., 32-33; ID., *Il principio di effettività del diritto penale*, cit., 539; J.-M. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, cit., 483-485; G. FORTI, *L'immane concretezza*, cit., 256; W. HASSEMER, *Das Symbolische am symbolischen Strafrecht*, cit., 1007-1008, 1017; V. MAIELLO, *Il delitto di depistaggio: dietro l'esigenza di una nuova tipicità criminosa le insidie del diritto penale simbolico*, in www.lalegislationepenale.eu, 2016, 16; N. MAZZACUVA, *Intervento*, in G. INSOLERA, N. MAZZACUVA, T. GUERINI (a cura di), *Trascrizioni del Seminario Lavori in corso*, cit., 39-40; M. PELISSERO, *Contrasto al terrorismo internazionale e il diritto penale al limite*, in *Quest. giust. (Gli speciali)*, 2016, 112; G. PUGLISI, *A margine della c.d. "aggravante di negazionismo": tra occasioni sprecate e legislazione penale simbolica*, in www.penalecontemporaneo.it, 2016, 35-36; G. DE FRANCESCO, *Crepuscolo di dogmi? Appunti sparsi su di una problematica 'moderna'*, cit., 23; C. LONGOBARDO, *Il diritto penale tra essere e valore: per un recupero dei principi costituzionali nel diritto penale*, in A. CAVALIERE, C. LONGOBARDO, V. MASARONE, F. SCHIAFFO, A. SESSA (a cura di), *Politica criminale e cultura giuspenalistica*, cit., 290. In senso diverso, anche di recente, relativamente a incrementi sanzionatori nel contesto della prevenzione generale «allargata» (per la nozione, contrapposta a quella di deterrenza quale prevenzione generale «ristretta», 1847-1848), A. PALLIARO, *Funzioni della pena criminale*, in *Cass. pen.*, 2016, 1849-1851.

³⁰⁵ Parla di diritto penale impiegato come «placebo» o «medicina» W. HASSEMER, *Interkulturelles Strafrecht*, in R. ZACZYK, M. KÖHLER, M. KAHLO (a cura di), *Festschrift für E.A. Wolff zum 70. Geburtstag am 1.10.1998*, cit., 119.

³⁰⁶ A riguardo *infra*, II.8.4.

In specie, secondo un diffuso rilievo (qui sintetizzato con parole di *Luciano Violante*), il *cittadino comune*, «stimolato dalla carenza di pensiero critico di una parte della comunicazione», opina che «invocare più pena possa costituire una soluzione e tende a valutare il comportamento dei politici sulla base della loro volontà di penalizzazione»³⁰⁷.

Solo che leggi di questo tipo – «simboliche», e al contempo «sperimentali», secondo il concetto fornito *supra*, II.2³⁰⁸ – sono quanto di più lontano dall'ideale di *Francis Bacon* secondo cui «nelle cose difficili [e non c'è dubbio che il trattamento di fatti potenzialmente meritevoli dello stigma criminale rientri nella categoria] non ci si deve attendere che si possa seminare e insieme anche raccogliere, ma è necessaria un'opera di preparazione perché queste gradualmente maturino»: giacché esclusivamente un approccio multilaterale di ampio respiro – che metta in campo l'elevazione delle pene come, per dir così, *ultima ratio* dell'*ultima ratio* – può rendersi efficace strumento di contenimento (non già di azzeramento) della criminalità.

³⁰⁷ L. VIOLANTE, *Populismo e plebeismo nelle politiche criminali*, cit., 205. Per una diversa (ma forse, purtroppo, al di là delle cifre, meno realistica) *interpretazione del sentire simbolico*, rispetto all'irrigidimento del ventaglio edittale, M.M. CORRERA, P. MARTUCCI, C. PUTIGNANO, *Valori, disvalori e crimine nell'Italia alle soglie del duemila. La percezione sociale del concetto di reato. I risultati di una ricerca*, Milano, 1998, 124: solo il 20,8% degli intervistati indicò l'inasprimento sanzionatorio come suggerimento per ridurre la criminalità, a fronte della più elevata percentuale di cittadini convinta della sufficienza dell'applicazione rigorosa delle leggi già esistenti (31,2%) o auspicante interventi politici ed economici per costruire una società più giusta o equilibrata (21,5%).

³⁰⁸ Sul nesso fra simbolismo e sperimentaltà, come (gravi) «limiti alla aspettativa di giustizia», per l'essere un «minimo di efficacia» della norma penale presupposto di «non contraddizione» dell'ordinamento, A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e politica criminale*, cit., 570-571, con ulteriori richiami; M. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale. Dall'oblio al protagonismo?*, cit., 151, intitolando (con riguardo a tendenze normative in materia di vittime vulnerabili) «tra fretta e signoria "simbolica" dello strumento criminale»; e G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, cit., 154: «A ben vedere, l'attenzione rivolta alle basi empiriche degli istituti penalistici è, nel contempo, funzionale ad un potenziamento delle capacità di resa del diritto penale quale strumento effettivo, e non soltanto simbolico, di contrasto della criminalità».

Quegli stessi cittadini che, prontamente assecondati dalla politica, hanno invocato a gran voce pene più severe, al manifestarsi degli insuccessi della «tolleranza zero»³⁰⁹, ovvero della «teoria delle finestre rotte»³¹⁰, saranno costretti a riconoscere che *altri e più completi* (perché situati “alla fonte” dei problemi), erano gli interventi degni di essere reclamati. Salvo poi scordare la lezione³¹¹ e, rinfocolati dai *massmedia*, tornare a chiedere più penale alla prima occasione che da vicino li coinvolga. L’insegnamento di Beccaria sulla necessaria proporzione fra i delitti e le pene³¹², e l’esperienza sugli scarsi vantaggi collegabili a sanzioni più pesanti³¹³, sono evidentemente difficili da metabolizzare...

Non dissimile, per l’appunto, la situazione dei *politici* che si autoassolvono, pensando di aver liquidato il problema con una dosimetria sanzionatoria al rialzo: come di recente nel caso della l. 69/2015³¹⁴, «sa-

³⁰⁹ Scrive di «espressione assurda, che esprime un’utopia reazionaria», L. FERRAJOLI, *L’abuso del diritto penale nella società della paura*, in S. MOCCIA, A. CAVALIERE (a cura di), *Il modello integrato di scienza penale di fronte alle nuove questioni sociali*, Napoli, 2016, 106.

³¹⁰ Sulla *broken windows theory*, volano per «campagne di *law, morality and order*», tornano C. DE MAGLIE, *Punire le condotte immorali?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 949-951, testualmente 949; e M. CAPUTO, *Colpevolezza della persona fisica e colpevolezza dell’ente nelle manovre sulla pena delle parti*, *ivi*, 2017, 166-168.

³¹¹ La storia, del resto, avrebbe potuto ammaestrarci «ben prima della cultura criminologica delle “broken windows”» e dei suoi fallimenti, se è vero che logiche preventive à la Rudolph Giuliani erano sostanzialmente “anticipate” in alcune «vecchie e classiche contravvenzioni contenute nel nostro codice penale del 1930 e in quelli anteriori»: M. DONINI, “Danno” e “offesa” nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell’“offense” di Joel Feinberg, cit., 1565 (v. anche 1590, nt. 111).

³¹² Cfr. L. PICOTTI, *Proporzione fra i delitti e le pene* (Dei delitti e delle pene, § VI), in *Dir. pen. XXI sec.*, 2014, 261-283.

³¹³ Cfr. M.L. FERRANTE, *Il pericolo del populismo penale nelle sue varie forme*, cit., 3-18 e 33, paragonando immotivati inasprimenti sanzionatori alla «strategia per debellare la malaria incentrata sull’aumento a dismisura delle dosi di chinino invece che sulla bonifica delle paludi» e manifestando «il sospetto che, in luogo di una scelta ispirata da teorie o retributive o generalpreventive o specialpreventive o polifunzionali, per il legislatore italiano sia divenuto decisivo uno scopo della pena ben diverso, ossia quello dell’ottenimento del consenso» (18).

³¹⁴ *Disposizioni in materia di delitti contro la pubblica amministrazione, di associazioni di tipo mafioso e di falso in bilancio*.

lutata con un mediatico alleluja da un'altissima carica dello Stato»³¹⁵. Anche qui, l'errore di prospettiva non tarderà a pesare sul conto (ché in questo capitolo continueremo a sviluppare l'idea di come un penale simbolicamente attivato risulti, in più sensi, *costoso*); ma evidentemente... *repetita non iuvant*.

Accanto a inasprimenti immediatamente sensibili, nel contesto della stessa legge 69/2015 si segnala poi, come «ridicolo esempio-limite di assoluta insignificanza»³¹⁶, l'aumento del massimo in tema di peculato, con l'elevazione da dieci anni a dieci anni e sei mesi³¹⁷.

Sul *singolo*, ultimo ma non ultimo, gli effetti di aumenti adrenalini delle sanzioni potranno rivelarsi, in virtù di sequenza infranta³¹⁸, ancora di tipo *cartaceo*; oppure, al contrario, e non pare di poter dire sporadicamente, saranno suscettibili di innescare un concretissimo *simbolismo afflittivo* (categoria di cui s'è discusso *supra*, ragionando intorno a leggi simboliche, teoricamente “solo” «di appello morale»)³¹⁹.

5.5. Anticipazione esasperata della tutela, in collegamento con l'aumento delle sanzioni

Sono note le pulsioni che, a partire fondamentalmente dagli anni '70, e spesso con il *Prüfstand* della tutela dell'ambiente, hanno solle-

³¹⁵ D. PULITANÒ, *Intervento*, cit., 5.

³¹⁶ D. PULITANÒ, *Intervento*, cit., 5, nt. 3; ID., *Diritto penale*, VII ed., Torino, 2017, 54 per la più generale osservazione secondo cui, sul terreno della deterrenza, «[u]no scetticismo di principio appare d'obbligo nei confronti di variazioni modeste rispetto al livello sanzionatorio preesistente; e ciò anche quando si tratti di pene di severità la più elevata in termini assoluti».

³¹⁷ Art. 314, co. 1, c.p., così come modificato dall'art. 1, co. 1, lett. d) della legge 27/5/2015, n. 69. Sul punto, A.M. PIOTTO, *Par. 3*, in S. MILONE, A.M. PIOTTO, *Gli interventi della l. n. 69/2015 sui delitti contro la p.a. e l'associazione di tipo mafioso: “molto rumore per nulla”?*, in www.lalegislazionepenale.eu, 2016, 7. Su un'analogia archiviazione nel capitolo del diritto penale simbolico di una precedente modifica editatale sempre in tema di peculato, e di una in materia di abuso d'ufficio, G. FORNASARI, *Il significato della riforma dei delitti di corruzione (e incidenze “minori” su altri delitti contro la P.A.)*, in *Giur. it.*, 2012, 2693.

³¹⁸ *Supra*, II.5.3.

³¹⁹ II.3, *sub c*).

citato un (opportunamente cauto) “revisionismo” delle censure tradizionalmente mosse alla tecnica del pericolo astratto, *sub specie* di frizione con il principio di necessaria lesività: legittimo cioè, nei limiti della *stretta necessità*, coniare *incriminazioni-avamposto* per salvaguardare *beni altamente personali* in rapporto a situazioni-*standard* di pericolo connotate da *peculiare diffusività*; superandosi così gli altri-menti pressoché insormontabili *problemi di prova* in ordine all’attitudine del fatto a causare un’offesa nel caso concreto³²⁰.

Chiediamoci, dunque: alla (tendenziale) riappacificazione di pericolo astratto e offensività corrisponde una generale armonia fra *anticipazione anche spinta* della tutela ed *esigenza di non-simbolismo* dell’intervento penale?

A mio parere, il “semplice” arretramento della tutela *non è* (ancora) indice di costruzione di una legge pacificatoria, emotivo-conflittuale, *alibi aut similia*³²¹.

Anticipando la tutela, il legislatore non sembra infatti voler intervenire su forme di irrequietezza diffuse nella popolazione, rielaborare in chiave penalistica conflitti in realtà non risolvibili attraverso la pena, dimostrare di avere “comunque” preso in carico il problema.

Piuttosto, è la categoria della legge, e della sottostante «crociata», *simbolico-moralizzatrice* a presentare a tutta prima qualche aderenza al tema «anticipazione della salvaguardia penalistica».

Ma anche a questo proposito, più che l’*an* del valore da proteggere, l’anticipazione interessa in fin dei conti il *quomodo* della protezione: più che *simboleggiare*, si vuole qui *promuovere*³²², tipicizzando – con

³²⁰ Su questi processi v., per tutti, le sintesi di G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VII ed., Bologna, 2014, 216-218; e di D. PULITANÒ, *Offensività del reato (principio di)*, in *Enc. dir. Annali*, VIII, Milano, 2015, 675: sanzionare «microviolazioni» reiterate o perduranti nel tempo appare ragionevole, quando si tratti di pericoli su larga scala, coinvolgenti beni primari.

³²¹ Il riferimento è alle classi di simbolismo esaminate *supra*, II.3, lett. d).

³²² In argomento, con ammirevole energia civile, al di là di possibili torsioni dirigtiche, in contrasto con istanze di sussidiarietà e frammentarietà, vale la pena rileggere G. NEPPI MODONA, *Tecnicismo e scelte politiche nella riforma del codice penale*, in *Dem. e dir.*, 1977, 661-684, ove si assumono (680) «i valori costituzionali [...] non solo come limite negativo dell’intervento penale, ma come presupposto di una concezione promozionale e propulsiva del diritto, superando la funzione tradizionalmente protettiva

una scelta che è *teleologica* e *tecnica* – il momento arretrato a partire dal quale l'aggressione all'oggetto di tutela diviene socialmente e giuridicamente intollerabile, e rendere conseguentemente edotto il soggetto attivo, magari qualificato, che dovrà curvare il proprio dominio sul bene così da prosciugare la sorgente di pericolo.

Propriamente simbolica, e in grado di “arrivare” agevolmente al destinatario del precetto, è dunque solo una situazione, riferibile all'anticipazione della tutela: quella in cui all'anticipazione siano collegati *limiti di pena sproporzionatamente elevati*³²³, non giustificati cioè dal *combinato disposto* rilevanza del bene/sua protezione arretrata.

All'anticipazione della tutela può pertanto negarsi rilevanza come *autonoma* forma di manifestazione di simbolismo penale, risultando essa *consunta* dalla forma ancestrale della “sfrenata” repressione sanzionatoria³²⁴.

e repressiva dell'ordinamento giuridico per attribuire anche al diritto penale il ruolo di strumento che concorre alla realizzazione del modello e degli scopi di promozione sociale prefigurati dalla costituzione». Cfr. C. PEDRAZZI, *Diritto penale*, cit., 153, per la sottolineatura di come, pur dovendosi negare la «tutela del futuribile come tale», e «pur con la parsimonia suggerita da cautele garantistiche e politico-criminali, la sanzione penale sembra prestarsi anche a impieghi propulsivi, intesi a promuovere più soddisfacenti rapporti sociali»; v. anche ID., *Interessi economici e tutela penale* (1985), ora in ID., *Diritto penale*, III, *Scritti di diritto penale dell'economia. Problemi generali. Diritto penale societario*, Milano, 2003, 199, ove si scrive di una vocazione promozionale della legge penale quale «legittima», anche se «tutt'altro che scevra di pericoli».

³²³ Per questa connessione, M. CANCIO MELIÁ, “*Diritto penale*” *del nemico?*, cit., 68, in relazione *stricto sensu* al «diritto penale del rischio» ma, a ben vedere, anche al diritto penale simbolico, collocato in posizione di spicco fra i «fenomeni espansivi» (69). Collega *selettivamente* al simbolismo «talune forme estreme di anticipazione della tutela, per colpire i ‘sospetti’ o ‘potenziali’ autori di atti di violenza politica», G. DE FRANCESCO, *Crepuscolo di dogmi? Appunti sparsi su di una problematica ‘moderna’*, cit., 23.

³²⁴ Più ampio, pur non contenendo talune ipotesi la cui rilevanza simbolica ho cercato di argomentare in questo II.5, è il catalogo delle «figure sintomatiche» di simbolismo enucleato da E. STRADELLA, *Recenti tendenze del diritto penale simbolico*, cit., 206-215, spec. 214-215. L'autrice fa riferimento oltre che, condivisibilmente, all'«aumento edittale delle sanzioni», e alla «introduzione di pene con carattere strettamente (o prevalentemente) retributivo», alla «significativa anticipazione della tutela ed utilizzo di fattispecie di pericolo presunto»: a riguardo v. però quanto appena sostenuto nel testo circa la *necessaria combinazione* di anticipazione e rigorismo. Si indicano poi la «du-

Uguualmente, è parso opportuno dedicare un punto *ad hoc* all’“integrazione” anticipazione dell’intervento/severità delle sanzioni perché l’affiancamento, all’assorbente simbolismo, di una venatura promozionale rende l’ipotesi *ancora più stridente* rispetto a *scuola della ragione e Costituzione*.

6. La «specialità reciproca» fra «delitti naturali» e «delitti tecnici» quanto a incidenza della paura sulla comminatoria penale

L’esercizio di una funzione simbolica riguarda sia il diritto penale *classico* o *nucleare*, sia il diritto penale *tecnico* o *complementare*: ma con delle differenze di significato e di intensità³²⁵, che sarebbe complesso definire come *quantitative* o *qualitative* (si tratta, verosimilmente, di un po’ delle une e un po’ delle altre).

Osserva *Karl-Ludwig Kunz* come una funzione simbolico-espressiva, quasi ieratica, possa attuarsi perfettamente all’interno di un «cristallino» diritto penale ottocentesco, basato su una dogmatica e su criteri di imputazione «xilografati» e concentrato su beni giuridici elementari

plicazione (generalmente contraddittoria) del *messaggio* veicolato dalla norma» e la «*duplicazione* dei destinatari del precetto»: ma in questo caso, più che di specifiche figure o forme, si tratta di *caratteristiche d’unione* dell’intero diritto penale simbolico (*supra*, II.4). Aspetti non di rado *criticamente convergenti* con quelli del diritto penale simbolico, anche qui senza tuttavia – per difetto di specificità – rappresentarne forme peculiari, sono infine presenti nelle seguenti ipotesi menzionate dalla Stradella: «utilizzo di norme penali in bianco» (v. anche 240 per un richiamo all’inosservanza dei provvedimenti dell’autorità *ex art. 650 c.p.*), «indeterminatezza (soprattutto in concreto) delle fattispecie», «rapporto di *inversa proporzionalità tra generalità e astrattezza* riconoscibile nelle disposizioni che mirano a “giurisdizionalizzare” la società del rischio e genericità e indeterminatezza delle relative fattispecie penali, le cui maglie larghe vogliono favorire la natura “manifesto” delle stesse, e caratterizzarle per il valore generalpreventivo positivo» (la formulazione invero, nella prima parte, non sembra per una volta perspicua; v. comunque pure 230), «carenza o debolezza nel livello di offensività della condotta penalmente censurata».

³²⁵ Come ogni modellistica, l’individuazione di questi due tipi ideali sconta ovviamente una «stilizzazione e polarizzazione»: la felice locuzione è in A. BARATTA, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?*, cit., 26.

(vita, integrità fisica, patrimonio), protetti attraverso delitti d'evento dolosi.

Allorché il diritto penale si interessa di valori che non sono profilati nella loro meritevolezza con la stessa chiarezza «fisica» e che pur reclamano un ragionevole riparo mediante la sanzione più incisiva, «la sua forza simbolica corrispondentemente diviene più sbiadita: più particolare, tecnica e lontana dal cittadino è la materia, più la simbolica del diritto penale funziona “in modo leggero”»³²⁶.

Sotto questo aspetto, ci si potrebbe rallegrare che il diritto penale artificiale e complementare³²⁷, paragonato al diritto penale naturale e codicistico, sia sostanzialmente privo di quella *dimensione di censura*, che talvolta affiora «irritante e disdicevole nell'atteggiamento o nell'espressione di un giudice»: con buona pace dell'«imperativo categorico di evitare l'eticizzazione del diritto penale», imperativo da tempo dominante nella *letteratura* penalistica³²⁸.

Solo simbolicamente più leggero il diritto penale extracodicistico/artificiale o, *per altri versi*, invece persino più “pesante” perché contrassegnato da requisiti assenti nel diritto penale ottocentesco e (idealtipicamente?) nucleare?

Un *elemento simbolico aggiuntivo*, a ben vedere, il diritto penale tecnico dell'*extra moenia codicis* lo presenta.

La «marea delle leggi» e la stessa (molto poco frammentaria) *puntigliosità nella previsione* di minuziosissime cautele e posizioni di garanzia³²⁹ – distinte per settori, per ambiti di attività umane e professionali,

³²⁶ K.-L. KUNZ, *Zur Symbolik des Strafrechts*, cit., 361-362: «[...] Dementsprechend ist auch seine Symbolkraft verblasst: Je spezieller, technischer und bürgerferner die Materie, desto „leichter“ gerät die Symbolik des Strafrechts».

³²⁷ Sull'ampia dimensione «artificiale» del diritto penale moderno, la profonda indagine monografica di A. VALLINI, *Antiche e nuove tensioni tra colpevolezza e diritto penale artificiale*, Torino, 2003.

³²⁸ M. DONINI, *Il diritto penale come etica pubblica*, cit., 28.

³²⁹ Moltiplicazione delle posizioni di garanzia che risponde da una parte a esigenze di tassativizzazione (a un'ambiziosa *tassativizzazione della paura*, si potrebbe chiosare: v. testo che segue) ma che dall'altra crea un problema di loro corretta individuazione e delimitazione, per «evitare tanto esiti di responsabilità collettiva, di posizione e a rischio generalizzato [...] quanto opposti effetti di dispersione delle individualità e quindi di *deresponsabilizzazione diffusa*»: v. L. CORNACCHIA, *Posizioni di garanzia nell'ambi-*

forse addirittura (contro l'art. 27, co. 1, Cost., nel suo significato minimo) per tipi d'autore – esprime, infatti, una *specifica forma di paura*.

Vero che «nessun ramo del diritto ha a che fare con l'irrazionale quanto il diritto penale» (un aspetto di quell'irriducibilità del diritto penale a matematica della quale parleremo in sede di *pars construens*)³³⁰ e vero che la paura che prova la *società civile* è ciò che ne comanda la “pancia” e la trasforma in *società punitiva*, è una *diversa paura* avvertita stavolta dallo *Stato* – quella di *fallire in un programma politico-organizzatorio* – a tradursi nel *precipitato tecnico e simbolico* della costruzione di reati artificiali³³¹.

to della sicurezza agroalimentare, in L. FOFFANI, A. DOVAL PAIS, D. CASTRONUOVO (a cura di), *La sicurezza agroalimentare nella prospettiva europea. Prevenzione, repressione*, Milano, 2014, 458-459, segnalando (469-470) una pluralità di paradigmi concettuali (in specie, la clausola generale di cui all'art. 110 c.p., l'aumento del rischio e la colpa per assunzione) attraverso i quali la giurisprudenza fa seguire all'incremento tipico-legislativo delle *Garantenstellungen* effetti espansivi ulteriori (sulla «giurisprudenza simbolica» *infra*, II.7); A. GARGANI, *Profili di responsabilità penale degli operatori della protezione civile: la problematica delimitazione delle posizioni di garanzia*, in M. GESTRI (a cura di), *Disastri, protezione civile e diritto: nuove prospettive nell'Unione europea e in ambito penale*, Milano, 2016, 207-239 evidenziando, con particolare riguardo al settore della protezione civile, problemi in termini di rispetto dell'art. 27, co. 1, Cost. (231) dovuti a una «penetrazione della logica del “rischio” e del “precauzionismo”» ovvero al «condizionamento di parametri fattuali, legati al “senso comune” e alle massime d'esperienza» (239); G. MORGANTE, *Tempus non regit actum*. La parabola discendente del principio di affidamento nella successione “patologica” tra garanti, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 2017, 1-50, e *ivi* (29-38) «diagnosi differenziale», costituzionalmente orientata, di successione in attività inosservanti e delega di funzioni.

³³⁰ *Infra*, III.3.

³³¹ Spunti, e il richiamo testuale, con rinvio a K. LÜDERSSEN, *Über das Irrationale im Strafrecht*, cit., 325-335 [v. anche ID., *Die Steuerungsfunktion des Gesetzes. Überformung oder Gegensteuerung zur Entwicklungstendenz einer Gesellschaft – am Beispiel der stufenweisen Ersetzung der Freiheitsstrafe*, in D. GRIMM, W. MAIHOFFER (a cura di), *Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik*, cit., 166], in M. DONINI, *Per un codice penale di mille incriminazioni*, cit., 1652-1653, che mostra maggiore comprensione verso la prima forma di paura osservando, come «dato di scienza antropologica, prima che di scienza della legislazione»: «la *riduzione della paura* delle vittime verso gli autori resta lo scopo principale del meccanismo punitivo, variamente sublimato nelle diverse funzioni della pena che la tradizione ci ha trasmesso»; mentre in riferimento alla

Prendendo a prestito il lessico del concorso apparente di norme, si potrebbe individuare una *specialità reciproca* o bilaterale nel rapporto fra simbolismo del diritto penale classico e simbolismo del diritto penale moderno: il nocciolo di elementi comuni sarebbe rinvenibile nella *paura* da un lato e nell'adozione per fronteggiarla di una o più delle tipiche *forme della manifestazione simbolica* dall'altro³³²; gli elementi differenziali risiederebbero fondamentalmente nel soggetto senziente che rappresenta il motore dell'intervento simbolico – i *consociati* nella prima ipotesi, l'*istituzione statale* nella seconda – e nell'evento emotivamente temuto – rispettivamente: *condizioni di vita collassanti* a causa della criminalità, e l'*insuccesso di un piano di governo sociale* –³³³.

paura dello Stato precisa trattarsi di dato «tanto più irrazionale quanto più si tratti di valori che meritino solo di crescere, anziché rappresentare (forme aggiornate del)le basi più importanti del patto sociale». Cfr. E. LO MONTE, *Politiche neo-liberiste e questione criminale nella post-modernità (dall'atrofia dello Stato sociale di diritto all'ipertrofia dello Stato penale)*, cit., 731 che parla di tendenza, tipica di una legislazione simbolica, a «lucrare, nei fatti, il risultato della trasformazione della paura in consenso»; R. HAMEL, *Strafen als Sprechakt. Die Bedeutung der Strafe für das Opfer*, cit., 138 sulla paura, ma anche su vendetta, odio e disprezzo, come fomento di leggi simboliche; G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, cit., 49-50, che così esplicita il nesso fra paura e simbolica penale: «il diritto penale, oltre ad avere tradizionalmente rappresentato – dal punto di vista sia fattuale che simbolico – una potente manifestazione di potere sovrano, [...] tende ad uno scopo intrinsecamente politico già per il suo atteggiarsi a strumento che concorre a garantire la sicurezza pubblica, delle persone e dei beni, rientrando la tutela della sicurezza e la rassicurazione dalla paura tra i principali obiettivi che stanno alla base degli Stati e degli ordinamenti giuridici moderni»; A. BONDI, *Governo e garanzie... e altri dualismi*, in *Ind. pen.*, 2017, 710: «di fronte alla politica della minaccia il penalista reagisce d'istinto. Forse esagera. Ma il meccanismo della paura è grimaldello fin troppo noto della legislazione penale dell'emergenza: quando l'appello non è più alla ragione ma all'emozione, quando non si cerca convivenza ma sopravvivenza, quando non c'è più un criminale ma un nemico»; E. STRADELLA, *Recenti tendenze del diritto penale simbolico*, cit., 229-241 su diversi ambiti (gestione dei rifiuti, prostituzione su strada, disciplina dell'immigrazione), frutto di «amministrativizzazione del diritto penale», in cui (236) «l'intervento normativo (penale) consolida simbolicamente l'intervento amministrativo emergenziale, in una sorta di rapporto biunivoco».

³³² V. *supra*, II.5.

³³³ Aggiungeremo per il vero *infra*, III.8.1, un ulteriore elemento differenziante delitti naturali e delitti tecnici: si tratta del profilo simbolico-linguistico.

A sfalsare le geometrie logico-formali della specialità reciproca, si consideri peraltro quanto segue: nelle stesse fattispecie «altamente complesse» del *diritto penale dell'economia* – regno del calcolo sulla «monetizzabilità» della responsabilità penale – il legislatore sarebbe abile a sparigliare le carte, agendo non solo per superare la paura di un fallimento, ma «secondariamente» e ambiziosamente per produrre un «risanamento etico della società economica», con intenti marcatamente e anzi *classicamente (valorialmente)* simbolici.

L'introduzione di un reato economico, in questo senso, additerebbe una «rivalutazione giuridica e morale dell'agire e del pensiero economico»; salvo poi... quando questi intenti non trovino riscontro sul piano della realtà effettuale, produrre una trasformazione della «verità» simbolica in mito³³⁴.

In sintesi: *angoscia organizzatoria* dello Stato e *atavici intenti di moralizzazione* convergono a soffiare sul fuoco del simbolismo in delitti tecnici; l'aspetto della censura etica è in ogni caso destinato a restare qui *meno evidente* (o addirittura, talvolta, *teorico*).

Per questo, potrebbe concludersi osservando una minore intensità dell'esercizio della funzione simbolica nel diritto penale «moderno», in rapporto al diritto penale «classico».

Va anche aggiunto però come le distanze tra simbolismo classico e simbolismo moderno tendano a ridursi, se si considera che il fenomeno descrivibile quale fiume delle leggi finisce per produrre un *effetto-simbolico moltiplicatore*: non deve preoccupare quindi, a questo punto, la carica simbolica del *singolo* illecito tecnico-complementare ma l'effetto illusionistico *complessivamente orientato*, ancora secondo i *desiderata* popitziani, alla prevenzione generale *mediante incertezza*³³⁵.

³³⁴ M. DETZNER, *Rückkehr zum "klassischen Strafrecht" und die Einführung einer Beweislastumkehr*, cit., 185.

³³⁵ A riguardo, in relazione al problema delle «fattispecie doppione», già *supra*, II.5.3. Cfr. M. DELMAS-MARTY, *Dal codice penale ai diritti dell'uomo* (1986), trad. di A. Bernardi, Milano, 1992, 26-28, 33-36: una «rapida successione di leggi sulla medesima materia», anche qualora non faccia accrescere di molto la quantità di leggi in vigore, alimenta l'«impressione di diluvio» normativo, ovvero il «mistero» o la «magia» dell'intervento penalistico – più prosaicamente si tratta dell'«utilizzo del diritto penale per fini politici», di illusione collettiva – dimenticando che la «funzione magica implica la risonanza, ma anche l'eccezionalità...».

7. Giurisprudenza derivativamente simbolica, non-simbolica, originariamente simbolica

Nel campo del diritto penale, abbiamo già avuto occasione di esplicitarlo, non si danno certezze universali, frontiere rigide e soluzioni matematiche: è, questa, la *dimensione tragica* ma, se si vuole, anche l'*appassionante sfida* della nostra disciplina e della nostra attività³³⁶.

Dato ciò, e nei limiti della difficile predicibilità della causalità psichica, pare comunque plausibile che l'*istigazione simbolica* posta in essere dal legislatore – attraverso il conio di norme in tutto o in parte dimentiche della priorità dell'effettività strumentale e della tutela del bene – fornisca un *assist* su un piatto d'argento, o un comodo alibi, a un interprete/applicatore a sua volta magari incline a operazioni di matrice simbolica³³⁷.

L'accezione di simbolismo che meglio si accoppia all'azione della giurisprudenza è quella dell'*appello morale*: anche i giudici possono infatti, all'occorrenza, trasformarsi in battaglieri «imprenditori morali» che, incuranti delle controindicazioni (legate al *principio di laicità* da un lato, e al rischio della causazione di paradossali *effetti criminogeni* dall'altro), si avventurano in crociate rivolte alla bonifica dei costumi³³⁸.

Sviluppando l'immagine baconiana ripresa da ultimo da Pulitanò³³⁹, se è vero che i giudici hanno da essere leoni, ma leoni sotto il trono – dunque: sotto la legge e senza la pretesa di assidersi sul trono –, un trono vacillante (perché sterilmente moraleggiante) non riuscirà a domare l'istinto felino.

Un forte «no» al moralismo penale proviene, *inter alios*, da *Massimo Donini*:

³³⁶ Sull'irriducibilità del diritto penale a matematica v. meglio *infra*, III.3.

³³⁷ Cfr. L. STORTONI, *Le nuove norme contro l'intolleranza: legge o proclama?*, cit., 20: a un «intervento penale “ideologico”», consegue una «prevedibile scarsa applicazione; questa si avrà in modo episodico con interventi “esemplari” che ripetono il carattere simbolico della legge».

³³⁸ Sulla legislazione simbolica di appello morale v. meglio *supra*, II.3, *sub c*).

³³⁹ D. PULITANÒ, *Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, cit., 129.

Le Procure della Repubblica, infatti, non possono incriminare retroattivamente comportamenti socialmente avvertiti come leciti per implementare soglie di moralità pubblica più rigorose o anticipate, o impiegare il diritto penale come apripista per la costruzione di nuove regole di etica giuridica;

irragionevole, per esempio, «penalizzare l'abuso del diritto, quando esso appena rileva come illecito amministrativo o civile»³⁴⁰.

Poi, tornando alla premessa, nello *ius criminale* non si danno corrispondenze perfette.

L'essere impostato il sistema penale come *impresa collettiva* può in questo senso (ingigantire le difficoltà ma anche) partorire frutti fecondi.

In questo senso, può sempre auspicarsi, e fortunatamente l'ipotesi non è teorica, che, di fronte a un prodotto normativo «soggettivamente» uscito dalla penna del legislatore con un *imprinting* simbolico, la giurisprudenza sappia correggere il tiro, *ignorando* i segnali simbolici e *guardando soltanto* agli aspetti strumentali della disciplina: il legislatore vuole moralizzare o sponsorizzare, e la “reazione” dei giudici sta nel fare professione di *self-restraint*, esercitando in chiave di effettiva ed esclusiva tutela del bene il quasi mitico saggio apprezzamento del giu-

³⁴⁰ M. DONINI, *Critica dell'antigiuridicità e collaudo processuale delle categorie. I bilanciamenti d'interessi dentro e oltre la giustificazione del reato*, cit., 729 e 716. Il piegamento dell'etica penalistica a «unica etica pubblica rimasta» (34), l'«espansione della macchina da guerra giudiziaria» verso diversificate forme di nemesi politica (46), la prevenzione generale positiva come «funzione sociologica di cui la giurisprudenza penale è molto consapevole, nel bene e nel male» (71-72, nt. 37), sono temi ampiamente discussi dall'autore in *Il diritto penale come etica pubblica*, cit.

Sull'affidamento al diritto penale del «ruolo di elemento di drammatizzazione del confronto politico fra due classi sociali [...]: ceto neo-borghese emergente (il “partito dei giudici”) versus ceto postcapitalistico ‘controresistente’ (il “partito della politica”)» C.E. PALIERO, *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed ‘effetti penali’ dei media)*, cit., 510. Sulla «preminenza di considerazioni di carattere “morale”» nella repressione giurisprudenziale dello sfruttamento della «prostituzione telematica» G. DE FRANCESCO, *Due temi controversi: lo sviluppo del ‘diritto giurisprudenziale’ ed i principi intertemporali della legge penale*, in *Crit. dir.*, 2015, 149. Sulla giurisprudenza in tema di porto del *kirpan* come votata a «considerazioni d'impronta sociologica e moraleggiante poco convincenti e talora addirittura contraddittorie», A. BERNARDI, *Populismo giudiziario? L'evoluzione della giurisprudenza penale sul kirpan*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 708.

dice di antoliseiana memoria; ovvero, in un linguaggio aggiornato, robustamente ricorrendo alle capacità «limitatrici» proprie dell'*interpretazione obiettivo-teleologica*.

Anche una disciplina legislativamente concepita come moralizzante, insomma, può essere riletta alla luce di un *telos* più obiettivo, consolidato e costituzionalmente conforme, dalla dottrina e dalla giurisprudenza: si può portare, ovviamente fra luci e ombre, l'esempio dell'evoluzione ermeneutica in materia di *doping*³⁴¹.

Risulta inoppugnabile il rilievo secondo cui la teoria dell'interpretazione adeguatrice o costituzionalmente orientata non potrebbe in ogni modo consentire «approdi ermeneutici del tutto eccentrici rispetto ai limiti normativi, a torto o a ragione tracciati dal legislatore», pena la violazione dell'obbligo di osservare la legge *ex art. 54, co. 1, Cost.*³⁴². Ma una interpretazione che si attenga ai *limiti «strumentalmente» normati* dal legislatore, abbandonando invece come allotrio il *simbolismo «troppo e vano»*, non pare davvero violare quel disposto costituzionale.

Alle due costellazioni viste finora – quella di una giurisprudenza che ricalca e “perfeziona” l'involuzione simbolista avviata dal legislatore, e quella di una giurisprudenza che al contrario spezza la catena del simbolismo involutivo – va aggiunta una *terza situazione*.

Nulla infatti esclude concettualmente, e la pratica lo conferma, che la giurisprudenza, anziché seguire “a ruota” il legislatore, proceda a interventi di taglio simbolico-moralistico in via *autonoma* o *non derivativa*, e sia anzi il primo potere a “ratificare” indirizzi elaborati dai giudici: il paradigma è dato dalle vicende della corruzione per l'esercizio della funzione di cui al nuovo art. 318 c.p.³⁴³.

³⁴¹ Moralistico è “testualmente” l'art. 1 della l. 376/2000: *supra*, II.5.1. Una fotografia della materia in S. BONINI, *Doping* (diritto penale), in *Enc. dir. Annali*, VII, Milano, 2014, 395-410.

³⁴² T. PADOVANI, *Jus non scriptum e crisi della legalità nel diritto penale*, Napoli, 2014, 17 e 46.

³⁴³ Di questo *trend* si è già dato conto *supra*, I.4, senza richiamare però, in quella sede metodologica, la venatura etica dell'operazione. Cfr. A. MENGHINI, *L'omicidio stradale. Scelte di politica criminale e frammentazione del sistema*, cit., 113, riguardo alle *oscillazioni simboliche* della giurisprudenza in tema di omicidio stradale (pre l. 41/2016), progressivamente più “aperturista” verso il dolo eventuale: con argomentazioni talvolta ineccepibili, altre volte dovute a una «scelta meramente “simbolica”, in

Al di là di ogni specifica valutazione sulla correttezza «strumentale» di *an* e *quomodo* della tipizzazione legislativa di tale figura³⁴⁴, è un dato di fatto che sia stata la giurisprudenza ad assumere la “regia” della valorizzazione – eticamente rilevante – di buon andamento e imparzialità, che si ottiene con la rinuncia all’«atto» nell’incriminazione della corruzione: tale rinuncia, contro la fisiologia dell’ordine anche cronologico, è avvenuta *prima* in via ermeneutica, *poi* (con l’art. 318) legislativa!

Fazit: si può parlare di una giurisprudenza (*derivativamente*, od *originariamente*) simbolica, con l’importante *eccezione* di quelle sentenze che responsabilmente non assecondano intenti propagandistici o moralistici viceversa prevalenti nell’ottica del legislatore.

8. Binomi

8.1. Simbolismo e componente «magica» dell’idioma penalistico

Tutti noi, cultori dello *ius terribile*, vorremmo che il linguaggio del diritto penale fosse opzione politico-criminale lineare, enucleazione rigorosa dell’interesse di vita protetto, etica della parola, tassatività, vicinanza al parlare della gente (quando la fattispecie non sia costretta ad assumere un carattere sanzionatorio o “artificiale”), prodotto raffinato di legistica, messa al bando di esoterismi e iperspecialismi, ripudio della «magia» o malia affabulatrice, chiusura di spazi alla cosiddetta manipolabilità giudiziale: istanze compendiabili con «sia invece il vostro parlare sì, sì; no, no».

E invece l’idioma penalistico – simbolico di sua natura, perché il penale è (*anche*) simbolo – tende a *esasperare* la congenita valenza comunicativa: in *più direzioni*, che in certi casi addirittura *convergono*, sino alla diagnosi di un frequente *impiego «magico» della parola* nel diritto penale.

cui la magistratura è sembrata condividere l’assunto, avanzato dai parenti delle vittime di incidenti stradali nonché dall’opinione pubblica in genere, secondo cui le pene previste non risultavano proporzionate rispetto al disvalore dei fatti commessi».

³⁴⁴ Cfr., per tutti, G. FORNASARI, *Il significato della riforma dei delitti di corruzione (e incidenze “minori” su altri delitti contro la P.A.)*, cit., 2690-2694.

Innanzitutto: la specifica parola usata non è mai neutra quanto ai valori, ed è una parola che non resta cristallizzata, o imbalsamata, nel testo ma che è destinata a suscitare “reazioni”, oltre che ad andare incontro alla “normale” *interpretazione teleologica ed evolutiva*.

Lo esprime da par suo *Mireille Delmas-Marty*:

Quando una società decide di separare ciò che è reato da ciò che non lo è, quando decide di dare un nome al male, dunque di dire il bene, essa approda a dei territori altamente simbolici che al contempo modella e trasforma.

Ecco quindi che «ogni nuova incriminazione determina necessariamente delle risposte: d'integrazione, di resistenza, di rivolta o di invenzione di nuove forme di trasgressione»³⁴⁵.

Si pensi anche solo al collegamento fra una classe paradigmatica di simbolismo – l'*appello morale*³⁴⁶ – e la forma di manifestazione di diritto penale simbolico tutto sommato più innocua, perché riconvertibile in sede ermeneutica – la tecnica cioè del *preambolo* enunciante l'oggetto della protezione³⁴⁷ –.

Ora, all'interno di questa relazione, la parola, dolosamente o colposamente adoperata dal legislatore³⁴⁸, che sia capace di vellicare i sentimenti etici dell'interlocutore/destinatario, e/o di suscitare in lui effetti

³⁴⁵ M. DELMAS-MARTY, *Dal codice penale ai diritti dell'uomo*, cit., 27. Aggiungendo a Pietro Abelardo un significativo avverbio, «nomina sunt quasi res»: A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e politica criminale*, cit., 564. È vero anche poi che «la nostra grammatica e il repertorio di parole che abbiamo nella nostra lingua limita la nostra capacità di comprendere nuove idee»: G.P. FLETCHER, *Linguaggio e diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 448. Sulla spettacolarizzazione/impovertimento del lessico come fattore antidemocratico, M. BERTOLINO, *Giustizia narrata o giustizia tradita?*, cit., 616 (v. anche 614). Cfr. K. LÜDERSSEN, *Über das Irrationale im Strafrecht*, cit., 325-326 che come forme di («pensiero inconsequente già alla radice alla luce della dogmatica della colpevolezza» ovvero di) «ricaduta tardiva nella magia» cita le costruzioni del *versari in re illicita*, del *dolus antecedens* e del *dolus subsequens*.

³⁴⁶ *Supra* II.3, sub c), e anche II.7.

³⁴⁷ *Supra*, II.5.1.

³⁴⁸ Si rammenti infatti la questione dell'elemento soggettivo nell'intervento simbolico: *supra*, II.3, sub f).

retorici in chiave di risalto dell'obiettivo/degli obiettivi legislativo/i, rischierà abbastanza facilmente di causare *fenomeni di rigetto*: perché *poco laica*, paradossalmente *criminogena*, *scorretta* sul versante della tecnica legislativa, *mentitrice* circa la serietà degli intenti, *vischiosa* rispetto a un pulsante canale dialogico fra autorità e cittadino.

Tornando a una dicotomia sulla quale ci siamo già soffermati³⁴⁹, è opportuno comunque distinguere un simbolismo linguistico del *diritto penale classico* e un simbolismo linguistico del *diritto penale moderno*.

Riguardo alla simbolica linguistica del "nucleare" diritto penale classico o dei codici, *René Bloy* mette in luce lo «stretto formalismo» in cui è incapsulato il diritto sostanziale (e ben di più la *procedura penale*, con le sue rigide, «medievali», sequenze *verbali* – relative non tanto al «cosa dire» ma al «come dire» – e anche *non-verbali*): l'effetto è quello, teatrale, di una «magia della parola» – curiosamente, come nelle fiabe! –.

Nel corso del tempo, si osserva, la comunicazione simbolica ha visto ridotto il suo *impatto*, e soprattutto la sua *crudeltà* (dimenticato il lasciar penzolare il cadavere al patibolo); ma forse, si precisa, più corretto sarebbe parlare di una «trasformazione di funzione», nella misura in cui a tutt'oggi l'«energia emozionale, che è il motore di ogni giustizia penale» (anche di quella internazionale, si esplicita) viene convogliata nel trionfo dell'idea della conferma e del rafforzamento della fiducia dei cittadini nell'istituzione-giustizia, secondo le coordinate espansive della prevenzione generale positiva³⁵⁰.

³⁴⁹ *Supra*, II.6, a proposito di delitti naturali, delitti tecnici e (differenti tipi di) paura come fonte della simbolica penale.

³⁵⁰ R. BLOY, *Symbolik im Strafrecht*, cit., 62-68 con rinvio, sul «trattamento simbolico» del criminale suicida, a M. HEGER, *Der Tod des Beschuldigten vor Rechtskraft des Urteils und die Unschuldsvermutung. Kristian Kühl zum 65. Geburtstag*, in *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 2009, 45-63, spec. 47-50. In generale, su metastorici aspetti di *spettacolarizzazione simbolico-comunicativa*, H. JUNG, *Was ist Strafe? Ein Essay*, cit., 17-22, sintetizzando (21): «Stigma, coercizione e perdita, in altre epoche si sarebbe parlato di tormento, formano [insieme a «biasimo» e a «vergogna»: 19-20] il volto della pena». Sulle «pratiche culturali-rituali del diritto penale» come mezzo per superare la «frattura» tra la reazione istintuale alla violazione di sentimenti collettivi e la necessaria razionalizzazione in forma giuridico-dogmatica, K.-L. KUNZ, *Zur Symbolik des Strafrechts*, cit., 360. Sulla «sostituzione» (non già «abrogazione») della violenza, in forma

Sul simbolismo linguistico del diritto penale moderno, che merita per la sua più fresca emersione maggiore attenzione, soccorrono invece le magistrali pennellate di *Mario Sbriccoli*, intorno in particolare alla «nascita di vere e proprie ‘neolingue’ normative che solo quel settore sviluppa, usa e sa decifrare e che, per essere ispirate a ‘idiotismi da microsistema’, conseguono l’effetto di sottrarre porzioni di penale praticato al dominio dei suoi stessi principî generali».

L’obiettivo simbolico diviene perciò quello di rafforzare, anche attraverso la lingua – complessa, misteriosa, polverizzata e segmentata –, il *prestigio* della singola branca dell’amministrazione di volta in volta interessata: quando siamo nel campo del diritto «penale amministrativo», il «corredo» di un apparato di incriminazioni penali risulta spesso, nella logica dell’amministrazione competente, funzionale allo sviluppo di un «potere di presa sulla porzione di cittadini che hanno a che fare con essa»³⁵¹.

«più razionale e meno distruttiva», come «*desideratum* del simbolico», F. TENORIO TAGLE, *Il delitto e il controllo del delitto nella post-modernità*, cit., 82. Evoca il “naturale” articolarsi della penalità in «riti pubblici» («la cattura, il sequestro dei beni, il processo, ma è sufficiente l’indagine, l’intercettazione “coinvolgente”, le confische, le pene che affliggono il corpo»), fino all’apice di *Nella colonia penale*, G. INSOLERA, *Perché non possiamo non dirci liberali*, in *Ind. pen.*, 2017, 5. Su interpretazioni «allegoriche», «politiche» e «paraboliche» del racconto citato, R. BARTOLI, *Nella colonia penale di Franz Kafka*. “Dann ist das Gericht zu Ende”, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1590-1601, spec. 1595-1600. Sulla valenza dell’«arresto» nell’immaginario collettivo, con il veicolo dei *media*, V. PLANTAMURA, *Lo stalker, il perverso e il clandestino: il ritorno del tipo d’autore nel diritto penale del terzo millennio*, in *Ind. pen.*, 2012, 386. Cfr. G. LUNGHINI, *Problemi probatori e diritto penale sostanziale. Un’introduzione*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, cit., 410: «Pensare il diritto penale senza dedicare una riflessione alla sua applicazione in sede processuale [...] impedisce di comprenderne a fondo l’aspetto simbolico e generalpreventivo». Globalmente, sull’integrazione scientifica diritto penale sostanziale/diritto processuale penale come «discorso necessario», S. FIORE, *La teoria generale del reato alla prova del processo. Spunti per una ricostruzione integrata del sistema penale*, Napoli, 2007; L. FOFFANI, R. ORLANDI (a cura di), *Diritto e processo penale fra separazione accademica e dialettica applicativa*, Bologna, 2016.

³⁵¹ M. SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, cit., 548-549. Sulla compresenza nella regione punitiva di una pluralità di dialetti, altresì M. PAVARINI, *Un arte abjecto. Ensayo sobre el gobierno de la penalidad*, cit., 80-81: se tradizionalmente il «vocabolario politico-simbolico» ruota attorno a

Intendiamoci. *Non tutto* potrebbe essere sbrigativamente rubricato come *bispensiero*³⁵² e cripto-lingua simbolica: nelle stesse formulazioni tecniche degli arcipelaghi extracodicistici, va detto per esempio che il bisogno di ricorrere a *definizioni* altamente specialistiche, rilevanti agli effetti penalistici, è spesso *reale* e non indotto, burocratico o ingannatorio.

Non mi sentirei perciò di abbracciare *de plano* rilievi intorno a «usi smodati» della tecnica definitoria, ovvero relativi al prodursi, a causa della (inevitabilmente incompleta) definizione, di una chiusura in se stesso dell'ordinamento giuridico se non di un «conflitto tra norma e realtà»³⁵³: conflitto che, convertito nelle categorie del nostro studio, a sviluppare queste critiche risulterebbe anche simbolicamente pertinente per l'essere la definizione stipulativa una forma di *morale imposta sotto*

concetti garantistici e «individuali» come imputazione, responsabilità personale, meritevolezza della pena, pur problematicamente spingendosi fino alla esemplarità della stessa, la «gestione amministrativa delle pene» programmaticamente parla «un'altra lingua», ossia quella «interna», «intrasistemica», della «gestione di gruppi sociali per prevenire un rischio collettivo»: una forma di «ottimizzazione burocratica» che, aggiungerei, *mutatis mutandis* produce effetti accostabili a quelli discendenti dall'idioma (ovvero dalla previsione autoritaria e «paurosa»: *supra*, II.6) di «delitti tecnici». In particolare, sull'impatto del fattore semantico rispetto a una «tendenza a costruire subsistemi repressivi *off-shore*, che si pongono in contrasto con le opzioni di base del diritto penale democratico», C.E. PALIERO, *L'agorà e il palazzo. Quale legittimazione per il diritto penale?*, cit., 113-114 e testualmente 115.

³⁵² Il richiamo a 1984 è in D. PULITANÒ, *Etica e politica del diritto penale ad 80 anni dal codice Rocco*, cit., 497, nel tematizzare (495-498, 502, 515) un problema penalistico «di verità, di razionalità, di trasparenza del linguaggio», relativo dunque all'affermazione di un'«etica del linguaggio» che faticosamente riesca a farsi strada fra occultamenti di implicazioni sostanzialistiche sotto mentite spoglie processuali (il riferimento è alla prospettiva del c.d. «processo breve»), «logiche di politica contingente» con le quali il potere sovrano *facit de albo nigrum et de nigro album*, «vecchie e nuove paure» attraversanti l'opinione pubblica, per l'appunto misteriosofiche «neolingue» avvelenanti il confronto democratico e dall'«inquietante somiglianza» con l'incubo orwelliano, «dogmatiche apologetiche» volte con lessico «retoricamente appagante» alla «razionalizzazione» *rectius* alla «copertura» del diritto posto.

³⁵³ Traccia di queste osservazioni in F. CORTESE, M. TOMASI (a cura di), *Le definizioni nel diritto. Atti delle giornate di studio (Trento, 30-31 ottobre 2015)*, Napoli, 2016.

vestigia tecniche; qui il richiamo, riprendendo da *supra*³⁵⁴ un interrogativo circa il centro focale delle campagne morali, potrebbe eventualmente correre alla morale «ufficiale», meglio anzi circoscrivibile – si fa per dire – alla morale «delle burocrazie ministeriali».

Si trascura invero, con queste accentuazioni, il *duplice fine* sotteso alle definizioni, che merita di essere di volta in volta soppesato in rapporto ai relativi inconvenienti: mi riferisco allo scopo di *certezza*, conseguente alla natura concettualmente chiarificatrice della definizione³⁵⁵; e allo scopo politico-istituzionale di *determinazione di equilibri* (o semplicemente di *divisione del lavoro*) fra i vari attori del sistema giuridico³⁵⁶.

Posto questo *caveat* – riguardante la *sufficiente o buona determinazione*, ma anche il *non-simbolismo*, che possono essere tendenzialmente esibiti dalla tecnica definitoria – va però rimarcata l'*affannosa rincorsa* dell'evoluzione dei tempi cui più in generale è costretto, e *si autocostringe*, il linguaggio del diritto penale in settori fortemente parcellizzati.

Il tema è felicemente illustrato da *Grazia Mannozi* all'interno di un saggio su *Le parole del diritto penale*, originato da un'inedita e meritoria occasione di confronto interdisciplinare creata dall'Accademia della Crusca.

Viene in rilievo, in specie, la *ri-semantizzazione* di termini giuridici: che non potrebbe dirsi fatto nuovo, ma che in ogni modo risulta in costante ascesa, contribuendovi «aumento esponenziale e diffuso del ri-

³⁵⁴ II.3, *sub c*).

³⁵⁵ Definizione che realizza quindi «una sorta di “interpretazione autentica”», con la quale «l'imprecisione di taluni concetti di portata generale viene circoscritta o, quanto meno, attenuata»: L. RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale. Profili generali e problemi applicativi*, Milano, 2004, 93-94 e 351.

³⁵⁶ A riguardo, in ambito penalistico, D. PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976, 236-239, 290-297; F. BRICOLA, *Le definizioni normative nell'esperienza dei codici penali contemporanei e nel progetto di legge delega italiano*, in A. CADOPPI (coord.), *Omnis definitio in iure periculosa? Il problema delle definizioni legali nel diritto penale*, Padova, 1996, 175-189; F. PALAZZO, *Sulle funzioni delle norme definitorie*, *ivi*, 381-390. In prospettiva filosofica A. PERUZZI, *Definizioni. La cartografia dei concetti*, Milano, 1983, 112-129 sugli scopi del definire; ID., *Definizione*, Firenze, 1997.

schio e nascita della c.d. “*società del rischio*”», «*dilatazione dei mercati* con conseguente perdita di potere degli Stati nazionali», «emersione di *nuove forme di criminalità* legate a fattori socio-economici che vanno dal progresso tecnologico ai flussi migratori».

Rispetto al precoce invecchiamento di una formula giuridica, il legislatore ha a disposizione uno strumento che è al contempo tecnico e, *ça va sans dire*, simbolico: l'*elemento normativo*.

Sul piano tecnico, gli elementi «richiamantisi a dati, che possono essere pensati e rappresentati esclusivamente attraverso la presupposizione logica di una norma»³⁵⁷ offrono notevoli vantaggi riassumibili, con la Mannozi, in chiave di contrasto della «lentezza dei tempi di cambiamento della lingua giuridica: una *resistenza* diametralmente opposta alla *rapidità* che caratterizza l'evoluzione delle società post-moderne»³⁵⁸.

L'*idoneità osmotica* – gli elementi normativi come «valvole di sfogo», «organi respiratori» del sistema –, insieme all'idoneità all'*economia legislativa*, costituiscono del resto due riconosciute proprietà funzionali di elementi normativamente connotati³⁵⁹.

³⁵⁷ La celebre nozione di elemento normativo è in K. ENGISCH, *Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht*, in K. ENGISCH, R. MAURACH (a cura di), *Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag 15.10.1953*, München, Berlin, 1954, 147. In termini sostanzialmente non dissimili, D. PULITANÒ, *Illiceità espressa e illiceità speciale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, 99, definisce «concetti normativi» quelli che «impongono di derivare, dalle fattispecie di date norme extrapenali (definibili “norme integratrici”), i criteri per l'applicazione – a fatti “materiali” dell'esperienza – di una certa qualifica» (precisando l'uso della locuzione «integratrici» in un senso «neutro», non indicante cioè la necessaria assunzione di carattere penale: 97-98, nt. 64).

³⁵⁸ Cfr. G. MANNOZZI, *Le parole del diritto penale: un percorso ricostruttivo tra linguaggio per immagini e lingua giuridica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1431-1473, testualmente 1453 e 1457-1458. Sulla necessità che il linguaggio penalistico «sia capace di riflettere e riprodurre un'immaginazione socialmente condivisa», risultando in ogni caso impensabile «che il diritto penale contemporaneo rimanga ancorato ad una dimensione 'cosale', sempre vincolando gli elementi della fattispecie alla indicazione di oggetti materiali del mondo fisico» (159), M. PAPA, *La tipicità iconografica della fattispecie e l'interpretazione del giudice. La tradizione illuministica e le sfide del presente*, cit., 149-162, spec. 155-162.

³⁵⁹ Per una recente rilettura a riguardo, volendo, S. BONINI, *L'elemento normativo nella fattispecie penale*, cit., 214-219.

Sul piano simbolico, evidenzerei invece il pericolo che segue: e cioè che, quasi per prendersi la rivincita rispetto alla citata rincorsa affannosa dei tempi e delle evoluzioni, dell'elemento normativo – *extra-giuridico*, in specie – il legislatore esaspera tutte le potenzialità *assiologiche, eticizzanti, reattive, propagandistiche, retoriche* (diverse virtualità prevalenti l'una nei confronti dell'altra a seconda del *testo* da un lato e del *contesto*, «fattuale-situazionale» e «sistemico-ordinamentale», dall'altro)³⁶⁰.

La *triplice combinazione* di lingua tecnica, lingua normativa e lingua simbolica, nei fatti, trasforma subdolamente un messaggio di impronta tecnico-normativa in *assiologia spinta e retorica incalzante*³⁶¹: con il rischio però³⁶² che dietro a interventi penalistici *apparentemente simbolici*, nel senso di minacciosi solo a distanza o sulla carta, possa “risvegliarsi il can che dorme” della *sanzionabilità reale*, o almeno del *processo-già-pena* celebrato a carico del singolo in funzione di capro espiatorio³⁶³.

³⁶⁰ Sulla dialettica testo/contesto rinvieri da ult. ancora a S. BONINI, *L'elemento normativo nella fattispecie penale*, cit., 294-302.

³⁶¹ In particolare, su simbolica penale e (diverse nozioni di) retorica, S. BONINI, *Retorica, «simbolismo» e diritto penale: i possibili termini essenziali della problematica*, in G.A. FERRARI, M. MANZIN (a cura di), *La retorica fra scienza e professione legale. Questioni di metodo*, Milano, 2004, 343-353.

³⁶² Rischio già evocato, in un contesto argomentativo parzialmente differente, *supra*, II.3, sub c).

³⁶³ Cfr. F. SCHIAFFO, *La creazione della insicurezza in Italia e negli USA: gli esiti istituzionali tra effetti simbolici e disastri reali*, in A. CASTALDO, V. DE FRANCESCO, M. DEL TUFO, S. MANACORDA, L. MONACO (a cura di), *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, cit., 1342: «soprattutto in un contesto sociale in cui la realtà mediata può risultare tanto incisiva da sostituirsi al vissuto politico e sociale nella determinazione di esiti tanto rilevanti come l'attività legislativa del parlamento, anche il mero coinvolgimento in una vicenda giudiziaria di rilevanza penale può offrire molteplici occasioni di stigma: anche se giuridicamente infondate perché precedenti la eventuale sentenza definitiva di condanna o riferite a norme costituzionalmente illegittime, esse possono comunque risultare socialmente efficaci nella selezione e definizione di percorsi di devianza secondaria per le persone coinvolte, attraverso meccanismi di interazione simbolica e, quindi, di distorsione della relativa autopercezione»; A. ALESSANDRI, *Un esercizio di diritto penale simbolico: la c.d. tutela penale del risparmio*, in *Scritti per Federico Stella*, II, Napoli, 2007, 938: «Non l'applicazione della pena, ma il *processo* – anzi: il

8.2. Simbolismo e logica fuzzy

Un diritto penale simbolico può annidarsi anche nell'accoglimento di quella forma di logica relativamente recente che è la *fuzzy logic*, le cui caratteristiche salienti vale la pena qui dunque compendiare.

Fondamentalmente, si tratta di un'impostazione dichiaratamente «non-classica», che respinge i postulati aristotelici di «identità», «non contraddizione» e «terzo escluso»³⁶⁴, quali principi forieri di esiti lontani dal senso comune e comunque incapaci di cogliere la realtà caleidoscopica del mondo: realtà «sfumata» o (stando all'etimologia di *fuzzy*) «lanuginosa», mai davvero «bianca» o «nera».

Il perno della logica *fuzzy* è, piuttosto, il concetto di «vaghezza»³⁶⁵: vaghezza del linguaggio, del rapporto linguaggio/oggetti o, forse, diret-

procedimento – ha avuto effetto neutralizzante delle iniziative *contra legem*. La minaccia penale si colloca solo sullo sfondo (lontano) dello scenario [...]. Il processo *accreditato* pubblicamente e mediaticamente la forza della pena *in sua assenza*, mostrando la capacità dello Stato di produrre sofferenza e stigma nelle misure *anticipatrici*, cautelari e custodiali, che rischiano di essere, per molti protagonisti, l'unica *sanzione detentiva* alla fine applicata»; V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005, 140-142, testualmente 141: «Di fronte ad una “domanda di pena” dilagante, e alle insufficienze del sistema sanzionatorio a soddisfare le aspettative di giustizia, il processo, da “strumento per attuare la sanzione”, è diventato il primo surrogato del momento repressivo – una vera e propria “sanzione in divenire” – con una trasformazione radicale della sua funzione originaria, e – per quanto più conta – con una sostanziale obliterazione di quella fondamentale distinzione di piani tra dinamica del processo e applicazione della pena precipuamente segnata dalla presunzione di innocenza. Quest'ultima è fortemente sacrificata, o forse definitivamente superata, dalla dissoluzione della pena nella sequenza procedurale».

³⁶⁴ A riguardo, F. PUPPO (a cura di), *La contraddizione che nol consente. Forme del sapere e valore del principio di non contraddizione*, Milano, 2010, con introduzione di M. MANZIN, *Per un approccio multidisciplinare allo studio del principio di non contraddizione*, 9-20.

³⁶⁵ Su tale nozione, pionieristico C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990. Per recenti studi sulla vaghezza/a partire dalla vaghezza, svolti in diversi ambiti disciplinari, S. MORUZZI, *Vaghezza. Confini, cumuli e paradossi*, Roma, Bari, 2012 (contributo di filosofia e teoria dei linguaggi); F. PUPPO, *Dalla vaghezza del linguaggio alla retorica forense. Saggio di logica giuridica*, cit.;

tamente degli oggetti. In ogni caso, una costitutiva «imprecisione» o «sfocatura» definitoria che impedisce di esaminare la gran parte dei casi secondo la dicotomia vero/falso, o appartenenza/non appartenenza.

Ora, questo tipo di approccio merita di essere considerato con interesse: anzi, la «scommessa del *flou*» (o per l'appunto del *fuzzy*), come osserva il filosofo del diritto, «potrebbe risultare vincente, essendo finalmente capace di coniugare le più recenti acquisizioni della scienza, della logica e della tecnologia alla vita sempre cangiante del diritto»³⁶⁶.

E, del resto, nello specifico penalistico, a me pare che la logica *fuzzy* sia tipicamente sottesa a istituti giocati su *profili di discrezionalità*, ri-

F. PEDRINI, *Le "clausole generali". Profili teorici e aspetti costituzionali*, Bologna, 2013, spec. 75-98.

³⁶⁶ Così F. PUPPO, *Logica fuzzy e diritto penale nel pensiero di Mireille Delmas-Marty*, in *Criminalia*, 2009, nel concludere un bel saggio (631-656) cui si rinvia per approfondimenti; v. ora ID., *Metodo, pluralismo, diritto. La scienza giuridica tra tendenze 'conservatrici' e 'innovatrici'*, Roma, 2013, 163-169. Sul *flou/fuzzy* come «attitudine a comprendere di più e in modo non lineare», contro una visione identitaria del campo penale come «campo chiuso», già l'*incipit* metodologico di M. DELMAS-MARTY, *Dal codice penale ai diritti dell'uomo*, cit., 6-7. Significative aperture alla *fuzzy* (o *continuous*: 267, nt. 6) *logic* in L. PHILIPPS, *Unbestimmte Rechtsbegriffe und Fuzzy Logic. Ein Versuch zur Bestimmung der Wartezeit nach Verkehrsunfällen (§ 142 Abs. 2 StGB)*, in F. HAFT, W. HASSEMER, U. NEUMANN, W. SCHILD, U. SCHROTH (a cura di), *Strafgerichtsbarkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 1993, 265-280, che pur non può negare (spec. 274-275) come la decisione giudiziale, dopo aver acclarato punti sfumati e intermedi, debba poi obbedire, in una «seconda fase», a un metodo più universalizzante e «defuzzyficante»: la «perdita di informazioni» che ne consegue risultando «giustificata», nel linguaggio dell'autore (si potrebbero altrimenti richiamare i principi di tipicità e di legalità), da esigenze di «architettura del sistema» (e accennandosi soltanto, in conclusione di contributo, a concetti «ultrafuzzy», che renderebbero particolarmente complessa la pur necessaria seconda fase). Da noi, un convinto apprezzamento del «gradualismo» del *flou* in M. VOGLIOTTI, *Il giudice al tempo dello scontro tra paradigmi*, cit., 10-11, individuandone la più coerente espressione nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, con «la sua particolare attenzione per la sostanza valoriale delle questioni giuridiche, per l'effettività della tutela dei diritti, per il *law in action* (e quindi per i contesti applicativi)»; sul *modus operandi* dei giudici di Strasburgo come *fuzzy* o «sfumato» altresì V. MANES, «*Common law-isation del diritto penale*? Trasformazioni del *nullum crimen* e sfide prossime future, cit., 967 e *ivi* nt. 62 (e ID., *Profili e confini dell'illecito para-penale*, cit., 997).

spetto ai quali il legislatore non si aspetta dal giudice una risposta in termini di *Trennungsdenken*.

Si rifletta sulla *commisurazione della pena*: considerato che lo scopo di questa è calibrare la pena più adeguata alla luce di ogni possibile *nuance* reperibile nel fatto concreto e nella personalità dell'agente, è chiaro come tutti i sette complessivi sottoindici, nei quali ai sensi dell'art. 133 c.p. si articolano gravità del reato e capacità a delinquere, si presentino *necessariamente vaghi* o sfumaturizzati, con il solo vincolo dell'orientarsi ad alcune idee-guida di rango costituzionale (il finalismo rieducativo, in affiancamento al principio di colpevolezza che si staglia quale primario argine garantistico)³⁶⁷.

Tuttavia: si spiega anche l'atteggiamento di chi reputa la *fuzzy logic* – in specie nella versione di «analisi computerizzata», o quando si spinge ad affermare che «anche verità parziali sono verità» – *eccessivamente distante*, rispettivamente, dalle istanze, *umanistiche* e di *certezza* sostanziale e processuale, che governano la materia penale.

E in particolare si comprende come il concetto di vaghezza, base della logica *fuzzy*, sia investito dalla *diffidenza* “*professionale*” del penalista che tende, quasi istintivamente, a contrastare se non a rimuovere simile nozione³⁶⁸.

³⁶⁷ Sostanzialmente convergenti, pur senza richiamo alla *fuzzy logic*, mi paiono alcune considerazioni di R. ALAGNA, *Dialogo breve sulla tipicità penale*, cit. L'a. muove (3-4) dal concetto, *garantisticamente rigido*, di fattispecie, di cui si evidenzia il profilo «speculare e visivo» e il carattere di «disindividualizzazione dei comportamenti storici». Sulla «fattispecietà» (10) è legittimo che si innesti però un'indefettibile «tensione concretizzatrice», o un «flottaggio», verso gli aspetti anche «infinitesimali» e personali della singola vicenda (16-17).

³⁶⁸ Cfr. G.P. DEMURO, *Il dolo*, II, *L'accertamento*, Milano, 2010, 53-58, spec. 56; M. DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in www.penalecontemporaneo.it, 2016, 12-13, nt. 28: «Ci piace la logica *fuzzy* per spiegare come le forme del dolo e della colpa non siano riducibili a un vero concetto di genere, formale e linneano, ma non ci serve più se vogliamo impedire che un giudice s'inventi una nuova fattispecie di parte speciale»; ID., *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, cit., 13: «dopo un'indigestione di logica *floue*, di postmoderno e di pensiero debole, è necessario ritornare a un ordine concettuale smarrito»; I. PUPPE, *Vom Umgang mit Definitionen in der Jurisprudenz* (1989), in EAD., *Strafrechtsdogmatische Analysen*, Göttingen, 2006, 93 ricordando come, nonostante i contorni fluidi che presenta la realtà, dal giuri-

Date queste premesse, concentriamoci sul tipo di rapporto intercorrente fra logica *fuzzy* e funzione simbolica, e sui problemi che ne scaturiscono.

Vedo tre ipotesi:

a) *fuzzy logic*, *vaghezza* come caratteristica *dell'ordinamento* e funzione simbolica.

Un ordinamento “sbilanciato” verso la vaghezza – programmaticamente disinteressato cioè a obiettivi di *determinatezza*: pur realisticamente *relativa*, come si è insistito nell'ambito della *pars methodologica*³⁶⁹ – è un *ordinamento simbolista*, perché l'indeterminatezza complessiva (o *sistemica*, come la corruzione...) tradisce, ovviamente, la «fedeltà» a esigenze di certezza, ma anche con analoga evidenza la garanzia dell'autodeterminazione individuale, l'uguaglianza di trattamento, la possibilità dell'esercizio del diritto di difesa, il rispetto della frammentarietà, l'esplicazione di un'accorta prevenzione generale-deterrenza (e, volendo, di una persuasiva prevenzione generale-orientamento culturale)³⁷⁰; realizzando soltanto il distorto obiettivo, cui si è già dovuto fare richiamo perché tipicamente

sta ci si attenda «solo di rado una decisione in termini di più o meno e di regola una decisione in termini di sì o no»; S. SEMINARA, *Il delitto tentato*, Milano, 2012, 1024, che scrive di «concezioni di tipo relativistico, delle quali la logica *fuzzy* potrebbe considerarsi espressione», subito dopo peraltro (1024-1025) felicemente recuperando un *Kern* di validità a questa logica nel richiamare il compito della scienza penale di effettuare «delicati bilanciamenti tra libertà individuale e autorità statale, comunque evitando esiti talmente radicali da risultare estranei al comune senso giuridico e al 'diritto vivente' espresso dalla giurisprudenza»: il bilanciamento appare infatti, per dir così, *fratello siamese* di un approccio *fuzzy*; accenti possibilisti nei confronti della *fuzzy logic*, aprente «alle nozioni che possono reciprocamente sovrapporsi e sfumare l'una nell'altra, assumendo, per un verso, che il “collante” dei concetti non è il loro confine ma il loro centro gravitazionale, per l'altro, che la “gravità” dell'uno possa incrociarsi con gliflussi di altri centri gravitazionali», da ult. in G. LOSAPPIO, *Formula BARD e accertamento del dolo eventuale*, in www.penalecontemporaneo.it, 2017, 14-15, spec. nt. 52, richiamando – in questo caso a favore dell'esperienza *fuzzy* – un'istanza di «umano realismo».

³⁶⁹ *Supra*, I.3.

³⁷⁰ Sulle matrici della *determinatezza* v., per tutti, V. KREY, *Keine Strafe ohne Gesetz. Einführung in die Dogmengeschichte des Satzes “nullum crimen, nulla poena sine lege”*, Berlin, 1983, 80-98, 122-128, 136-138.

simbolista³⁷¹, della *prevenzione generale mediante disorientamento* o, per l'appunto, mediante incertezza.

b) *fuzzy logic*, *vaghezza* come caratteristica *di uno o più elementi di fattispecie* e funzione simbolica.

Intendendosi per elementi vaghi *singoli* «contrassegni che definiscono il fatto non in maniera perfettamente netta, né secondo linee determinabili con sicurezza, ma si giovano piuttosto di modi di pensare o di esprimersi che sono propri dell'uso comune»³⁷², si comprende come il problema, non coinvolgendo un atteggiamento spirituale dell'intero ordinamento, si presenti *meno appariscente* di quello indicato *sub a*).

Peraltro, un'inclinazione legislativa all'utilizzo di elementi vaghi resta preoccupante: non solo sul versante della determinatezza ma anche su quello, in qualche maniera addirittura *più specifico*, dell'istanza non-simbolista.

Con una (parziale) eterogenesi dei fini, l'elemento vago, infatti, si presta a un uso applicativo penalizzante per l'*individuo*, che diventa *egli stesso* simbolo: si potrebbe anzi dire che l'astratta vaghezza rischia in questo senso di trovare dolorosa concretezza *in corpore vili* potendo l'indefinitezza di un requisito della tipicità, fra le molteplici implicazioni del penale simbolico, rivelarsi *intollerante* e *ostile* verso la persona, costretta quale nemico a spiare colpe almeno in parte altrui.

Fuzziness e *vaghezza* divengono dunque fomite della manifestazione sopra³⁷³ riconosciuta quale «simbolismo giurisprudenziale», con particolare riferimento alla costellazione in cui (non *sua sponte* la giurisprudenza travolge attraverso un'interpretazione simbolista l'ignaro cittadino ma) è il legislatore – accantonando la primazia del bene giuridico e della strumentalità – a “invitare” il diritto vivente a “curvare” ciò che è lasciato vago nella direzione di un'ermeneutica simbolico-moraleggiante-depersonalizzante.

³⁷¹ *Supra*, II.5.3 e II.6.

³⁷² A. PAGLIARO, *Principio di legalità e indeterminatezza della legge penale* (1969), ora in ID., *Il diritto penale fra norma e società. Scritti 1956-2008*, vol. III. *Altri scritti – I*, cit., 289.

³⁷³ II.7.

c) *fuzzy logic*, *discrezionalità* e funzione simbolica.

Una discrezionalità... vagamente concessa – priva cioè di un vincolo teleologico interno, secondo il problema che affligge l'art. 133 c.p. – rende infine immediatamente di più bassa lega la fusione di fatto concreto e personalità del soggetto agente nel crogiolo della commisurazione della pena.

Di lega più bassa e... simbolista a causa della strumentalizzabilità del singolo in vista del raggiungimento, «oltre la sua persona», di fini *nascosti* di politica criminale (legislativa e/o giudiziaria).

Nemesi della parola: siffatta strumentalizzabilità è quanto di più lontano da un diritto penale effettivamente e «strumentalmente» tutelante beni giuridici.

Il *personalismo umanistico in bonam partem* che dovrebbe sorreggere l'intera, delicatissima fase commisurativa rimane infatti, con il noto sostegno delle «formulette pigre» (forse dovremmo dire: «formulette *fuzzy*»), a costante rischio di esiti *impersonali* e come tali, per definizione, *in malam partem*.

8.3. *Simbolismo e mass media*

Nel tratteggiare lo specifico del rapporto fra *mass media* e diritto penale simbolico, mi paiono utili quattro avvertenze preliminari, che circoscrivono la *pars destruens* e al tempo stesso, precisandola, persino la rafforzano.

In primo luogo, osserverei che non sono più i tempi per nutrire costanti timori, à la Rocco, su contaminazioni se non identificazioni fra diritto penale e sociologia; dell'ormai quarantennale superamento del tecnicismo giuridico (sua preterintenzionale onda lunga a parte!) abbiamo in ogni caso già discusso più indietro³⁷⁴.

E tuttavia, rispetto all'oggetto di questo subparagrapho, così connesso a più generali trasformazioni fenomeniche e culturali³⁷⁵, vale la pena

³⁷⁴ I.2.

³⁷⁵ Sulla molteplicità delle chiavi di lettura del rapporto fra sistema mediatico e sistema penale M. BERTOLINO, *Giustizia narrata o giustizia tradita?*, cit., 611: «Da quella più propriamente sociologica a quella psicologica; da quella criminologica a quella

spendere un *caveat* sulla necessità di ragionare *strettamente da giuristi*, identificando in particolare *mirati bersagli* penalistici: senza sovrapporre, dunque, considerazioni intorno alla «società del quarto potere»³⁷⁶, che assai meglio potrebbe svolgere un sociologo dei processi culturali e comunicativi, un sociologo dei fenomeni politici e giuridici, o un criminologo (qualche “sconfinamento” nei campi d’azione di questi colleghi sarà peraltro inevitabile, e anzi salutare!).

Secondariamente, è importante non concettualizzare i mezzi di comunicazione di massa come *ontologicamente* versati alla cultura del «reato penale» – quante volte ci imbattiamo nella locuzione duplicatrice e adrenalinica nei quotidiani o nei *talk show*³⁷⁷ ... – ovvero naturalmente votati a spettacolarizzazioni, per parole o per immagini.

La – motivata – giaculatoria verso il «deposito degli atti in edicola» da un lato dovrebbe potersi accompagnare all’apprezzamento di spazi certo non consueti ma *già esistenti* nei quali il dibattito riesce a realizzarsi in forma più pacata e *divulgativamente tecnica*³⁷⁸; dall’altro – co-

più prettamente penalistica e di politica criminale, a quella infine strettamente massmediologica».

³⁷⁶ Che «società dei *media*» non rappresenti un concetto alla moda, un mito, o una finzione, ma indichi precisamente la costante interazione fra avvenimenti reali e trasformazione comunicazionale, è esplicitato a scanso di equivoci da C. PRITTWITZ, *Kriminalpolitik in der Mediengesellschaft – Eine Skizze* –, in R. MICHALKE, W. KÖBERER, J. PAULY, S. KIRSCH (a cura di), *Festschrift für Rainer Hamm zum 65. Geburtstag am 24. Februar 2008*, Berlin, 2008, 576-577.

³⁷⁷ G. MANNOZZI, *Le parole del diritto penale: un percorso ricostruttivo tra linguaggio per immagini e lingua giuridica*, cit., 1452 richiama il «reato penale» come emblema della «dinamica oppositiva» che può instaurarsi tra linguaggio giuridico testuale e divulgativo. A «corbellerie incredibili» che si leggono sui *media* fa richiamo S. MOCCIA, *Uno spartito per più voci*, in S. MOCCIA, A. CAVALIERE (a cura di), *Il modello integrato di scienza penale di fronte alle nuove questioni sociali*, cit., 208.

³⁷⁸ Cfr. L. VIOLANTE, *Populismo e plebeismo nelle politiche criminali*, cit., 206: «il format del *David Letterman Show*, ad esempio, o di qualche rara nostra trasmissione televisiva, dimostra che un giornalista preparato, con un interlocutore per volta, può riuscire a mettere insieme le esigenze proprie della trasmissione televisiva con quelle di una comunicazione capace di informare, seria e rispettosa della verità»; A. CERETTI, *Alcune riflessioni criminologiche a margine dell’omicidio di Vasto*, in *Dir. pen. e proc.*, 2017, 565 segnala una “prova di pacatezza mediatica” più corale, comunque come eccezione, e con eccezioni all’eccezione; M. BERTOLINO, *Giustizia narrata o giustizia*

mincio a sviluppare il tema *autocritica* affacciato *supra*, I.5³⁷⁹ – quel *j'accuse* nei confronti del «diritto penale dei giornali, della televisione e di *internet*» dovrebbe poi sostanziarsi in una più *generosa e ingegnosa* messa a disposizione delle nostre competenze di accademici nel vivo (e financo nel torbido) della discussione pubblica e mediatica: siamo noi penalisti a essere rifiutati dai nostri concittadini e dal mondo della comunicazione, o all'emarginazione dalla sfera pubblica concorriamo attraverso una pigra e masochistica inclinazione all'*autoemarginazione*?

Siamo viziati dalle bellezze della *turrus eburnea* universitaria, mentre extra-torre c'è un mondo altrettanto pulsante: forse ciberneticamente governato dai *media* ma rispetto al quale dovremmo *sfruttare* le occasioni – e *creare* le occasioni – per dire la nostra in forma tecnica, senza *pruderie* se non ci entusiasmano i contraddittori³⁸⁰.

tradita?, cit., 618-620 sulla necessità che lo stesso spettatore sia, «attivamente», «addestrato a diventare un attento consumatore di *media* di qualità», in grado quindi di riconoscere il «contenuto valoriale» già oggi apprezzabile in specie nella televisione non «generalista».

³⁷⁹ Per poi riprenderlo *infra*, II.8.4, III.2, *sub c*) ed e), e III.4.5.

³⁸⁰ Scrive C.E. PALIERO, *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed 'effetti penali' dei media)*, cit., 532 di una «responsabilità eminentemente omissiva della cultura penalistica, sostanzialmente riluttante o incapace di veicolare nei *media*, in questo caso bisognosi di *know-how* specialistico, un sapere valido e obiettivamente corretto di cui solo il sistema penale può essere depositario». Sui rischi connessi al «ritirarci definitivamente nei nostri studioli polverosi, privi di finestre aperte sulla società», C. DE MAGLIE, *Punire le condotte immorali?*, cit., 959-960 (con particolare riferimento alla necessaria promozione di una «cultura della sussidiarietà»). Per un invito a «non sdegnare di comprometersi con l'«essere» del diritto penale e di cercare il dialogo (anche se non sempre ben accetto) con la politica e la prassi» F. MANTOVANI, *Il vero «diritto penale minimo»: la riduzione della criminalità?*, cit., 1135.

Incisive riflessioni in F. BACCO, *Il 'giurista penale': un intellettuale 'minore'?*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2013, 1-2: nelle sporadiche occasioni in cui i *media* danno voce a un cultore della scienza penale, sono richieste generalmente «osservazioni relative ad aspetti tecnici di vicende processuali: è raro il coinvolgimento su tematiche di respiro più ampio o su temi di politica del diritto penale»; insomma, nella «retorica mediatica e nella percezione collettiva è evidente la ri(con)duzione della dimensione penalistica a un problema di meccanismi sanzionatori, al 'come' e 'quanto' punire. Del tutto in ombra sono le ben più rilevanti questioni relative al momento precettivo e alla trama di implicazioni sociali e culturali connesse al significato dei bilanciamenti in cui il precetto cerca il senso della propria legittimazione». Amaramente: «nella percezione

Si tratterebbe in definitiva di replicare e incrementare, *sulla più vasta scala* mediatica, formule di dialogo fra cittadinanza e studiosi quali si registrano, fra le altre esperienze, in quelle giornate di *Porte aperte* nelle Università e nelle Città che vanno sotto il nome di *Notte dei ricercatori* (penso in particolare alla modalità, conviviale e pragmatica, del *Caffè scientifico*).

Come *terza avvertenza*, espliciterei l'invito a *non ingigantire* il ruolo dei *media* come *prioritario se non esclusivo* fattore distorsivo di costruzione della penalità.

Exempli gratia: preso atto che al pubblico ministero, almeno in Italia, ciclicamente si perviene ad assegnare la veste di «protettore dei diritti delle vittime» o addirittura di «garante dello stesso controllo democratico sugli altri pubblici poteri», riconoscendogli complessivamente una «forte funzione di prevenzione generale», pare corretto ammettere che a tale stato delle cose abbiano contribuito e contribuiscano – in qua-

del cittadino comune il ruolo del ricercatore di diritto penale non è contemplato, o viene eventualmente assimilato a quello di sbiadita controfigura degli operatori pratici, come mero 'commentatore di decisioni giudiziali', come 'studioso di norme' o magari come 'ricercatore di nuove leggi'. Di qui, l'auspicio che la stessa comunità scientifica sappia *uscire dall'angolo*, promuovendo «un flusso comunicativo rivolto alla società, e dunque anche ai 'non addetti', il quale renda percepibile la profondità delle questioni e dei valori che fondano il problema penale».

Su una *socializzazione dell'elaborazione dottrinale*, si veda anche, esattamente in relazione alla diade strumentale/simbolico, C. PERINI, *Fake news e post-verità tra diritto penale e politica criminale*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2017, 14: «quando si registra il varo di provvedimenti penali *simbolici* – come recentemente accaduto, ad esempio, con la mancata depenalizzazione del reato di immigrazione clandestina o con l'introduzione nel Codice penale dei delitti di *Omicidio stradale* e di *Lesioni personali stradali gravi o gravissime* – ossia di interventi che non mirano all'effettiva tutela di beni giuridici ma ad altri scopi (la assicurazione collettiva, *in primis*), la riflessione scientifica può essere (anche in prospettiva sociale) utilmente impiegata per sondare se si è trattato di risposte istituzionali ad una *irresistibile* domanda di pena proveniente dal basso (a fronte di altre domande – non di pena, ma della medesima origine e fortemente partecipate – rispetto alle quali, viceversa, il potere statale dimostra una certa capacità di resistenza), oppure di una riedizione del c.d. *more of the same*: la riproposizione dello *stesso* "strumento" ("la pena" o "più pena"), che solo o prevalentemente al proponente tuttavia (e cioè alla contingente maggioranza di governo) appare (presentabile come) una "soluzione"».

le proporzioni è sempre difficile determinare – il «sistema dei partiti, quello della stampa e della televisione, l'*establishment* economico, l'*intelligenza* nazionale, l'opinione pubblica» (i quali anche, così, divengono «essi stessi oggetto volontario di possibile controllo penale») ³⁸¹.

I mezzi di comunicazione di massa, insomma, possibili protagonisti di “rivolgimenti” penalistici ma solo *inter coetera*, nel seno di uno sfaccettato «circuito» politico-economico-giuridico-culturale-popolare-mediatico ³⁸²: *non* unici arbitri delle deformazioni del diritto e della procedura penale.

Infine, con una notazione in parte derivante dalla precedente, vorrei richiamare il *peccata suos teneant auctores*, ovvero un principio di responsabilità *individualmente* ascrivibile a ciascuna componente del sistema penale quale impresa collettiva: “martellanti” campagne mediatiche, volte a suggerire inasprimenti di pena, misure preventive e coercitive, attribuzioni di *status* soggettivi di pericolosità, letture faziose di vicende processuali, lasceranno peraltro, verosimilmente, *ragionevole libertà di apprezzamento* all'*opinione pubblica* da un lato e alla *politica* dall'altro; così come analogo spazio di autonomia (e di responsabilità) possiede certamente la giurisprudenza (e, ovviamente, la dottrina).

In altri termini, possiamo forse ricostruire la seguente regola esperienziale: i *mass media* non di rado tentano, anche pesantemente, di influire nelle aree di competenza altrui, in parte anche vi si insinuano, ma poi le *scelte finali* hanno pur sempre da essere prese secondo le rispettive pertinenze (servendoci del linguaggio della vittimodogmatica, potremmo evocare l'idea dell'autotutela della vittima; ovvero, con il lessico del dibattito sull'imputabilità, potremmo parlare di libertà di ciascuno, pur «relativa» o «condizionata», quale «necessario presupposto della vita pratica»).

In questa direzione i *principi* che governano il diritto penale, a onta del citato martellamento, saranno nella condizione di *continuare a ispirare* efficacemente legislatore, giurisprudenza e pubblica opinione (nel caso di quest'ultima, in forma parallelo-laica).

³⁸¹ M. DONINI, *Il diritto penale come etica pubblica*, cit., 36-37.

³⁸² Sul triplice disposto *media/associazioni delle vittime/rete*, nel segno «dell'antiparlamentarismo e dell'eterna utopia della democrazia diretta», in specie, G. INSOLERA, *Dall'imprevedibilità del diritto all'imprevedibilità del giudizio*, cit., 2003.

Sintetizzando queste premesse. Una discussione su *massmedia* e diritto penale simbolico potrà giovare: dell'astensione da sociologismi; della valorizzazione di esperienze più positive già oggi rintracciabili; dell'esercizio di autocritica da parte della dottrina; di un appropriato inserimento dei *media* nell'orbito del «sistema penale come opera collettiva»; del riconoscimento di un'autonomia comunque non marginale in capo agli agenti condizionabili dai *media*³⁸³.

Al netto di queste precisazioni, le *specifiche* peculiarità di un *simbolismo a trazione mediatica* potrebbero essere inquadrare come segue.

a) I *media* sono suscettibili di tramutarsi in veicolo di *istanze demagogiche*³⁸⁴ (sulle ragioni sociologiche, come detto, ci asteniamo), e la

³⁸³ Si potrebbe poi aggiungere, con C.E. PALIERO, *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed 'effetti penali' dei media)*, cit., 516 che, quando si denuncia «l'irrealismo» della definizione-rappresentazione mediatica rispetto a quella «naturale», si adotta a ben vedere una «visione inconsapevolmente giusnaturalistica», che trascura «la consustanziale *convenzionalità* del sistema definitorio penalistico, in quanto strumento normativo e non naturalistico».

³⁸⁴ L. EUSEBI, *L'insostenibile leggerezza del testo: la responsabilità perduta della progettazione politico-criminale*, cit., 1671, sottolineando quindi il «ruolo delicatissimo che assume, nel contesto sociale, l'esigenza di garantire la qualità e la completezza dell'informazione» e ricordando (1676) il «rango implicitamente costituzionale» dell'indipendenza del quarto potere dai poteri tradizionali dello Stato; sulla decisiva alimentazione massmediatica di una «domanda di sicurezza dei cittadini che cerca nella sanzione una soddisfazione di ordine puramente emotivo», in precedenza, ID., *La «nuova» retribuzione*, cit., 113. Cfr. M. BERTOLINO, *Giustizia narrata o giustizia tradita?*, cit., 615 (v. anche 625) circa un affiancamento, alla funzione «cognitiva» e a quella «conformativa», di un ruolo dei *media* – non già solo «'cani da guardia' delle notizie» – in termini di «salvaguardia della democraticità sostanziale della giustizia penale». Di un'«industria massmediatica allarmistica e compiacente» dice M. TRAPANI, *Creazione giudiziale della norma penale e suo controllo politico. Riflessioni su Cesare Beccaria e l'interpretazione della legge penale 250 anni dopo*, cit., 2. In specie, sui rischi di manipolazione mediatica della pubblica opinione, «che in Italia sono più gravi che altrove», come «uno dei dati da tenere in maggior conto nella situazione odierna della nostra democrazia», M. ROMANO, *Un'introduzione*, in G. FORTI, C. MAZZUCATO, A. VISCONTI (a cura di), *Giustizia e letteratura*, I, cit., 594-595. Curiosamente: ai *media*, stranamente anche in sintonia con un certo simbolismo linguistico del diritto penale «nucleare» (*supra*, III.8.1), potrebbe ascrivere quella «teatralizzazione del diritto e della paura» caratteristica del processo, non solo penale, medioevale, su cui R. BLOY, *Symbolik im Strafrecht*, cit., 62-65, con opportuni rimandi; sull'agente come «attore simbolico», punto di

demagogia penalistica trova un precipitato tecnico ideale nell'invocazione di *pene più severe*³⁸⁵.

Siamo dunque nel regno della *forma prototipica* di manifestazione della simbolica penale, l'aumento edittale delle sanzioni dividendo lo scettro con la costruzione di fattispecie che "raddoppiano" quelle vigenti³⁸⁶.

E l'*intreccio* politica-media-pubblica opinione balza qui con particolare evidenza, con la *regia* affidata proprio al quarto potere: è, spesso, la volontà politica di criminalizzazione ad attrarre l'applauso del cittadino comune, suscitato da tendenze per l'appunto demagogiche, o allarmistiche, se non apocalittiche (di una parte) della comunicazione³⁸⁷.

fuga di «comunicazioni» imputativo-sociali, W. GEPHART, *Symbol und Sanktion. Zur Theorie der kollektiven Zurechnung von Paul Fauconnet*, Opladen, 1997, 101-102.

³⁸⁵ Per un collegamento fra «offerte continue al ribasso, per le libertà, al rialzo quanto alle pene», e dominio culturale dei *media*, D. PULITANÒ, *Etica e politica del diritto penale ad 80 anni dal codice Rocco*, cit., 502-503.

³⁸⁶ V. *supra*, II.5.3 e II.5.4.

³⁸⁷ M. SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, cit., 548 quattro lustri fa scriveva del «fattore mediatico» quale «fierissimo concorrente, ormai, della scienza giuridica quanto alla capacità di influire sul ceto politico». Ecco, neppure l'autorevole studioso – parafrasando Bernardo di Chartres sempre capace, sulle spalle del *gigante-storia*, di scorgere oltre – ha saputo in questo caso preconizzare l'inarrestabile ascesa dei *media*, che hanno certamente vinto la concorrenza della dottrina come ispiratore del principe (anche, come detto, per qualche demerito dell'accademia stessa)...

Cfr. J.L. DíEZ RIPOLLÉS, *Symbolisches Strafrecht und die Wirkungen der Strafe*, cit., 516-517 che rimarca positivamente il crescente significato della «politica dell'informazione» massmediale, nella duplice direzione dell'ampliamento del dibattito al di là della cerchia degli esperti e dello sviluppo di una popperiana «falsificabilità» delle opinioni, mettendo però in guardia dal rischio che la posizione di supremazia dei *mass-media* provochi, per es. a causa di motivi economici, un'alterazione del confronto sui conflitti sociali e sulla criminalità, con offuscamento o disattenzione nei confronti di informazioni rilevanti e «finale», possibile disconoscimento delle questioni reali. Sulla «rappresentazione mediatica delle paure o comunque delle attenzioni nei confronti dei pericoli per beni come l'incolumità personale, che alimenta un clima in grado di inibire un controllo critico delle scelte compiute», V. MILITELLO, *Diritto penale del rischio e rischi del diritto penale fra scienza e società*, cit., 234-235.

Quanto «costose», queste logiche, e quanto distanti dalla analitica e *multidisciplinare pazienza* beccariana e baconiana³⁸⁸...

I *media*, dunque, quali fumento di simbolismo, e al tempo stesso di *sperimentalità*³⁸⁹: perché se è la stampa a dettare l'agenda al legislatore³⁹⁰, la sanzione penale sarà facilmente inasprita «alla cieca», senza le necessarie valutazioni comparative, senza istruttorie, audizioni di esperti, bilanciamenti fra costi e ricavi.

- b) Nella nostra dottrina, ha mostrato *Carlo Enrico Paliero* come non solo l'allarme sociale, ma anche il suo reciproco antitetico – il *senso soggettivo di sicurezza interna* – risulti *consapevolmente manipolabile* dai mezzi di comunicazione.

Per il principio secondo cui «l'immagine crea la realtà» («quod non est in media non est in mundo»)³⁹¹, ovvero in forza di un puro «ef-

³⁸⁸ Per maggiori riferimenti ai due pensatori, *supra*, II.5.4.

³⁸⁹ Sulla relazione fra simbolico e sperimentale anche *supra*, I.3, II.2 e II.5.4. I *massmedia* sembrano dunque disinteressati alla questione (testualmente G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, cit., 190) di un «fermo normativo» di non breve durata: in modo da avere tempo sufficiente per tornare a riflettere in profondità sulle ragioni sostanziali che possono giustificatamente indurre, in questo momento storico, a qualificare alcuni fatti come reato e a reprimerli con la sanzione più drastica e invasiva.

³⁹⁰ Sul «potere di agenda» (senza metafore: «di selezione distorsiva», «di caratterizzazione ideologica») detenuto dai *media*, A. BARATTA, *La politica criminale e il diritto penale della Costituzione. Nuove riflessioni sul modello integrato delle scienze penali*, in S. CANESTRARI (a cura di), *Il diritto penale alla svolta di fine millennio*, cit., 26-29; E. MUSCO, *Dedicato a Franco Bricola*, *ivi*, 92-94; M. BERTOLINO, *Privato e pubblico nella rappresentazione mediatica del reato*, cit., 1070-1114; E. LO MONTE, *Politiche neo-liberiste e questione criminale nella post-modernità (dall'atrofia dello Stato sociale di diritto all'ipertrofia dello Stato penale)*, cit., 760-767; F. SCHIAFFO, *Le minime ragioni della legislazione penale simbolica: la criminalità mediata*, cit., 128-130; L. POZUELO PÉREZ, *La política criminal mediática. Génesis, desarrollo y costes*, cit.; E.R. ZAFFARONI, M. BAILONE, *Delito y espectáculo. La criminología de los medios de comunicación*, in E.R. ZAFFARONI, M. CATERINI (a cura di), *La sovranità mediatica. Una riflessione tra etica, diritto ed economia*, cit., 132; C. PERINI, *Fake news e post-verità tra diritto penale e politica criminale*, cit., 6-7. Sull'«universalismo specifico» del sistema mediatico, *non* risultando «fatti che per la loro natura non si prestano ad essere trattati nei mass media», N. LUHMANN, *La realtà dei mass media* (1996), Milano, 2000, 41-42.

³⁹¹ L'inedito brocardo in C.E. PALIERO, *Verità e distorsioni nel racconto 'mediatico' della giustizia. Uno sguardo d'insieme*, in G. FORTI, C. MAZZUCATO, A. VISCONTI

fetto ideologico», aumenterà infatti la propensione alla denuncia quando la popolazione (mediaticamente indotta) soggettivamente ritenga più effettivo il sistema: il sistema allora davvero diverrà più effettivo ma... già nel medio periodo questo effetto potrà attenuarsi, se non scomparire, qualora l'effettività soggettiva non trovi corrispondenza in un incremento di effettività oggettiva³⁹².

Impatto, quello massmediale-ideologico, glosserei, *specificatamente simbolico*: posto che è la *fugacità dell'illusione* (e il successivo sotterramento di ogni non temeraria fiducia della «gente» nell'amministrazione della giustizia) la cifra comune alle variegate *species* di simbolismo³⁹³.

- c) La neolingua orwelliana di cui s'è detto sopra³⁹⁴, ragionando di componente magica dell'idioma penalistico, non ha precipuamente origine mediatica: il riferimento infatti è corso a quegli idiotismi *legislativi* (o eventualmente *regolamentari*) da subsistema, che sono in grado di produrre l'effetto di sottrarre porzioni di penale praticato al dominio dei suoi stessi principi generali.

Anche i *media* cooperano però, “già” linguisticamente, all'appannamento della costruzione concettuale e garantistica dello *ius criminale*, nella misura in cui una habermasiana «etica del discorso» venga affiancata da «varie neolingue di un *logos* degradato, che degrada la realtà in *reality show*»³⁹⁵: neolingue *variegata*, chioserei qui, perché il linguaggio dei *media* digitali pare ancora più fibrillante ed epinefrinico in rapporto allo stile degli *old media* (carta stampata, radio e

(a cura di), *Giustizia e letteratura*, I, cit., 671, notando come il «sentimento dei *media*» corrisponda oggidi a una «*ipereffettività testimoniale* sino ai limiti del monopolismo assoluto».

³⁹² C.E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, cit., 532-533; ID., *Consenso sociale e diritto penale*, cit., 918-919 circa un «effetto di “fuoco di paglia”» registrabile nell'osservanza di nuove norme, anche per la «diminuzione del *grado di sopravvalutazione* del 'rischio di scoperta' da parte dei destinatari, dovuta all'attenuarsi nel tempo dell'attenzione dei *media* all'impatto della nuova legge, con correlati effetti di amplificazione e 'persuasione occulta'».

³⁹³ A riguardo, *supra*, II.4.

³⁹⁴ II.8.1.

³⁹⁵ D. PULITANÒ, *Etica e politica del diritto penale ad 80 anni dal codice Rocco*, cit., 515.

televisione)³⁹⁶, e comunque *complessivamente funzionali* alle esigenze dell'*infotainment: horribile dictu*, ma le vicende della criminalità e della giustizia penale risultano *avvincenti* e financo *divertenti* per generazioni di *couch potatoes*³⁹⁷...

d) La «Kriminalpolitik im kleinen»³⁹⁸ condotta dai *mass media* è sovente «non-strumentale», *ergo* simbolica.

Il diritto penale, infatti, è in grado di rappresentare utile strumento *al servizio* del bene giuridico se, e solo se, inserito in un *contesto creativo* che apprezzi l'«intera gamma degli interventi, da cui il fenomeno sociale “criminalità” possa essere colpito e prevenuto più in radice»³⁹⁹: dando spazio a quella «fantasia del giurista» – *scilicet*: a una

³⁹⁶ Sulle «questioni ulteriori» poste dai *new media* in rapporto ai *media* tradizionali, M. CATERINI, *La legalità penal-mediatica. La mercificazione del 'prodotto' politico-criminale tra vecchi e nuovi mezzi di comunicazione*, in E.R. ZAFFARONI, M. CATERINI (a cura di), *La sovranità mediatica. Una riflessione tra etica, diritto ed economia*, cit., 166-169, testualmente 168, ove una considerazione sulla «fallacia, al momento, della relazione internet = maggiore democrazia, essendo la rivoluzione annunciata [...] solamente simbolica».

³⁹⁷ Cfr. C. PRITZWITZ, *Kriminalpolitik in der Mediengesellschaft – Eine Skizze –*, cit., 583, che tripartisce tra criminalità chiarita, campo oscuro e «campo stridulo» (*Grellfeld*): sussurrato, o talvolta urlato, ai “fanatici” di storie criminali. Sintetizza C. PERINI, *Fake news e post-verità tra diritto penale e politica criminale*, cit., 8-9, quale peculiarità nazionale: «le analisi mettono in evidenza che, a differenza di altri fattori di insicurezza veicolati dalla comunicazione televisiva italiana, che risentono di una componente *congiunturale*, la propensione dei *mass media* nostrani per la criminalità è *strutturale*, ossia costante in un arco di tempo di media lunghezza».

³⁹⁸ L'espressione, notoriamente, è riferita alla politica criminale che si attua *in sede giudiziaria* (da ult., legittimandola esclusivamente quale «politica interpretativa interstiziale», rispetto ai fatti, D. PULITANÒ, *Quali ermeneutiche per il diritto penale?*, in *Ars interpretandi*, 2/2016, 54) ma, *mutatis mutandis*, mi pare possa essere usata per indicare la “parzialità” dell'approccio al penale nei *mass media*.

³⁹⁹ D. PULITANÒ, *Politica criminale*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, cit., 7. A un «necessario scarto tra politica criminale e politica penale» si riferisce efficacemente P. SORBELLO, *Politica criminale ed osservanza delle regole. Riflessioni su limiti e possibilità di conversione al razionale dei comportamenti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1927, con (1924) l'immagine, ispirata a Bricola, della politica sociale, al cui interno trova spazio la politica criminale e, più in profondità, a mo' di cerchi concentrici, la politica penale. Su questi concetti, da ult., proprio come introduzione a un'analisi circa informazione corretta e formalizzazione

fantasia empiricamente e costituzionalmente accesa – al cui sfogo si appellava *Franco Bricola*⁴⁰⁰.

Non per una costrizione ontologica, come detto, ma l'impressione – *recte*: il dato di fatto, in ragione delle paradossali, plurime, “prove documentali” rinvenibili – è invece che la politica criminale dei *media* sia sempre più «cattiva» e «irrazionale».

Lo scrive apertamente *Cornelius Prittwitz*, nel contrapporre («nostalgicamente»?)⁴⁰¹ la fisionomia di una «buona» politica criminale: la quale mira a contrastare i più preoccupanti conflitti interpersonali sì con la dovuta «intensità», ma anche con «speciale cautela», ispirandosi a principi di razionalità e di umanità.

Autentico «dovere di una prevenzione della criminalità ad ampio spettro» («*Pflicht zur umfassenden Kriminalprävention*») sarà quello di «limitare reazioni [quelle penalistiche] che comportano costi così elevati e così gravide di conseguenze a conflitti ben selezionati: molto seri e non altrimenti risolvibili»; pena... una *escalation* dei conflitti inizialmente più marginali⁴⁰².

penalistica, C. PERINI, *Fake news e post-verità tra diritto penale e politica criminale*, cit., 1-2. Cfr. V. MILITELLO, *Diritto penale del rischio e rischi del diritto penale fra scienza e società*, cit., 235: «La scienza penale non può certo appiattirsi [sulla] politica della sicurezza, a pena di perdere ogni autonomia critica e di snaturarsi in politica *tout court*».

⁴⁰⁰ F. BRICOLA, *La riscoperta delle «pene private» nell'ottica del penalista* (1985), in ID., *Scritti di diritto penale*, vol. I, *Dottrine generali. Teoria del reato e sistema sanzionatorio*, tomo II, *Dal 1973 al 1993*, a cura di S. CANESTRARI, A. MELCHIONDA, Milano, 1997, 1560; ID., *Rapporti tra dommatica e politica criminale* (1988), *ivi*, 1589. Se il richiamo alla fantasia appare svolazzante, si consideri il significato dell'«intelligenza “ipertestuale”», qualità riferita allo stesso Bricola da A. PAGLIARO, *Relazione di sintesi*, in S. CANESTRARI (a cura di), *Il diritto penale alla svolta di fine millennio*, cit., 330.

⁴⁰¹ L'autore non si nasconde infatti come la tentazione a risposte «dure, autoritarie» fosse ben presente anche in società pre-massmediali, essenzialmente per lo «stretto legame fra colpevolezza penalistica da una parte e colpevolezza in senso morale e teologico dall'altra»; l'avvento dei mezzi di comunicazione di massa (si evidenzia il ruolo delle radio e delle televisioni private) ha peraltro determinato, à la Kuhn, un «cambiamento di paradigma».

⁴⁰² C. PRITTWITZ, *Kriminalpolitik in der Mediengesellschaft – Eine Skizze* –, cit., 578-585 richiamando, fra i molteplici strumenti di *prevenzione primaria*, le politiche sociale e del lavoro, edilizia, della famiglia, delle migrazioni, dell'integrazione, econo-

Aggiungerei che una politica criminale «semplificata», perché tutta imperniata sull'illecito di grado più elevato, nella pratica indifferenza per le altre facce della ideale piramide degli illeciti, a ben vedere... *non è politica criminale, ma politica tout court, massmediaticamente fomentata e accompagnata*⁴⁰³.

- e) C'è poi un aspetto in qualche misura connesso al punto precedente: si tratta della «riduzione della complessità»⁴⁰⁴ cui, con lodevoli eccezioni, inclinano i *media*⁴⁰⁵.

mica, dell'ambiente, della circolazione stradale; invece di intervenire «per tempo» e «in tutte le possibili direzioni», si continua a battere la strada della produzione di nuovo diritto penale o dell'inasprimento di quello già vigente: e a riguardo i *media*, si insiste, fanno senz'altro la loro parte. La conclusione dell'a. resta peraltro (moderatamente) ottimista: la battaglia per una più "globale" politica criminale non è definitivamente perduta, dandosi ancora spazi e modi per contrastare la «pressione all'irrazionalizzazione». Da noi, L. EUSEBI, *Formula di Frank e dolo eventuale in Cass., S.U., 24 aprile 2014 (ThyssenKrupp)*, in M. BERTOLINO, G. UBERTIS (a cura di), *Prova scientifica, ragionamento probatorio e decisione giudiziale. Atti del Convegno (Milano, 10-11/10/2014)*, Napoli, 2015, 187: «Abbiamo bisogno di un sistema della prevenzione penale e amministrativa che sappia motivare alla non adozione delle condotte pericolose. Non di un sistema penale che intenda elaborare *ex post*, mediante riti di esasperazione simbolica della pena detentiva e anche a costo di una ricostruzione semplificata e presuntiva delle reali condizioni psicologiche in cui un determinato soggetto abbia agito, l'impatto psicologico di un evento doloroso» (sul «perseguimento di strategie politico criminali razionali, che si rapportino ai fattori genetici personali e sociali della devianza», già Id., *La «nuova» retribuzione*, cit., 135); e G. MARRA, *Prevenzione, efficienza e sussidiarietà penalistica*, cit., 134: «la retorica della deterrenza è una strategia fallimentare per almeno due [...] motivi. Rallenta fino all'inerzia le dinamiche evolutive e le capacità progettuali di sistemi alternativi di tutela e prevenzione. Sterilizza la propensione individuale alla cooperazione, anche mediante l'inertizzazione di 'virtuose' convenzioni e norme sociali, la cui vigenza rende ragionevolmente fondata l'ipotesi che la prescrizione legale possa porsi come modello comportamentale per la maggioranza dei suoi destinatari».

⁴⁰³ Con A. BARATTA, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?*, cit., 30 e 35, potrebbe dirsi che «l'iperbole e l'isolamento» del diritto penale rispetto ad altre, più lungimiranti, politiche esprime una forma di «odio del futuro».

⁴⁰⁴ C. PRITWITZ, *Kriminalpolitik in der Mediengesellschaft – Eine Skizze –*, cit., 578; C.E. PALIERO, *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed 'effetti penali' dei media)*, cit., 493: «semplificazione esemplificatoria» adottata dai *media*, incidente a livello quantitativo, qualitativo e contenutistico.

Aiuta a chiarirne la rilevanza penalistica *Karl-Ludwig Kunz*.

I *media* (e la *politica: terzo incomodo*, commenterei, in uno svolgimento su «simbolico e mediatico») ⁴⁰⁶ tendono a rinchiuderci in un tardomoderno *panopticon*, dove l'«accorciamento» della realtà a determinati stilemi, rituali, forme draconiane di «protettorato», categorie personologiche, precomprensioni, produce smarrimento nei cittadini, “rimpiccioliti” a loro volta a spettatori privi di possibilità di osservazione e tantomeno di controllo sulla realtà: cittadini che a questo punto trarranno (magra) «soddisfazione e gioia da comportamenti conformistici», da «rappresentazioni di normalità», o da «simboli collettivi», estrinsecantisi per esempio nella contrapposizione tra «noi» e gli «altri» ⁴⁰⁷ (la considerazione getta un ponte sulla successiva trattazione della simbolica del nemico) ⁴⁰⁸.

⁴⁰⁵ Cfr. C.E. PALIERO, *Verità e distorsioni nel racconto 'mediatico' della giustizia. Uno sguardo d'insieme*, cit., 675-676, per la distinzione tra «*media* 'informativi' puri», ancorati per lo più alla carta stampata, e «*media* ri-creativi», in ogni caso vieppiù prevalenti, tesi a «*ricreare attraverso lo spettacolo*», con il frequente esito di una politica criminale «plagiata». Sulla questione morale, forse ormai «più questione che morale», relativa ai criteri di scelta degli eventi c.d. notiziabili, M. BERTOLINO, *Giustizia narrata o giustizia tradita?*, cit., 613-614, che conclude infatti (633-635) auspicando un «recupero di dignità» da parte della «cabina di trasmissione» massmediale (625).

⁴⁰⁶ Su un circolo vizioso fra *media* e politici ancora C. PRITZWITZ, *Kriminalpolitik in der Mediengesellschaft – Eine Skizze* –, cit., 584: i primi, interessati a “smerciare” il proprio prodotto, sanno che «crime sells» e approfittano perciò del profluvio di leggi emanate dalla politica; i secondi promettono sicurezza sperando di essere eletti, battendo a loro volta la grancassa di stampa e televisioni. Sull'«osmosi di fatto», se non «saldatura», fra formante legislativo e formante mediatico, C.E. PALIERO, *L'agorà e il palazzo. Quale legittimazione per il diritto penale?*, cit., 116, ritenendo in ogni caso «ampiamente superata» l'idea di una strumentalizzazione dei *media* da parte della politica: «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».

⁴⁰⁷ K.-L. KUNZ, *Zur Symbolik des Strafrechts*, cit., 357-359; ID., *Kriminalwissenschaften und gesellschaftliche Sicherheit*, in G. DUTTGE, G. GEILEN, L. MEYER-GÖBNER, G. WARDA (a cura di), *Gedächtnisschrift für Ellen Schlüchter*, Köln, Berlin, Bonn, München, 2002, 733-735. V. anche R. HEGENBARTH, *Symbolische und instrumentelle Funktionen moderner Gesetze*, cit., 203; M. NEVES, *Symbolische Konstitutionalisierung*, cit., 29-30; rispetto in particolare alla criminalità colposa, su un'inclinazione mediatica *pro* (eventuale!) vittima D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009, 70-72; circa un «populismo inquirente» su cui soffiano i *media*, M.L. FERRANTE, *Il perico-*

La riduzione della complessità, trasposta dal versante mediatico a quello politico-parlamentare, può sollecitare inasprimenti di pena [*supra* in questo sottopar., *sub a*] ma anche incriminazioni ed ermeneutiche modellate sul «tipo d'autore», altre forme di ipersoggettivizzazione della responsabilità, incriminazioni-doppione, allentamenti di logiche tripartite nella concettualizzazione e nell'applicazione del reato (o comunque indebolimenti in *iter* di costruzione legislativa e di accertamento giudiziale dotati di analogo gradualismo garantistico), scorciatoie probatorie, tattiche elusive⁴⁰⁹.

- f) Due forme di manifestazione di simbolismo penale discusse anch'esse indietro⁴¹⁰ trovano nei mezzi di comunicazione di massa un *formidabile volano*.

Mi riferisco da un lato all'impiego della tecnica del *preambolo* o dell'articolo uno esprimente, retoricamente e talvolta fittiziamente

lo del populismo penale nelle sue varie forme, cit., 18-20; sulla «costruzione» di notizie «più vere del vero» (Z. Bauman), con relativo (largo) superamento di quei «limiti interni o logici, che non dovrebbero invece mai essere abbandonati dalla cronaca, dall'informazione, soprattutto quando si tratti di quella criminale o giudiziaria», M. BERTOLINO, *Giustizia narrata o giustizia tradita?*, cit., 610 e 612 (v. anche 621); sulla «veste "istituzionalizzata mediaticamente"» fatta indossare al pensiero critico, G. FORTI, *Le tinte forti del dissenso nel tempo dell'ipercomunicazione pulviscolare. Quale compito per il diritto penale?*, cit., 1040-1047, spec. 1042.

⁴⁰⁸ *Infra*, II.8.5.

⁴⁰⁹ Cfr. V. MILITELLO, *Diritto penale del rischio e rischi del diritto penale fra scienza e società*, cit., 225, collegando anche all'istigazione mediatica (233, 235, nt. 9) una situazione inquadrabile come «rischio del diritto penale» (che si affianca alle nozioni politico-criminale e dogmatica di rischio: 224-225), ove in particolare «il rischio non opera sul contenuto, sui requisiti del diritto penale, ma si rivolge alla possibilità di vedersi applicare il diritto penale nell'esercizio della propria attività: il rischio è riferito al soggetto del fatto di reato (l'autore) e non più attiene alle caratteristiche dell'offesa realizzata (dunque a quelle della vittima)».

Un ulteriore aspetto della selettività riduzionistica osservabile nei *media* è colto da C.E. PALIERO, *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed 'effetti penali' dei media)*, cit., 495-496 nell'orientarsi della cronaca dei fatti a «marcati giudizi di disvalore genericamente moralistici sull'azione in sé, prescindendo dal contesto ambientale e individuale in cui si è svolta»; sulla pretesa dei *media* di produrre «norme di salienza morale» G. FORTI, *Le tinte forti del dissenso nel tempo dell'ipercomunicazione pulviscolare. Quale compito per il diritto penale?*, cit., 1034, 1043, 1056.

⁴¹⁰ II.5.1 e II.5.2.

(*rubrica legis non est lex*), una determinata ottica legislativa circa l'oggetto di tutela (ovvero spesso, plurioffensivamente, gli oggetti di tutela); dall'altro, alla *traslazione* di una norma dall'*extra codicem* nel *corpus* codicistico per motivi essenzialmente pedagogici o, anzi, «di pura immagine».

Non rinoverò qui un *cahier de doléances* riguardo all'una e all'altra modalità; basti allora, *ratione materiae* (mezzi di comunicazione e simbolismo), evidenziare l'*insostituibilità*, o comunque l'*estrema preziosità*, dei *media* per il buon “funzionamento” di queste figure sintomatiche di penale simbolico.

Da una parte dunque i titoli dei giornali e dei telegiornali costituiscono la perfetta cassa armonica per diffondere un «messaggio» circa la ferma intenzione legislativa di proteggere il bene, o i beni, dichiarato/dichiarati nel «manifesto» introduttivo della legge: messaggio in qualche caso *proditorio*, in altri comunque *ingenuamente ottimistico*, in altri ancora invece – bisogna dirlo – *corretto e serio*, pur se *enfaticamente espresso*.

Dall'altra, il *clamore* o la *ripetività* con cui la politica comunica (“strombazza”) alla stampa e alle televisioni di avere «aggiunto-un-nuovo-importante-mezzo-di-lotta-dentro-al-codice-penale» fa pensare a un'operazione più estrinseca che meditata.

- g) Ultima ma non ultima, vale la pena riprendere e inserire nella complessiva trama su *massmedia* e simbolismo una riflessione sui *diversi tempi* della giustizia e dei *media*, svolta di recente da *Désirée Fondaroli*, sulla scia di rilievi del suo Maestro, *Filippo Sgubbi*.

Il risalto dato a esigenze di «trasparenza immediata e totale» dai *media* e dai nuovi *media*, «impedendo che sui fatti più scandalosi per la convivenza civile cali il sipario», non potrebbe dirsi in sé disprezzabile.

Al tempo stesso però – ed è evidente come in questa condivisibile diagnosi gli *incommoda* superino (abbondantemente) i *commoda* – l'«immagine mediatica, che è percezione, “fulmina” il pensiero, paralizza ogni elaborazione simbolica, induce ad un rapido passaggio all'azione»; ovvero per opposti versi, aggiungerei, promuove un simbolismo intriso ancora una volta di moralismo e latore anzi di *stigma di ardua rimozione*.

Con una “sinonimia” già proposta in questo libro (che pur sinonimia non è fino in fondo, come anche dibattuto)⁴¹¹, la celerità peculiare al *tam tam* mediatico genera un simbolismo/illusione e in particolare, di nuovo con parole dell’ autrice citata, l’inganno che «la “soluzione del caso” sia già lì, sotto gli occhi di tutti, soltanto da afferrare»; e, invece, i «tempi si allungano», i «colpevoli non si trovano, o, peggio, si trovano, per così dire, *pro tempore*» mentre lo «spettro della prescrizione incombe»⁴¹²...

Echeggiando un interrogativo che ci siamo anche altrove posti⁴¹³, e che in ulteriori luoghi avremmo potuto sollevare: eccessivamente severe le considerazioni che si trovano nei punti da a) a g) del presente sottoparagrafo? Ritengo di no, se si condividono le avvertenze di metodo enunciate in apertura di questo 8.3 e se alla *pars destruens* di cui si occupa il capitolo II, e che si avvicina all’ ultimazione, si “unisce” la *pars construens* che qua e là ha già fatto capolino e che tornerà in forma più distesa nel cap. III.

⁴¹¹ *Supra*, II.4.

⁴¹² D. FONDAROLI, *L’ accertamento della responsabilità penale secondo il paradigma del “caso per caso” ed il “circo mediatico-giudiziario”. Il nuovo particolarismo giuridico*, cit., 142-145, spec. 144-145. In tema di «Sincronia (del *modus operandi* mass-mediatico) versus Diacronia (del *modus operandi* giuridico-penale)» v. già C.E. PALIERO, *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed ‘effetti penali’ dei media)*, cit., 491-492: «La definizione e il ‘giudizio’ dei *media* su di un ‘fatto criminale’ sono pressoché *istantanei* (o, comunque, per le vicende più complesse, *relativamente* ‘istantanei’) e resi *definitivi* dalla notizia che ‘vive’, nella *realtà* mediatica, sin che è attuale; la definizione e il ‘giudizio’ della giustizia penale, viceversa, sono necessariamente articolati e diluiti nel tempo (*nei tempi*) del processo penale, e si impernano, in termini di *validità*, su di un ‘*giudizio di ultima istanza*’ affatto sconosciuto alla paradigmatica dei *media*» [v. anche 492 per la diade «Formalizzazione (della criteriologia definitoria del diritto penale) versus Informalità (della criteriologia definitoria dei *media*)»]; ID., *Verità e distorsioni nel racconto ‘mediatico’ della giustizia. Uno sguardo d’insieme*, cit., 673-674; M. BERTOLINO, *Giustizia narrata o giustizia tradita?*, cit., 613-614.

⁴¹³ *Supra*, II.3, sub c).

8.4. Simbolismo e populismo

«Trista gente è quella di un popolo che segue lo sbatter di bandiere e stendardi piuttosto che le idee ben masticate»: davvero implacabile la battuta di Niccolò Machiavelli, a gelare populismi e demagogie tanto in voga anche nei nostri tempi⁴¹⁴.

Nelle diagnosi più critiche – e, purtroppo, non facilmente respingibili – il populismo *penale*⁴¹⁵ è un’*idra di Lerna*, investendo «la società, la politica, i mezzi di comunicazione e l’amministrazione della giustizia»; fino a debordare nel *plebeismo*, ovvero in «comportamenti politici che tendono a suggerire o a provocare movimenti di popolo che chiedono condanne esemplari o assoluzioni altrettanto esemplari»; o fino a determinare una riprogrammazione della penalità in *tecnica di accoglienza di istanze vendicative*⁴¹⁶.

⁴¹⁴ La citazione è in G. RAVASI, *Populismo*, in *Il Sole 24 Ore Domenica*, 29/1/2017, 23 che, aggiornandolo linguisticamente, richiama anche altro passo machiavelliano: «Cosa da deprecare non è il tempo che si consuma nel confronto. L’errore che non troverà mai rimedio è invece quello di risolvere ogni decisione per applauso».

⁴¹⁵ Più in generale, invece, sul populismo come ideologia (senza idee), stile discorsivo (belligerante), strategia (monodimensionale), M. ANSELMINI, *Populismo e populismi*, in S. ANASTASIA, M. ANSELMINI, D. FALCINELLI, *Populismo penale: una prospettiva italiana*, cit., 6-14.

⁴¹⁶ L. VIOLANTE, *Populismo e plebeismo nelle politiche criminali*, cit., 197 e 206. Sul populismo «spinta esogena per eccellenza», rispetto ai principi che dovrebbero orientare la criminalizzazione primaria, C. ANTONUCCI, *Una prospettiva italiana del populismo penale*, in *St. sulla quest. crim.*, 3/2016, 77. Sui rischi di «possibili degenerazioni plebiscitarie» M. CATERINI, *In dubio interpretatio pro reo. Un onere motivazionale aggravato per arginare la creatività giudiziale*, cit., 509. Sulle «follie vendicative dei nostri giorni», ovvero sulla «festa crudele della pena», F. STELLA, *La giustizia e le ingiustizie*, Bologna, 2006, 183-185. A «ricorrenti pulsioni vendicative talora populisticamente alimentate» fa riferimento anche F. PALAZZO, *Principio di legalità e giustizia penale*, in *Cass. pen.*, 2016, 2695. Di «eccedenze interpretative sempre più invasive, “populistiche” o “di lotta”» scrive V. MANES, *Dalla “fattispecie” al “precedente”. Appunti di “deontologia ermeneutica”*, cit., 5. Quali fattori condizionanti il populismo (giudiziario) sono richiamabili, con G. FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, cit., 114, «a) il contesto politico generale; b) gli atteggiamenti della pubblica opinione insieme con gli orientamenti del sistema mediatico; c) la quantità e la qualità dei fenomeni criminali da contrastare; d) le ideologie della magistratura, le connesse

Non pochi potrebbero essere gli esempi, in particolare, di scelte incriminatrici irragionevoli perché populistiche⁴¹⁷: potendosi citare per tutti la materia dell'omicidio stradale – già richiamata sopra⁴¹⁸ come paradigma di «simbolismo giurisprudenziale», *pre* l. 41/2016 –, un'autentica «gragnuola di recenti incriminazioni nuove con il loro conteggio di aggravanti spesso “blindate” e sottratte alla disciplina generale»⁴¹⁹, così come i «ritocchi» sanzionatori introdotti, in spregio dei principi di proporzione e di finalismo rieducativo, nel delitto di scambio elettorale politico-mafioso (art. 416-ter, co. 1, c.p.)⁴²⁰.

L'*aperti sesamo* del populismo è dato in ogni caso dal concetto di *sicurezza*, *rectius* un concetto di sicurezza che diviene «orizzonte totalizzante della penalità»⁴²¹.

Metronomo del bisogno di sicurezza è il *public panic*⁴²², la *paura* che, notoriamente, è cattiva consigliera (così come la fretta, motore di leggi «sperimentali»).

culture di ruolo e il grado di efficacia del controllo disciplinare; e) la cultura giuridico-costituzionale del cittadino medio».

⁴¹⁷ In generale, sulla «rincorsa – ampiamente constatabile nell'ambito del *populismo* penale – all'inasprimento delle pene edittali e delle condanne per intenti di enfattizzazione retorica della (pur indiscutibile) riprovevolezza di certe condotte», L. EUSEBI, *Su violenza e diritto penale*, cit., 125.

⁴¹⁸ II.7.

⁴¹⁹ F. PALAZZO, *Principio di legalità e giustizia penale*, cit., 2698.

⁴²⁰ G. AMARELLI, *Prove di populismo penale: la proposta di inasprimento delle pene per lo scambio elettorale politico-mafioso. Osservazioni a margine dell'art. 1, comma 5, d.d.l. C. 4368*, in www.penalecontemporaneo.it, 2017, 1-11, 6-7 per il nesso fra simbolico/espressivo e populistico. *Funditus* in argomento ID., *La contiguità politico-mafiosa. Profili politico-criminali, dommatici ed applicativi*, Roma, 2017.

⁴²¹ Per una serrata presa di distanza a riguardo M. DONINI, *Il progetto 2015 della Commissione Caselli. Sicurezza alimentare e salute pubblica nelle linee di politica criminale della riforma dei reati agroalimentari*, cit., 207-259, testualmente 211. V. anche G. FIANDACA, *Rocco: è plausibile una de-specializzazione della scienza penalistica?*, cit., 201. A un «populismo reazionario» fa riferimento C.E. PALIERO, *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed 'effetti penali' dei media)*, cit., 500, nt. 119. Sulla «contraddizione di una società del rischio che al contempo aspira ad assicurare la sicurezza» V. MILITELLO, *Diritto penale del rischio e rischi del diritto penale fra scienza e società*, cit., 233.

⁴²² M. PAVARINI, *Un arte abyecto. Ensayo sobre el gobierno de la penalidad*, cit., 133-134, 227-228; A. BARATTA, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?*, cit., 30:

Della paura come fonte di legislazione simbolica (anzi di paura e delitti naturali *versus* paura e delitti tecnici) s'è già detto⁴²³. Ora degli assecondamenti politici del pubblico panico – nell'inconsapevolezza, reale od opportunistica, di contraddizioni, ingiustizie e corresponsabilità sociali⁴²⁴ – possiamo invece sottolineare il profilo populistico.

Il populismo, la sicurezza e un complessivo «clima punitivista» sono esclusivamente *di destra o anche di sinistra?*

All'interrogativo risponde, non solo rispetto alla Spagna, *Manuel Cancio Meliá*: se la destra sempre più spesso mette all'ordine del giorno istanze «progressiste» (meglio: «socialdifensiviste») tipicamente abbracciate dalle forze di sinistra (introduzione di delitti di discriminazione, rafforzamento del contrasto delle molestie sessuali), «la sinistra politica ha compreso quanto conveniente possa risultare il ricorso alla strategia 'law and order', precedentemente monopolizzata dalle forze della destra»⁴²⁵.

Per l'Italia, in particolare, qualche differenza di orientamento specifico, «sul piano simbolico e della comunicazione pubblica», oltre che su quello della concreta proposta politica, è ancora rilevata da *Giovanni*

insicurezza e domanda di pena come «provincia di senso» rispetto a «frustrazioni che dipendono in realtà dall'insoddisfazione di altri bisogni e altri diritti» (anche 22 e 27 sulla necessità di «una preliminare decostruzione del sentimento di insicurezza»); K.-L. KUNZ, *Kriminalwissenschaften und gesellschaftliche Sicherheit*, cit., 735: «la nuova politica della sicurezza è essenzialmente una politica simbolica anti-ansie». In particolare, sul concetto coheniano di *moral panic*, C.E. PALIERO, *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed 'effetti penali' dei media)*, cit., 500, nt. 118, 503, nt. 129, 524, 535; e, sul concetto di «senso di sicurezza collettivo», già ID., *Metodologie de lege ferenda: per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*, cit., 516, 543-546. V. anche M. BERTOLINO, *Giustizia narrata o giustizia tradita?*, cit., 617. Cfr. E. LO MONTE, *Politiche neo-liberiste e questione criminale nella post-modernità (dall'atrofia dello Stato sociale di diritto all'ipertrofia dello Stato penale)*, cit., 765 per l'osservazione secondo cui, in forza della «costruzione di un vocabolario motivazionale della sicurezza e della domanda di punizione», «le funzioni simboliche e le funzioni strumentali si sovrappongono». Sovrapposizione che non pare soltanto italiana, o tedesca: v. A. BONDI, *Zero*, cit., 91, per l'osservazione che «troppi governi europei ormai si comportano da dilettranti allo sbaraglio del populismo».

⁴²³ *Supra*, II.6.

⁴²⁴ L. EUSEBI, *Su violenza e diritto penale*, cit., 120.

⁴²⁵ M. CANCIO MELIÁ, «Diritto penale» *del nemico?*, cit., 72-78, spec. 74-75.

Fiandaca: «l'appartenenza al centro-destra sollecita, tendenzialmente, un impegno a muovere una guerra alla criminalità comune e alla criminalità da strada; mentre l'appartenenza al centro-sinistra induce, per lo più, a enfatizzare la lotta contro le mafie e, più in generale, contro la criminalità dei colletti bianchi».

Comune ai due schieramenti sarebbe peraltro un «complesso accusatorio», e cioè la «tendenza ad estendere all'agire politico la logica accusatoria tipica del pubblico ministero» (e non quella imparziale del giudice), l'enfasi cadendo «sulla necessità di denunciare, indagare, accertare, impiegare mezzi di contrasto efficaci per sradicare il crimine e fare terra bruciata attorno ad esso, applicare sanzioni rigorose, controllare e neutralizzare le persone pericolose»; incamminandosi su questa strada marcatamente populista, preoccupazioni individualgarantistiche divengono «lussi da anime belle»⁴²⁶...

Suggerimenti populiste conducono più precisamente a una «svalutazione quasi preconcepita sia della dimensione tecnica della legiferazione penale, sia dei profili garantistici»⁴²⁷: e in specie della *pietra angolare-tipicità* rendendola, innaturalmente, «umbratile»⁴²⁸.

Con un linguaggio... simbolico, potrebbe osservarsi che l'esibizione del *brand* «diritto penale», populisticamente piegato, riveste una perenne «presa» (sui sudditi o) sui cittadini, offrendo all'istituzione statale

⁴²⁶ G. FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, cit., 99-100; ID., *Prima lezione di diritto penale*, cit., 122-123, 187, per altro verso avanzando l'ipotesi (186) che siffatto complesso accusatorio sia cavalcato dalla politica oltre quanto invocato dalla stessa «gente», a sua volta attraversata da profonde incoerenze: «Se si guarda innanzitutto agli orientamenti della pubblica opinione, quel che da molti anni è dato riscontrare è in realtà il confuso emergere di tendenze contraddittorie, oscillanti cioè tra repressivismo spinto e indulgenzialismo corrivo, giustizialismo e garantismo «peloso», revival dell'immagine del delinquente come soggetto socialmente pericoloso [...] e rieducativismo idealistico o ingenuo». Sulla «trasversalità» agli indirizzi politici del populismo del «più penale» anche D. PULITANO, *Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, cit., 125-126.

⁴²⁷ G. FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, cit., 101.

⁴²⁸ Con l'icastico aggettivo adottato da C. BERNASCONI, *Il modello della tipicità umbratile nella recente legislazione penale*, cit., 424-426.

un'agevole possibilità di «richiamare alla mente ciò che per lei ha carattere vincolante»⁴²⁹.

Intendiamoci: il riferimento al «popolo» ha una precisa *valenza costituzionale*.

Da un lato, infatti, l'art. 101, co. 1, della Carta fondamentale recita: «La giustizia è amministrata in nome del popolo»⁴³⁰.

Dall'altro, la democrazia costituzionale si esprime anche in «un'istanza sostanziale partecipativa che va alla ricerca di una consensualità sociale ampia e diffusa, quale fondamento ultimo e “vero” della politica e del diritto criminale»⁴³¹.

Non si potrebbe però trascurare *da una parte* come alla pur importante proclamazione ideale contenuta nel co. 1 dell'art. 101 faccia da *immediato contraltare*, nel co. 2, l'affermazione secondo cui «I giudici sono soggetti soltanto alla legge», quale principio “selettivo” e fondante la funzione giurisdizionale, in grado di escludere l'attribuzione a questa di un «legame di rappresentanza del popolo o di condivisione di specifici valori ‘popolari’»⁴³².

E come, *dall'altra*, «entrambi i protagonisti della produzione normativa penale, legislatore e giudici, siano oggi molto sensibili a quell'istanza» partecipativo-consensuale, «complice il grande interesse mo-

⁴²⁹ K.-L. KUNZ, *Zur Symbolik des Strafrechts*, cit., 356. Sull'«illusione» della «democrazia del *mi piace*» L. VIOLANTE, *Populismo e plebeismo nelle politiche criminali*, cit., 200 e 206. Sull'abilità della «democrazia d'opinione» a lavorare ai fianchi la «cultura della “resistenza”», orientata a contenere il potere di punire, M. PAVARINI, *Parte prima*, in M. DONINI, M. PAVARINI, *Silète poenologi in munere alieno!*, in M. PAVARINI (a cura di), *Silète poenologi in munere alieno! Teoria della pena e scienza penalistica, oggi*, Bologna, 2006, 20. Sul «volto politico» del simbolismo penale pure E. STRADELLA, *Recenti tendenze del diritto penale simbolico*, cit., 215 e A. SESSA, *Ostinata criminalizzazione della clandestinità e tenuta democratica del sistema: fondamento e limiti alle opzioni della politica criminale simbolica*, cit., 19-21.

⁴³⁰ Come ricorda D. PULITANÒ, *Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, cit., 123.

⁴³¹ Cfr. F. PALAZZO, *Il principio di legalità tra Costituzione e suggestioni sovranazionali*, cit., 3. Invita a distinguere la «distorsione» populista dalla «naturale attenzione del legislatore nei confronti dei bisogni dell'elettorato» M.L. FERRANTE, *Il pericolo del populismo penale nelle sue varie forme*, cit., 2.

⁴³² D. PULITANÒ, *Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, cit., 123-124.

strato dai *massmedia* per il mondo della giustizia penale»: di qui, perlomeno il «rischio di derive populistiche»⁴³³.

Se questa può dirsi la *grammatica del populismo*, vorrei anche riflettere su due questioni, parzialmente connesse, emerse nel più recente dibattito.

La prima è compendiabile nell'interrogativo: «Il diritto penale ha, in qualche misura, carattere *intrinsecamente populistico*?».

Una risposta positiva si lega ai «rapporti di strettissima vicinanza o contiguità» intrattenuti dal diritto penale «con la dimensione comunitaria e con il profilo identitario propri di una determinata popolazione in un determinato momento storico» (si richiama l'idea jellinekiana della condivisione e della tutela di un «minimo etico») ⁴³⁴.

Come «presa d'atto» di una realtà forse ancestrale⁴³⁵, questa relazione di vicinanza difficilmente potrebbe essere contestata.

La «rilevante attenzione tributata al diritto penale» e alle sue modifiche dal *quivis de populo*⁴³⁶, con particolare riguardo al *Kernstrafrecht*, risalta del resto in maniera ancora più schiacciante – nota poi *Monika Voß* – se confrontata con la tiepida accoglienza riservata dal cittadino medio al diritto amministrativo e al diritto civile, che spesso sfuggono ai *radar dei media* e dell'opinione pubblica e ai quali di regola ci si interessa solo in caso di controversia⁴³⁷.

⁴³³ F. PALAZZO, *Il principio di legalità tra Costituzione e suggestioni sovranazionali*, cit., 3.

⁴³⁴ In altro lavoro, l'autore che pone la questione in esame “modernizza” il richiamo al minimo etico con la nozione rawlsiana del «consenso per intersezione»: v. G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, cit., 80-81.

⁴³⁵ In questi termini la presenta lo stesso G. FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, cit., 102-104.

⁴³⁶ Cfr. K. AMELUNG, *Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung*, cit., 55, che vede questa attenzione come espressione *sic et simpliciter* di «simbolismo» mentre, con la sensibilità odierna, potremmo più esattamente chiamare in causa quell'*aspetto del simbolismo* che è il populismo.

⁴³⁷ Cfr. M. VOB, *Symbolische Gesetzgebung*, cit., 77-78. Analogamente R. BLOY, *Symbolik im Strafrecht*, cit., 60, nt. 6: «Anche se la legislazione simbolica non appartiene esclusivamente al suo campo, il diritto penale riveste simbolicamente un evidente ruolo di primo piano, potendo esibire nel confronto con altri settori giuridici un contenuto simbolico particolarmente alto»; C.E. PALIERO, *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed 'effetti penali' dei media)*, cit., 491: «All'interno [...] della tema-

Viviamo, verosimilmente, in un'epoca di «frammentazione dell'ethos civile». Ugualmente, se dal piano *ontico* ci spostiamo a quello *deontico*, assegnare alle previsioni penalistiche una *taumaturgia coagulante* lascerebbe perplessi: il penale non potrà mai *sostituirsi* quale fattore rieducativo (o educativo *tout court*) a una serie di istituzioni “aggreganti” pur variamente in crisi: famiglia, scuola, università, nazione, partito, sindacato, quartiere, parrocchia, associazioni, circoli culturali, altre «agenzie intermedie di regolazione sociale» (è un tema che riprenderemo in sede di *pars construens*)⁴³⁸.

Una natura congenitamente populistica del diritto penale, dunque, appare meritevole di essere a) *riconosciuta*; b) *tematizzata*; c) *non aprioristicamente censurata* (potendo non foss'altro esibire una hegeliana «razionalità del reale»)⁴³⁹; d) *criticata* negli, non infrequenti comunque, aspetti deteriori (quando la «riva» populistica del diritto penale diventa «de-riva», perché commissioni parlamentari istruite alla scuola dei principi costituzionali, giudici illuminati, accademici dialoganti con la società e non solo fra pari in Convegni specialistici, non sono più in grado di porvi freno).

La seconda questione sembra sintetizzabile così: «Cede a sua volta al populismo quella dottrina che pone l'accento sulle manifestazioni di populismo legislativo e giudiziario?»⁴⁴⁰.

tica 'diritto', costituisce un dato empiricamente verificato in tutti gli ordinamenti il fatto che la maggior *visibilità* nella rappresentazione mediatica spetti proprio al *diritto penale*»; M. DONINI, *La riforma della legislazione penale complementare: il suo significato «costituente» per la riforma del codice*, cit., 37 e 39 sull'assenza di contenuto simbolico di un diritto extrapenale, attualmente per giunta – e anzi *in primis* – inefficiente; ID., *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, 124 (cap. *Diritto penale «classico» e diritto penale «moderno»*).

⁴³⁸ *Infra*, III.4.3 e III.4.5.

⁴³⁹ Per superare il concetto un po' compromesso di populismo, più che di carattere intrinsecamente populistico si potrebbe forse parlare di *demofilia penale*, alla quale nozione so che si potrebbe peraltro ironicamente replicare osservando un *eccessivo amore* del popolo da parte dei legislatori dei nostri tempi, quasi *schiavi* di esso.

⁴⁴⁰ Riassumo in questi termini un tema posto ancora da G. FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, cit., 104-105, in *discordia concors* con D. BRUNELLI, *Paradossi e limiti della attuale realpolitik in materia penale*, cit., 382.

La riflessione sull'esistenza di una sorta di *populismo dottrinale* si presenta in qualche misura delicata, dovendosi innanzitutto evitare logiche di *autodifesa corporativa*: non sarebbe facile rassegnarsi a questa conclusione, ma una dottrina franca e trasparente dovrebbe essere eventualmente capace di ammettere una *propria* inclinazione populista!

L'ammissione di una venatura populista della stessa dottrina sarebbe d'altra parte coerente con quella propensione a una maggiore autocritica (o almeno a «non guardare solo in casa degli altri formanti») che, in più luoghi di questo libro, mi sono azzardato a sollecitare.

Al netto di questi *caveat*, credo però che – salvo singoli accenti, *lapses calami*, contingenze – sia corretto negare un approccio propriamente populistico della dottrina contemporanea.

Questo non solo per la ragione di fatto che il «popolo» cui si rivolge la dottrina è quello (ben più “selezionato”) dei lettori delle collane monografiche e delle riviste, e non quello di più vasti prosceni civili e mediatici (come pure, lo si è detto, sarebbe nelle forme adeguate auspicabile, se l'accademia sapesse superare una qualche “pigrienza”)⁴⁴¹.

Ma anche perché «[p]opulista in senso negativo potrebbe essere solo il *contenuto* del messaggio [...] che viene trasmesso, non il *metodo* con cui si trasmette e lo *scopo* che si vuol perseguire in quanto tale»⁴⁴².

E a ben vedere, sul piano dei contenuti, se «il populismo penale è la negazione delle garanzie, sembra difficile tacciare di deriva populista l'aspirazione alla chiarezza e alla riduzione dei delitti e delle pene, che rappresenta la base dell'ideale garantista»⁴⁴³.

Fazit del subparagrapho: *vigiliamo* rispetto al populismo, che ha *moltiplici scaturigini* culturali e politiche e che si annida in *numerosi luoghi* del sistema penale; con la consapevolezza di un *intrinseco* – ma, si ribadisce, ugualmente, *laddove necessario, criticabile* – carattere populistico dello *ius terribile* e con la *possibilità di respingere* a ragion veduta l'accusa di *populismo dottrinale*.

⁴⁴¹ *Supra*, II.8.3.

⁴⁴² Cfr. D. BRUNELLI, *Il disastro populistico*, cit., 259 (con formulazione invero riferita al tema precedente dell'intrinseca natura populistica dello *ius criminale*, ma richiamabile anche a proposito della questione circa un “populismo dottrinale”).

⁴⁴³ D. BRUNELLI, *Il disastro populistico*, cit., 257-258.

8.5. *Simbolismo e diritto penale del nemico*

L'identificazione di diritto penale simbolico e diritto penale del nemico espone a fumosi sociologismi, imprecisioni concettuali, paradossali impoverimenti analitici, formulazioni critiche spinte all'eccesso.

Alcuni *caveat* e distinguo sembrano perciò particolarmente opportuni.

Del camaleontismo della nozione di simbolico si è del resto già fin qui detto: si pensi agli aggettivi, alle classi, alle forme di manifestazione, ai binomi in precedenza esaminati.

Il tema del *Feindstrafrecht*, dal canto suo, appartiene alla rosa di problemi normativi e dogmatici che hanno rubato la scena scientifica non solo italiana negli ultimi lustri (insieme al sorgere di una Corte penale internazionale per i crimini di guerra e contro l'umanità, all'espansione di una responsabilità dell'ente, alla scusabilità dell'errore di diritto, alla non punibilità dei fatti inoffensivi e di quelli esigui, alla necessaria retroattività della *lex mitior*, al progressivo abbandono di forme di oggettivizzazione e presunzione della responsabilità, all'affermarsi della giustizia riparativa)⁴⁴⁴.

Nei confronti del concetto «diritto penale del nemico» – così vasto, così demolitorio, così imbarazzante – avverto l'esigenza di una *delimitazione selettiva*.

Sul presupposto che si tratti di «teorizzazione da evitare, realtà da non rimuovere»⁴⁴⁵, e di realtà da tener distinta dai concetti sì anch'essi «energetici», ma ragionevolmente solo finitimi, di «diritto penale di lotta»⁴⁴⁶ e di «diritto penale al limite»⁴⁴⁷, mi pare utile seguire quelle rico-

⁴⁴⁴ Per la rassegna di *Modethemen* o, meglio, temi centrali M. DONINI, *Il delitto riparato. Una disegualità che può trasformare il sistema sanzionatorio*, cit., 237 non menzionando per la verità il *meno promettente* concetto di diritto penale del nemico (e argomentando come delle novità elencate la giustizia riparativa rappresenti quella «più radicalmente diversa»).

⁴⁴⁵ Richiamando 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*, Bologna, 2007, 179-197.

⁴⁴⁶ M. DONINI, *Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*, in A. GAMBERINI, R. ORLANDI (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, cit., 131-178, spec. 148-152 sulla modellistica di un diritto penale «di lotta» da considerare ammissi-

struzioni che ravvisano come caratteri indefettibili di “inimicizia” penalistica *non già* il rigorismo sanzionatorio e l’arretramento della soglia di tutela, contrassegnando ormai essi estese aree del diritto penale dei nostri tempi; *bensi*, più restrittivamente (secondo un criterio di differenziazione dal diritto penale comune non meramente quantitativo, ma *qualitativo e strutturale*), l’appartenenza dell’autore del reato a una specifica classe soggettiva, la almeno tendenziale degiurisdizionalizzazione del processo e la proiezione a innocuizzare, escludere o più radicalmente eliminare il reo⁴⁴⁸.

Così circoscritto, il concetto di diritto penale del nemico dovrebbe assicurare una più precisa identificazione della sua *estraneità* rispetto alla fisionomia tradizionale del diritto penale, tramandataci da secoli di civiltà giuridica (estraneità che talvolta icasticamente si sottolinea virgolettando la nozione di «“diritto penale” del nemico» ovvero osser-

bile, nella misura in cui un suo uso corretto possa escludere «una degradazione dell’avversario (o delle “vittime” dell’intervento) al ruolo di non persona o [la] violazione necessaria dei suoi diritti fondamentali». In senso contrario alla differenziabilità tra logica del nemico e logica della lotta, V. MASARONE, *Politica criminale e diritto penale nel contrasto al terrorismo internazionale. Tra normativa interna, europea ed internazionale*, cit., 188-195 ricorrendo fra l’altro all’argomento, che però forse prova troppo, del «piano inclinato» o dei «passi successivi» (riguardo ai limiti di questo *tòpos*, in altro contesto, *infra*, III.4.5).

⁴⁴⁷ M. PELISSERO, *Contrasto al terrorismo internazionale e il diritto penale al limite*, cit., 99-112, indicando (100-101, 112) con tale locuzione un diritto (*ancora*) legittimo, ovvero «scelte di politica penale nelle quali principi e garanzie proprie del diritto penale subiscono flessibilizzazioni che si muovono comunque in un’area limitrofa ad un confine pericoloso, quello al di là del quale si vanificano, in nome della ragion di Stato, garanzie e diritti individuali sui quali si fonda l’ordinamento democratico»; costituendo peraltro esse scelte giustificate se verificabilmente imposte dalla «necessità di contrastare fenomeni criminali particolarmente invasivi e pericolosi». In particolare, l’a. iscrive in tale categoria (100) l’evoluzione del diritto penale italiano in tema di contrasto al terrorismo, ritenendo in essa «scorretto ravvisare elementi propri del modello del diritto penale del nemico» (caso Abu Omar a parte).

⁴⁴⁸ Cfr. F. PALAZZO, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, cit., 675-679. Parzialmente difforme, da ult., G. MARINO, *Il sistema anti-terrorismo alla luce della l. 43/2015: un esempio di “diritto penale del nemico”?*, cit., 1392-1393 e 1425, che richiama neutralizzazione, degiurisdizionalizzazione e *anticipazione*.

vando una «frode delle etichette» o una «usurpazione della qualifica di Diritto penale» insite nella costruzione del *Feindstrafrecht*⁴⁴⁹.

Emergono allora un profilo differenziale – a prima vista decisivo, ma a ben vedere non *tranchant* – e vari punti di contatto fra diritto penale del nemico e diritto penale simbolico.

Il profilo differenziale.

Il *diritto penale del nemico*, con o senza virgolette, è fenomeno – ripeto, e puntualizzo – *radicalmente allotrio* rispetto al DNA inevitabilmente duro, *ma garantistico*, del diritto penale comune o del diritto penale *tout court*; è commistione di diritto sostanziale e di diritto penitenziario; è segregazione; è guerra: più di molti discorsi valgano le esperienze storiche di Guantanamo e Abu Ghraib⁴⁵⁰.

Il *simbolismo penale* non è segregazione; non è guerra; e non è necessariamente neppure patologia: dandosi, come argomberemo nel cap. III di *pars construens*, un simbolismo *non illegittimo*, o comunque disprezzabile, ma *anzi positivamente* valutabile: almeno all'interno di prodotti legislativi che sappiano assicurare la necessaria priorità al concetto critico-sistematico-ermeneutico di bene giuridico⁴⁵¹.

I *punti di contatto* divengono *via via più stretti* a seconda di una progressiva estensione nozionale del «nemico» a nuovi, e in partenza non delimitabili, ambiti e persone (*rectius*: non-persone, in questa logica) da un lato; e dell'accentuarsi (nella realtà legislativa, e nelle diagnosi dottrinali) dei profili solo patologici e illegittimi di simbolismo penale dall'altro.

⁴⁴⁹ M. CANCIO MELIÁ, “*Diritto penale*” *del nemico?*, cit., 65 e 101. Analogamente, si chiede se «di diritto penale ancora si tratti» M. PELISSERO, *Contrasto al terrorismo internazionale e il diritto penale al limite*, cit., 100.

⁴⁵⁰ Per una critica al diritto penale del nemico v. sin d'ora, da ult., A. CAVALIERE, *Le nuove emergenze terroristiche: il difficile rapporto tra esigenze di tutela e garanzie individuali*, in R. WENIN, G. FORNASARI (a cura di), *Diritto penale e modernità. Le nuove sfide fra terrorismo, sviluppo tecnologico e garanzie fondamentali. Atti del Convegno (Trento, 2-3/10/2015)*, Napoli, 2017, 13-47.

⁴⁵¹ Inoltre, osserva E. STRADELLA, *Recenti tendenze del diritto penale simbolico*, cit., 205 come *nella stessa concezione originaria jakobsiana* il diritto penale del nemico risulterebbe intrinsecamente privo di simbolicità, dato il pregiudiziale disinteresse dell'*hostis* per un'interazione comunicativa.

Giunte al *diapason* siffatta estensione e tale accentuazione, inimicizia e simbolica penalistica vengono anzi praticamente a collimare (ma qualche *nuance* potrà e dovrà essere ugualmente colta).

Brevemente, specifichiamo innanzitutto i passaggi che portano a questo avvicinamento.

Discutibilità delle definizioni di nemico jakobsiane a parte⁴⁵², manifestazioni criminali come il terrorismo hanno indubbiamente «il carattere di una ostilità *nemicale* e integrale» (sarebbe irenicamente ingenuo negarlo).

Ma a quel punto subentra l'«inquietante quanto *naturale* tendenza all'espansione verso *altri nemici* della società», dimenticandosi che un «diritto penale che vede nemici ogni dove rischia di accreditare l'immagine di una società percorsa da una generalizzata guerra civile, contribuendo così a fomentare una conflittualità, anzi uno spirito sociale d'inimicizia, che è del tutto contrario alla sua vera missione di stabilizzazione e pacificazione della società»⁴⁵³.

Il diritto penale, dal canto suo, non di rado diviene da *anche* simbolico (anche: postulata la priorità di una tipicizzazione «strumentale» alla protezione di un oggetto giuridico meritevole e bisognoso di protezione penale) a *esclusivamente* simbolico: nelle versioni – alternative o cumulative – di moralistico, falsamente rassicuratore, iperdeterrente, disattento a una fitta griglia di principi costituzionali.

Se questi sono i vettori della progressiva “fusione” fra diritto penale del nemico e diritto penale simbolico, essa mi pare realizzarsi sui seguenti piani:

⁴⁵² 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*, cit., 109-129, spec. 118 su chi «non si cura di far sì che si possa presumere in lui un comportamento fedele all'ordinamento», con la precisazione secondo cui «la esclusione in una società libera è sempre autoesclusione: attraverso un cambiamento di comportamento il nemico potrebbe nuovamente convertirsi in cittadino».

⁴⁵³ F. PALAZZO, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, cit., 679. Sull'attribuzione a intere categorie di soggetti di «un'imponenza di conflitto che non ha una consistenza reale corrispondente, e purtuttavia autorizza l'uso di mezzi corrispondenti», T. PADOVANI, *Diritto penale del nemico*, Pisa, 2014, 342-343.

a) *Sul piano della parola*

Si è già notato⁴⁵⁴ come la specifica parola “penalistica” impiegata non possa mai risultare neutra quanto a impronta valoriale, trattandosi di parola destinata non a restare cristallizzata atemporalmente nel dettato testuale ma a *risentire dei contesti* e a *provocare “reazioni”*, più o meno direttamente convogliabili nel precipitato tecnico dell’interpretazione evolutiva e teleologica.

Ciò è tanto più vero rispetto al termine-chiave in un ideale vocabolario dedicato ai nemici della collettività, e cioè terrorismo: «solo a pronunciare questa parola, quasi tutte le forze politiche iniziano una gara per arrivare prime al traguardo (mediatico) della “lotta risoluta”»⁴⁵⁵.

Un lessico, dunque, quello del diritto penale del nemico, o «del mostro», di forte impatto *mediatico* e *populistico*⁴⁵⁶; e quanto mediatizzazione e populismo siano a loro volta strettamente imparentati con la simbolica penale lo si è visto⁴⁵⁷.

b) *Sul piano della paura come fonte di intervento penale*

Il paradigma dell’*appartenenza identitaria* – forse il criterio-principe nella “definizione” del nemico – risulta come tale «lontano o addirittura sganciato dalla specificità di atti pregiudizievole».

Che sia il terrorista, il migrante o il recidivo – classe quest’ultima endo-penalistica, per l’essere costruita dallo stesso diritto penale – resta vero che «ciascuno – potendo – si sceglie il nemico che crede, anche esprimendo in ciò le proprie irrazionali paure o disagi»⁴⁵⁸.

La paura, dunque, come fonte del diritto penale del nemico; ma anche, insieme alla volontà d’inganno⁴⁵⁹, come origine del diritto penale simbolico: in questo secondo caso, con la “bipartizione” che ci è nota e per la quale rispetto ai *mala in se* è la società civile a percepire paure e

⁴⁵⁴ *Supra*, II.8.1.

⁴⁵⁵ M. CANCIO MELIÀ, “Diritto penale” del nemico?, cit., 76.

⁴⁵⁶ Di enfattizzazione mediale che si ottiene «presentando l’autore come mostro, o come nemico» scrive M. BERTOLINO, *Giustizia narrata o giustizia tradita?*, cit., 623.

⁴⁵⁷ *Supra*, II.8.3 e II.8.4.

⁴⁵⁸ F. PALAZZO, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, cit., 677.

⁴⁵⁹ *Supra*, II.4.

angosce immediatamente sulla propria pelle e a trasformarsi così in società punitiva, mentre nei *mala quia vetita* viene in diretta considerazione uno Stato spaventato di fallire in un programma politico e anzi prevalentemente organizzatorio⁴⁶⁰.

Nel nome della *paura identitaria*, un altro significativo punto di contatto fra le due derive qui a confronto.

c) *Sul piano della contrapposizione onesti/bestie*

Fra gli ingredienti con cui è “speziata” la simbolica penale figura l’idea della criminalità e del diritto penale come «simboli di compattazione» (*Verdichtungssymbole*), con i quali è possibile fissare uno spettro di rappresentazioni circa la malvagità del mondo e la necessità di migliorarlo in profondità.

Il nesso fra simbolico e nemicale diventa ancora più ravvicinato se al penale è attribuita una «funzione di battistrada» (*Vorreiterfunktion*) o di «sistema di primo allarme» (*Frühwarnsystem*) in rapporto a mete di inclusione/esclusione sociale.

La normale simbolica penalistica si muta così in simbolica forte (*starke Symbolik*): attuata mediante asprezza punitiva, canalizzazione degli impulsi aggressivi e delle emozioni e riduzione degli autori di reato a «queste bestie»⁴⁶¹.

Con un linguaggio più morbido emerge un’«ideologia del guscio», dietro la quale imperano comunque le barricate e la visione per la quale il diritto penale «simboleggerebbe la reazione del popolo onesto contro i criminali additati come nemici della comunità»⁴⁶²: simbolico e nemicale, nemicale e simbolico⁴⁶³.

⁴⁶⁰ *Amplius supra*, II.6.

⁴⁶¹ K.-L. KUNZ, *Zur Symbolik des Strafrechts*, cit., 361. Sul simbolo come *sintesi e concentrazione di valori*, talvolta genericamente indicati e comunque «compattanti», anche V. ITALIA, *I simboli nelle leggi*, cit., parte I, cap. II (del dattiloscritto).

⁴⁶² A riguardo G. FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, cit., 97 e 103. Altresì T. WEIGEND, *Dove va il diritto penale?*, cit., 85: «in un mondo destrutturato e difficile da decifrare [...] gioca un importante ruolo simbolico il diritto penale con le sue chiare regole e il suo meccanismo di stretta coerenza: per molti esso si presenta come la scialuppa di salvataggio nel mare agitato dell’insicurezza; un salvagente che promette la fisica rimozione (attraverso appositi sbarramenti) di uomini percepiti come pericolosi in quanto estranei e incomprensibili per le loro opinioni o per il loro modo di

d) *Sul piano del punitivismo*

Di fronte allo stesso terrorista (o al mafioso) che si presenta come nemico, la reazione statale dovrebbe evitare di risolversi in... *terrorismo*, ovvero in *contrappasso dantesco*: una reazione di questo tipo sarebbe *illegittima, vana* e anzi *controproducente*.

È in questione infatti il ruolo dei principi di garanzia individuale non solo in chiave etica e ideale ma anche in termini di *efficienza del sistema*, nel senso specifico di esigenza per lo Stato di non disperdere quell'autorità morale che gli permette di legittimarsi agli occhi dei potenziali bacini di riserva di un fenomeno «epidemico»⁴⁶⁴: in sostanza, con il trascurare i diritti della persona, ripiegando su forme di «sicurezza se-

agire»; D. PULITANÒ, *Etica e politica del diritto penale ad 80 anni dal codice Rocco*, cit., 494 sull'affermarsi di «un diritto penale che non è più classicamente e compattamente autoritario, ma è un diritto che differenzia fra noi e loro, fra i salvati e i sommersi; fra i normali cittadini, destinatari della protezione legale dal crimine, e i criminali da neutralizzare con qualsiasi mezzo»; C.E. PALIERO, *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed 'effetti penali' dei media)*, cit., 529-530 (v. anche 499, nt. 114, 536-537), rilevando nel «nihilista» diritto penale del nemico una «sostituzione del paradigma penalistico con un paradigma *diverso* e comunque *non comunicativo*». Per una sintesi delle posizioni (Teubner, Luhmann) che vedono nel binomio inclusione/esclusione il metacodice del XXI secolo, perfino più incidente della divisione in classi ottocentesca, M. CANCIO MELIÁ, «*Diritto penale del nemico?*», cit., 93-94, il quale (72) dal canto suo sottolinea come il diritto penale del nemico, e identicamente il diritto penale simbolico, non implicino solo una messa in scena da parte di taluni agenti politici, ma anche una auto-rappresentazione della società nel suo complesso, con lo scopo di veicolare il messaggio «noi non siamo così!»: per tale via, «non si conferma una determinata identità sociale, ma si ha la pretesa di *costruirla* attraverso il Diritto penale».

⁴⁶³ Su questo intreccio C.E. PALIERO, *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed 'effetti penali' dei media)*, cit., 511: scontro di civiltà che «si sta consumando – ancora una volta – con le armi del diritto penale, meglio di *un* diritto penale arcaico quanto simbolico, la cui origine storica risale agli albori stessi del diritto penale pre-moderno e che oggi, sotto le corrusche e corrucciate spoglie del '*Feindstrafrecht*' [...], torna a calcare le scene in un momento di particolare e globalizzata crisi di legittimazione del sistema».

⁴⁶⁴ J.A.E. VERVAELE, *La legislazione anti-terrorismo negli Stati Uniti: inter arma silent leges?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 779; C. SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, cit., 101-102, nt. 277.

curitaria»⁴⁶⁵ ovvero di «democrazia protetta»⁴⁶⁶, si finisce per servire un involontario e prezioso *assist* a terroristi e mafiosi⁴⁶⁷.

Abbiamo visto che, propriamente, aumenti per quanto vigorosi di pena e anticipazioni pur esasperate della soglia della punibilità (sovente accompagnate da limiti di pena sproporzionatamente elevati) non potrebbero dirsi caratteristiche precipue del diritto penale del nemico, essendo largamente presenti nel diritto penale ordinario; come pure accennato, la categoria del nemico pericoloso sembra peraltro davvero andare incontro a una... pericolosa dilatazione.

In ogni caso, ciò che accomuna *diritto penale del nemico* inteso in senso stretto e *diritto penale comune simbolico* è l'inclinazione punitivista⁴⁶⁸.

Diversi i mezzi – etichettamento, degiurisdizionalizzazione, esclusione del reo nel primo, rigorismo sanzionatorio e arretramento della tutela a sua volta ipersanzionato nel secondo – ma identico il fuoco del punitivismo.

e) *Sul piano del diritto dell'autore*

Più marcato come tratto di diritto penale *stricto sensu* del nemico, ma *in nuce* nello statuto del diritto penale simbolico⁴⁶⁹, è il profilo (*summa summarum*) dell'indirizzarsi del biasimo – meglio: del *rancore*,

⁴⁶⁵ M. BERTOLINO, *Giustizia narrata o giustizia tradita?*, cit., 624, vedendola innestata in «una legislazione che rinuncia a ricercare il giusto equilibrio tra esigenze di sicurezza ed esigenze di tutela della libertà».

⁴⁶⁶ L'espressione è recuperata da M. PELISSERO, *Contrasto al terrorismo internazionale e il diritto penale al limite*, cit., 103.

⁴⁶⁷ Cfr. di recente G. MARINO, *Il sistema antiterrorismo alla luce della l. 43/2015: un esempio di "diritto penale del nemico"?*, cit., 1393: l'avanzare del *Feindstrafrecht* preoccupa «sia sul piano del rispetto del nucleo essenziale dei diritti inalienabili dell'uomo, sia su quello dell'uguaglianza formale e sostanziale degli individui, sia, ancora, su quello delle funzioni della pena».

⁴⁶⁸ Cfr. M. CANCIO MELIÁ, *"Diritto penale" del nemico?*, cit., 79: «tra il Diritto penale simbolico ed il punitivismo intercorre una relazione fraterna», e il diritto penale «del nemico» è «ciò che nasce dalla loro unione».

⁴⁶⁹ Per l'opinione che «il Diritto penale simbolico non identifica soltanto un determinato 'fatto', ma anche (o soprattutto) uno specifico tipo di autore» v. anzi M. CANCIO MELIÁ, *"Diritto penale" del nemico?*, cit., 79 (80, 94-96 sulla frizione tra principio di materialità e diritto penale del nemico).

prima embrionale, poi magari a lungo segretamente covato e infine apertamente esibito – verso *tipi di autore*⁴⁷⁰, dei quali frequentemente si chiede la punizione, a *prescindere* dalla commissione di un fatto non semplicemente “in odore” di illegalità, ma *precisamente sussumibile* in una fattispecie *tipica e offensiva*.

Ed è curioso che a tipi d'autore nel mirino di *media* e pubblica opinione siano assurde categorie soggettive che, per provenienza e censo, più distanti non potrebbero essere: lo straniero immigrato e povero da un lato; il politico, o il pubblico funzionario, o il faccendiere, dall'altro⁴⁷¹.

Sul terreno dell'immigrazione, e collocando in nota una riflessione su un recente (mancato) intervento normativo che non esiterei a definire di taglio populistico-nemicale-simbolico, anziché tecnico-politico-strumentale⁴⁷², basti ricordare che ogni *ordinamento civile* (senza scomoda-

⁴⁷⁰ V. in generale E.M. AMBROSETTI, *L'eterno ritorno del tipo d'autore nella recente legislazione e giurisprudenza penale*, in G. COCCO (a cura di), *Per un manifesto del neoilluminismo penale*, cit., 81-91; sintetizzando una *koinè*, G. FORTI, *Le tinte forti del dissenso nel tempo dell'ipercomunicazione pulviscolare. Quale compito per il diritto penale?*, cit., 1038 e G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, cit., 85-86 che in particolare scrive della seria esigenza di «contrastare la tentazione illiberale – invero mai morta, ma riemergente anche in anni recenti – di assecondare forme di responsabilità d'autore sollecitate, di volta in volta, da torsioni autoritarie del sistema democratico, dall'*escalation* di forme di criminalità sistemica (di tipo mafioso o terroristico), da tendenze iper-repressive della magistratura o da aspettative sociali di punizione non sempre compatibili con i principi di un diritto penale liberale» (sulla «tendenza a sovrapporre o confondere colpevolezza “giuridica” e colpevolezza “morale”» anche 110); sulla scaturigine non di rado giurisprudenziale di logiche nemichevoli-autoriali C.E. PALIERO, *L'agorà e il palazzo. Quale legittimazione per il diritto penale?*, cit., 113; su un paradigma di parte speciale (il già richiamato omicidio stradale) criticabile, almeno «in alcuni casi» (50), per la sovraesposizione dell'autore, M.L. MATTHEUDAKIS, *Il guidatore trasgressore semplice, quello collezionista di reati (magari professionista), quello sconsiderato e quello sprovveduto... eventualmente in fuga: anatomia dell'irragionevolezza*, in www.archiviopenale.it, 1/2017, 1-52.

⁴⁷¹ Per l'imprevisto affiancamento L. VIOLANTE, *Populismo e plebeismo nelle politiche criminali*, cit., 200.

⁴⁷² Qualche considerazione, dunque, sull'ipotesi di parte speciale che ha fatto da “motore” a un lodevole dibattito promosso dall'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale, e confluito nel sopra più volte citato *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista* (*ivi*, anche sui profili che seguono, il mio

re il garantismo: è un fatto per l'appunto di civiltà) «non distingue tra *Menschen* e *Untermenschen* quando fa riferimento alla dignità dell'uomo»⁴⁷³; o evidenziare la *tendenza* o almeno la *tentazione* al «cedimento del diritto penale d'autore in favore di un più generale diritto d'autore»⁴⁷⁴.

Funzione «strumentale» e funzione «simbolica» del diritto penale, fra discorsività «critica» e discorsività «dialogica», 27-31). Quando, nella relazione illustrativa del decreto legislativo 8/2016, si legge che la mancata depenalizzazione dell'art. 10-*bis* d.lgs. 286/1998 in tema di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato non sarebbe comunque infedele alla legge delega a motivo dell'incidenza su interessi «sensibili»; e quando, soprattutto, nelle dichiarazioni di alcuni esponenti politici si spiega tale scelta con l'«immaturità» dei consociati ovvero con il «turbamento» che la depenalizzazione provocherebbe in essi; ecco, in casi come questi facciamo bene a mettere in campo tutte le nostre energie morali e intellettuali per mostrare come il consenso sociale rappresenti presupposto (*necessario ma non sufficiente*) delle opzioni relative all'introduzione o al mantenimento di figure di reato: essendo infatti il legislatore di volta in volta tenuto a verificare nella consona forma tecnica se l'intervento penalistico invocato o «confermato» dai cittadini sia realmente opportuno e anzi necessario. Il nostro compito *non si esaurisce* tuttavia nella riprensione di un legislatore populistico, nemicale o simbolista. Dobbiamo saperci chiedere, innanzitutto, se vi sia un *impatto strumentale* di un'incriminazione dell'immigrazione irregolare. In proposito, vale il monito generale secondo cui alla *perdita di simbolismo* – ossia alla degradazione culturale dei valori – che è conseguenza della *depenalizzazione* deve far da contraltare un serio *recupero di effettività* sanzionatoria (recupero che, va detto, è molto incostante, anche se non è questa la sede per un'analisi delle cause: v. comunque alcuni riferimenti supra, II.3, ragionando in tema di «attualità» dell'*extrema ratio* penalistica). Su questo versante, si osservi peraltro come, nello specifico campo di materia dell'immigrazione, il tasso di effettività di un «amministrativo» variamente rimodulabile non possa che essere – anche notevolmente – superiore a quello di un «penale» dimostratosi *radicalmente ineffettivo*. Ineffettività che, perciò, *pesa come un macigno* sulla tesi che ravvisa nel contrasto dell'immigrazione irregolare un bene meritevole di – strumentale e simbolica – tutela penale (il riferimento è alla posizione assunta dalla Corte costituzionale, con sentenza 250/2010, dove si insiste sul controllo di tali flussi come interesse, quantomeno non irragionevolmente, collegato alla ponderazione di sicurezza e sanità pubblica, ordine pubblico, vincoli di carattere internazionale e politica nazionale nell'ambito dell'immigrazione).

⁴⁷³ E. LO MONTE, *Il commiato dalla legalità: dall'anarchia legislativa al 'piroettismo' giurisprudenziale*, cit., 239. Alla categoria del «nemico-minoranza» fa richiamo E. STRADELLA, *Recenti tendenze del diritto penale simbolico*, cit., 225.

⁴⁷⁴ A. SESSA, *Ostinata criminalizzazione della clandestinità e tenuta democratica del sistema: fondamento e limiti alle opzioni della politica criminale simbolica*, cit., 25.

Rispetto alla *costruzione sociale* dell'autoria nemicale e simbolica di chi ha responsabilità politiche, o di chi le ha avute, potremmo invece qui rilevare⁴⁷⁵, con *Luciano Violante*, il meccanismo, molto reale e perverso, che la governa: «L'opinione pubblica ignora che il diritto penale può punire ma non può risanare. La politica ha il compito di risanare. Ma se è la politica ad affidarsi al diritto penale, chi si assumerà il compito di risanare? Nessuno; o si ricorrerà ancora una volta alla magistratura come sorta di esercito di riserva della politica»⁴⁷⁶.

C'è quindi, nella politica, un *effetto-Ponzio Pilato* che si ritorce contro di lei: la politica ignava è vista come nemica.

Al di là dei riferimenti all'immigrato e al politico, con *Elettra Stradella* sintetizzerei come la focalizzazione penalistica su un soggetto «organicamente conflittuale rispetto al sistema» consegua l'obiettivo di una «riduzione della persona a strumento e a simbolo essa stessa del messaggio che intende trasmettere, così preferendo alla prevenzione [*scilicet*: primaria] la positiva enunciazione di modelli *lato sensu* politici e valoriali».

Si creano per tale via nuove forme di «nemico del popolo», e in definitiva di *simbolo nemico*: una nozione – palesemente – «antigiuridica» per il fatto di appuntarsi su caratteristiche personali, di (singoli soggetti o più spesso di) gruppi di soggetti, «indimostrabili, evanescenti, aprioristiche»⁴⁷⁷.

Scrivo G. MARINO, *Il sistema antiterrorismo alla luce della l. 43/2015: un esempio di "diritto penale del nemico"?*, cit., 1390 di «epoca storica caratterizzata in misura sempre maggiore dalla simbolizzazione del diritto penale e dall'assunzione della dicotomia amico-nemico, pressoché in tutti i campi del diritto»; 1393 sul«l'equazione "straniero" uguale "cattivo"», con altri richiami. In particolare, sottolinea il peso che, nel convertirsi del diritto penale del fatto in diritto penale d'autore, riveste «lo sconfinamento verso la repressione di forme di manifestazione del pensiero» M. PELISSERO, *Contrasto al terrorismo internazionale e il diritto penale al limite*, cit., 111.

⁴⁷⁵ Un'osservazione (M. Donini) in parte simile a quanto segue è già stata riportata *supra*, nel par. II.8.3 dedicato a simbolismo e *massmedia*.

⁴⁷⁶ L. VIOLANTE, *Populismo e plebeismo nelle politiche criminali*, cit., 200-201.

⁴⁷⁷ E. STRADELLA, *Recenti tendenze del diritto penale simbolico*, cit., 206 e 224.

8.6. Simbolismo e analisi economica del diritto

In ultimo, l'assegnazione al diritto penale di una primaria valenza simbolica entra in frizione con le istanze poste dalla «analisi economica del diritto».

Vale la pena ricordare come, pur nella pluralità degli approcci, il «sincretismo teoretico-metodico»⁴⁷⁸ fra economia e diritto indichi l'uso di principi e modelli economici per comprendere e spiegare il diritto e le istituzioni giuridiche; riconosca la proficuità di metodi quantitativi nell'esame delle regole che presiedono ai rapporti interindividuali; codifichi la convinzione che il mondo del diritto stabilisca «prezzi impliciti» per i diversi tipi di comportamento⁴⁷⁹.

Pare di poter descrivere così l'«aria del tempo» rispetto all'analisi economica nella *penalistica* italiana⁴⁸⁰: dal più classico dei *fin de non-recevoir* – consumato in un silenzio assordante – a una più recente tematizzazione *si cauta ma aperturista*.

Paradossalmente, nell'ottica del presente studio interessa insistere proprio sui *caveat* che accompagnano l'apertura all'*Economic Analysis of Law* (di seguito nell'acronimo *EAL*), per mostrare come la piega (*rectius*: la piega) simbolista della legislazione dei nostri tempi esca

⁴⁷⁸ La locuzione è in C.E. PALIERO, *L'economia della pena* (un work in progress), in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, cit., 562.

⁴⁷⁹ Così, con ulteriori richiami, G. FORNASARI, F. PESCE, *Il legislatore alla scuola della razionalità (tra luci e ombre). Il modello di analisi economica del diritto penale applicato ad alcune esperienze legislative*, cit., 407; v. altresì R.M. BARBONI, *L'altro piatto della bilancia: il ruolo della prevenzione situazionale all'interno della teoria dell'analisi economica del comportamento criminale*, in A. BONDI, G. MARRA, P. POLIDORI (a cura di), *Il prezzo del reato. La pena in una prospettiva interdisciplinare*, cit., 231. Fra i primi a lavorare su questi concetti nella nostra materia W. HASSEMER, *La prevenzione nel diritto penale*, cit., 435-437; C.E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, cit., 491 e 544; *amplius* ID., *Metodologie de lege ferenda: per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*, cit., 516-517, 519, 524, 546-554, 561.

⁴⁸⁰ Evidenzia come, in riferimento a branche del giure diverse dal penale, la letteratura, non solo di lingua inglese, sia ormai pressoché sconfinata C.E. PALIERO, *L'economia della pena* (un work in progress), cit., 544-546.

malconcia anche dal confronto con un approccio *compatibilista-moderato* all'analisi economica del diritto⁴⁸¹.

Fra queste cautele, si potrebbe citare innanzitutto la riflessione generalissima, ma non per questo meno rilevante, su come «la nostra disciplina [sia] per sua natura troppo vincolata a principi assiologici e a limiti costituzionali – che riflettono vere e proprie scelte di civiltà – per poter essere sistematicamente assoggettata alle regole del rapporto costi-benefici»⁴⁸².

⁴⁸¹ Traslo rispetto al tema dell'analisi economica del diritto la dicotomia approccio rifondativo/approccio moderato di recente sviluppata da C. GRANDI, *Neuroscienze e responsabilità penale. Nuove soluzioni per problemi antichi?*, Torino, 2016.

⁴⁸² G. FORNASARI, F. PESCE, *Il legislatore alla scuola della razionalità (tra luci e ombre). Il modello di analisi economica del diritto penale applicato ad alcune esperienze legislative*, cit., 407 (v. anche 411 e 413, ove si legge di «connotazioni chiaramente terrificanti ed inaccettabili», in rapporto a legalità, colpevolezza, laicità, sussidiarietà, stretta necessità, discendenti dall'accoglimento di un diritto penale *tutto efficienza*). Sulla «(iper)specificità del diritto penale», data per es. dall'essere la pena «uno strumento (socio)eticamente *valutativo (svalutativo)*», C.E. PALIERO, *L'economia della pena (un work in progress)*, cit., 575-578. Non si nasconde le «probabili critiche connesse alla ritenuta inconciliabilità ontologica tra numeri e persona», nell'auspicare che il penalista «cammin[i] accanto al matematico, al quale affiderà i propri pensieri che le capacità tecniche ed immaginifiche del secondo sapranno trasformare in linee e numeri eloquenti», P. SORBELLO, *Politica criminale ed osservanza delle regole. Riflessioni su limiti e possibilità di conversione al razionale dei comportamenti*, cit., 1948. Cfr. A. ALESSANDRI, *Attività d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 537, ove si giudica quella derivante da *Law and Economics* «una stimolazione culturale importante, se assunta nel richiamo all'esame dell'efficienza e dell'effettività: molto meno se invocata come tecnica sostitutiva delle scelte di politica criminale»; ID., *Un esercizio di diritto penale simbolico: la c.d. tutela penale del risparmio*, cit., 932-933: «Non credo che l'*economic approach* abbia davvero qualcosa di importante da dirci sul piano delle scelte di incriminazione e dei beni da tutelare, rispetto ai quali mette in campo, come è stato detto [Lüderssen] (forse eccessivamente), solo banalità». Definisce invero «già in partenza irrealistica» la proposta di elevare l'*homo oeconomicus* a riferimento ideale delle prognosi sanzionatorie K. LÜDERSEN, *Über das Irrationale im Strafrecht*, cit., 328-329; *amplius* ID., *Il declino del diritto penale*, cit., 111-129 (cap. su *Law and economics nella politica criminale*). In tema di «*homunculus calculans*» rileva G. DE VERO, *L'incerto percorso e le prospettive di approdo dell'idea di prevenzione generale positiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 452 come «non sarà un freddo calcolo di costi e benefici a rendere sensibile il potenziale reo ad una coazione psicologica espressa dalla minaccia della pena, ma sarà piuttosto la consapevolezza della gravità

Con particolare riguardo ai – molto meritori s'intende, ma anche ingombranti – «padri» dell'analisi economica del diritto penale (Gary Becker in prima fila)⁴⁸³, sembrerebbe poi emergere il limite dato dall'aver fornito «risposte condizionate da molteplici circostanze che semplificano notevolmente l'eterogeneità della realtà e che pertanto, non aderendo perfettamente alla conformazione statale, sociologica,

dell'illecito che verrebbe commesso, maturata anche per il tramite di collaterali norme sociali invalse nel contesto di riferimento, ad esprimere un'attitudine motivazionale nei confronti di quanti non rinuncino a sentirsi membri responsabili del consorzio civile».

Osserva K. VOLK, *L'analisi economica del diritto penale*, in A. BONDI, G. MARRA, P. POLIDORI (a cura di), *Il prezzo del reato. La pena in una prospettiva interdisciplinare*, cit., 257-264 come «a prima vista» analisi economica e diritto penale presentino più di una «affinità»: «Nessun settore del diritto ha più problemi di efficienza del diritto penale»; inoltre, «Nessun altro diritto dipende, per “essere efficace”, dal processo», in questo senso stando «meraviglia che l'analisi economica del diritto si occupi così poco (quando se ne occupa) del diritto processuale» (257; sull'«analisi economica del procedimento penale» v. in particolare 261-263); sembrerebbe anzi potersi affermare come «nel diritto penale – proprio e solo nel diritto penale – l'efficienza svolga un ruolo dalla genesi delle norme fino alla attuazione, tanto da rendere possibile un'analisi *over-all* dell'efficienza delle “*scienze penalistiche integrate*”»; se è vero poi che nei nostri tempi le leggi riformatrici del diritto penale sono viepiù definite di «lotta» contro qualcosa, tanto che «[p]robabilmente, oggi il legislatore non emanerebbe più un codice penale, bensì una “*legge per la lotta alla criminalità*”», dovrebbe considerarsi che «[l]ottare costa sempre qualcosa»; infine, una «proto-forma» di concezione economicistica del diritto penale potrebbe essere ravvisata già nel sedicesimo secolo (258). Tutto ciò spingerebbe verso un più ampio ingresso dell'economia nel campo del *ius criminale* ma questa penetrazione, che si ragiona secondo le categorie dell'«economia del benessere» o secondo quelle dell'«economia delle istituzioni», deve dirsi «fallita» (o almeno indurre a «una scettica presa di distanza»: 259). Conclusione, questa, che si basa fondamentalmente sulla «grande differenza» che intercorre tra l'analisi economica e il pensiero penalistico: «Il pensiero efficientistico del *benessere sociale* vede nei diritti di libertà ostacoli che ne impediscono e limitano l'espansione. Il diritto penale parte da posizioni liberali e concede qualcosa all'efficienza» (264); inoltre, sembra arduo anche solo ipotizzare l'«efficienza di una legge penale che è pensata in chiave simbolica o che si dimostra simbolica nella prassi» (263; l'ultimo argomento dell'a. in ogni caso finisce per concedere troppo al simbolismo, originario o derivativo).

⁴⁸³ Sulle “anticipazioni” beccariane v. in ogni caso M. PAVARINI, *Introduzione al libro «Dei delitti e delle pene». Origine delle pene* (Dei delitti e delle pene, § I), in *Dir. pen. XXI sec.*, 2014, 236-237, 240-241.

psicologica del sistema giuridico, non possono apportare il sostegno e i mezzi che si sono riproposti»⁴⁸⁴.

D'altronde – come in particolare la psicologia cognitiva insegna al penalista –, «le scelte degli esseri umani non rispettano necessariamente i principi della razionalità economica, essendo fondamentali anche fattori emotivi e soprattutto l'effetto contesto (*frame effect*)»⁴⁸⁵.

Sul piano più specifico della tipologia di soggetti relazionabili con la teoria economica del diritto, va riconosciuto che ponderazioni di tipo economico *non* sono in grado di influenzare potenziali autori di reato «puramente criminali», i cui comportamenti «assolutamente anelastici» siano orientati in senso «rigorosamente affettivo» o «rigorosamente tradizionale»: variamente il riferimento corre, con il linguaggio della Scuola positiva, a delinquenti passionali e delinquenti pazzi; e, poi, a delinquenza minorile di gruppo e criminalità organizzata a base etnico-familiistica (*amplius*: delinquenza spiegabile con i paradigmi criminologici della subcultura criminale, dell'apprendimento criminale o delle associazioni differenziali); terroristi; soggetti che agiscano in una situazione di conflitto di doveri (allorché all'imperativo giuridico si contrapponga un comando etico o religioso culturalmente predominante); ma anche, singolarmente, criminalità d'impresa, perlomeno se si valo-

⁴⁸⁴ F. PESCE, *Alle radici di un difficile binomio: analisi economica e diritto penale*, in *Ind. pen.*, 2011, 67 (circa talune «semplificazioni» operate da Becker, e relativa «collocazione solo sullo sfondo» di fattori criminogenetici indicati dalla ricerca criminologica e sociologica, anche 42-43). Scrive A. PAGLIARO, *Funzioni della pena criminale*, cit., 1849 di indagini «affette – presso gli studiosi di econometria che le hanno condotte – da una conoscenza grossolana e incompleta delle dottrine penalistiche sul tema» (v. 1852 per il riferimento a Becker e al suo *entourage*).

⁴⁸⁵ G. FORNASARI, *Il dilemma etico del male minore. Una lettura penalistica dei temi della "carrellologia"*, in M. MANTOVANI, F. CURI, S. TORDINI CAGLI, V. TORRE, M. CAIANIELLO (a cura di), *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, cit., 208, nt. 7. Cfr. K. VOLK, *L'analisi economica del diritto penale*, cit., 259 che rileva come la moderna economia inizi a dubitare della costruzione dell'*homo oeconomicus* perché le stesse decisioni imprenditoriali, «originariamente economiche», sarebbero spesso influenzate da «fattori oggettivamente irrazionali come sentimento e risentimento, intuizione e sensazione».

rizzi la componente «ritualistica» e di apprendimento sociale del comportamento incriminato⁴⁸⁶.

Al netto di tutte queste ragioni di perplessità, difficilmente si potrebbe peraltro oggi dissentire rispetto all'idea di fondo dell'analisi economica del diritto (non solo civile, ma anche) penale: e cioè che le leggi siano da considerare quali (preziose) «risorse statali», al pari del demanio, del denaro, o dei rapporti internazionali; ovvero – nel dettaglio del *ius terribile* – quali strumenti cui ricorrere se «proporzionalmente» richiesto per dissuadere teorici delinquenti che *non per forza* di cose sono soggetti malati, instabili o irrazionali⁴⁸⁷.

⁴⁸⁶ C.E. PALIERO, *L'economia della pena (un work in progress)*, cit., 587-591 (578-579 per i concetti di «inquinamento etico» e «inquinamento psico-sociale» rispetto al *rationale* economico). Sulla natura «spesso illusoria» della pretesa di razionalità dell'agente negli stessi campi del diritto penale dell'economia e dell'impresa, anche G. FORNASARI, F. PESCE, *Il legislatore alla scuola della razionalità (tra luci e ombre). Il modello di analisi economica del diritto penale applicato ad alcune esperienze legislative*, cit., 407.

⁴⁸⁷ In tal senso F. PESCE, *Analisi economica delle leggi per la lotta contro i reati sessuali negli Stati Uniti d'America. Efficienza versus simbolismo del diritto penale*, in *Dir. pen. XXI sec.*, 2015, 139-141; EAD., *Omofobia e diritto penale: al confine tra libertà di espressione e tutela di soggetti vulnerabili. Le prospettive possibili in Italia e le soluzioni nell'Unione Europea*, in www.penalecontemporaneo.it, 2015, 37. Similmente P. SORBELLO, *Politica criminale ed osservanza delle regole. Riflessioni su limiti e possibilità di conversione al razionale dei comportamenti*, cit., 1923, che vede dunque nell'analisi economica del diritto «un importante contributo alla politica criminale perché fornisce un modello di valutazione comportamentale utile nella costruzione della fattispecie penale, sostanziale e processuale». Cfr. E. MUSCO, *L'illusione penalistica*, cit., 3, per la considerazione secondo cui «Nella valutazione della dannosità sociale dei comportamenti umani è necessario far ricorso a valutazioni di ordine empirico che tengano conto [...] della valutazione in termini di costo-beneficio» da parte del destinatario del precetto. Osserva M. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, cit., 385, 396-402, spec. 400-401, che «con la deflazione dei dibattimenti attuata tramite patteggiamento, l'economia sembra aver impiantato saldamente il suo vessillo nel sistema penale», trattandosi in particolare di «vessillo che continuerà a garrire perché, oltre alle correnti dell'analisi economica delle amministrazioni pubbliche, intercetta anche quelle della globalizzazione economica che da tempo orientano gli Stati a riorganizzare i modi di produzione e di applicazione delle regole, e a conferire un ruolo sempre più decisivo ai giuristi piuttosto che al legislatore». Cfr. A. BONDI, *La ricchezza delle sanzioni*, in A. BONDI, G. MARRA, P. POLIDORI (a cura di), *Il prezzo del reato. La*

Sarebbe forse plausibile negare l'addirittura perfetta identità fra *homo criminalis* e *homo oeconomicus* quando si discute di *Bereicherungsdelikte* (delitti di arricchimento) se non, ancora più "selettivamente", di *Begierdelikte* (delitti di cupidigia, da «bulimia del profitto»); o astrarre da una razionalità di scopo (economico) allorché destinatario della norma penale sia la persona giuridica⁴⁸⁸?

pena in una prospettiva interdisciplinare, cit., 130, invitando «giuristi ed economisti ad una valutazione d'insieme sporca di politica e filosofia»; ID., *Zero*, cit., 97, ribadendo che «avventurarsi con sincerità nelle spire dell'analisi economica del reato, non migliora da solo la tutela dei diritti e la definizione dei doveri», ma ugualmente si presenta come «prospettiva auspicabile». Per G. MARRA, *Prevenzione, efficienza e sussidiarietà penalistica*, cit., 148 alla «penetrazione della nozione di efficienza all'interno della politica criminale va [...] detto no solo quando si pretenda di ridurre esclusivamente ad essa il criterio decisionale da impiegare per stabilire cosa e come punire»; in questo senso, «l'ostracismo riservato all'analisi economica del diritto ha valore contingente». Sulla fecondità del rapporto fra *EAL* e diritto penale v. anche P. POLIDORI, *Sensibilità economica e sensibilità giuridica nell'analisi del crimine*, in A. BONDI, G. MARRA, P. POLIDORI (a cura di), *Il prezzo del reato. La pena in una prospettiva interdisciplinare*, cit., 75-101; D. TEOBALDELLI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche: una valutazione di carattere economico*, *ivi*, 199-227. Per la precisazione su come l'*EAL*, applicata al diritto penale, intenda «affiancarsi (e non sostituirsi) alle maggiori e tradizionali teorie della pena» G. FORNASARI, F. PESCE, *Il legislatore alla scuola della razionalità (tra luci e ombre). Il modello di analisi economica del diritto penale applicato ad alcune esperienze legislative*, cit., 408 (anche 413 sull'analisi economica del diritto come «mezzo di approfondimento e razionalizzazione dell'enforcement delle norme penali, in funzione di un potenziamento del loro effetto general-preventivo»).

⁴⁸⁸ C.E. PALIERO, *L'economia della pena (un work in progress)*, cit., 595. Nonché ID., *La società punita: del come, del perché, e del per cosa*, cit., 1518-1519: rispetto a simili attori, propensi a orientarsi su valutazioni costi/benefici, «sembra attagliarsi particolarmente bene, perché razionalmente fondato, il paradigma della prevenzione generale; quel paradigma, cioè, che da sempre – per lo meno, da *Feuerbach* in poi – vede proprio nella sanzione penale, purché [...] altrettanto razionalmente utilizzata, il meccanismo più efficace e al contempo la miglior fonte di legittimazione dell'esercizio coattivo del monopolio statale di risoluzione dei conflitti»; non può peraltro negarsi, si puntualizza, come la natura «culturale» – o, con Sutherland, «sottoculturale» – della criminalità d'impresa entri «in almeno parziale contraddizione» con la razionalità intrinseca all'analisi economica del diritto: è richiesto dunque l'esercizio sapiente del «dosare e [...] armonizzare segnali e indicatori contraddittori nella *politica dei fini* perseguita dagli attori [economici] per adeguarvi la *politica dei fini* di contrasto o di orientamento perseguita istituzionalmente dallo Stato».

Ecco allora che la messa in primo piano della simbolica penale entra in attrito *anche solo* con una versione (opportunamente, come visto)⁴⁸⁹ moderata o problematica dell'*EAL*.

Si consideri per esempio come, in una prospettiva economico-disaggregata, il reato comporti una *molteplicità di costi*, venendo taluni di questi a gravare direttamente sulla vittima; altri, direttamente o indirettamente, sul sistema (*id est*: le istituzioni, gli apparati, le agenzie); altri, sullo stesso autore; altri infine – in genere indirettamente – sulla società come tale⁴⁹⁰.

Ebbene, di tutti e ciascuno di questi aspetti *programmaticamente* non si cura una legislazione simbolista, disinteressata a sistemi, a micro-sistemi, all'agente e a ripercussioni sociali, e incentrata dunque sulla sola *vittima*: ma in un senso *vanamente sedativo*⁴⁹¹, senza occuparsi di costi, di sofferenze e di allestire una scacchiera dove le case sono date da un penale che può rivelarsi male necessario e da un extrapenale che, anche quando *come unico strumento* insufficiente, in *affiancamento* al penale può mostrare virtualità preventive *sorprendenti*⁴⁹².

L'analisi economica del diritto, d'altra parte, come l'analisi economica *tout court*, è strumento conoscitivo-critico che guarda (esclusiva-

⁴⁸⁹ Infatti, riassumendo con G. FORNASARI, F. PESCE, *Il legislatore alla scuola della razionalità (tra luci e ombre). Il modello di analisi economica del diritto penale applicato ad alcune esperienze legislative*, cit., 434: lo spazio che residua per l'*EAL* nel diritto penale appare «esiguo, rispetto ad altri rami del diritto, ma non per questo irrilevante, e si gioca sulla possibilità di saggiare, sia *ex ante* che *ex post*, gli effetti reali della legge penale. In un mondo ideale, si tratterebbe di un ruolo forse marginale, ma nell'età di un legislatore compulsivo e così drammaticamente ignaro, in troppi casi, della grammatica, della sintassi, dei principi e delle conseguenze delle sue norme, un criterio analitico siffatto è ancora il benvenuto».

⁴⁹⁰ Riprende il modello econometrico beckeriano C.E. PALIERO, *L'economia della pena (un work in progress)*, cit., 570-571, precisando in ogni caso di considerare «tale complesso di costi [...] come costo 'da reato' unitario (netto)».

⁴⁹¹ Sulla tendenza a «valorizzare quella "scatola magica" che è la fattispecie penale» per «sedare (simbolicamente) l'allarme generato da fenomeni generalizzati che mettono a repentaglio la pacifica convivenza dei cittadini», D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 20.

⁴⁹² Sulla necessaria sinergia di penale ed extrapenale v. da ult., rispetto a un settore di parte speciale paradigmatico, G. MARTIELLO, *Diritto penale dell'intermediazione finanziaria*, Pisa, 2017, 29-37.

mente) al *futuro*: nello specifico del penale, ciò comporta un radicale abbandono dell'idea di *nuda retribuzione* del fatto commesso, per valorizzare nell'implementazione e nell'interpretazione di una norma l'aspetto di *incentivo comportamentale* (di *Verhaltenssteuerung*, associando Luhmann a Posner)⁴⁹³.

Sempre nella lente della costruzione di ciò che ancora non c'è, la logica dell'*EAL* ben si sposa anche con la tesi della *funzione promozionale* del diritto, e quindi con l'idea di un «controllo attivo», mirato più a favorire azioni vantaggiose che a impedire azioni nocive⁴⁹⁴.

La simbolica penale guarda invece al *futuro* e al *passato*.

Al passato, perché spira nel simbolismo un'anima di pessimistico e retribuzionista⁴⁹⁵ *stigma censorio*, poco propensa a comprendere e a rieducare, e molto intenta a contrappassi (*contrappassi a macchie di leopardo*, si aggiunga: cartacei talvolta, processualmente e sostantivamente “avvertiti” sulla pelle degli individui talaltra).

L'orientarsi della simbolica penale al futuro, dal canto suo, *solo estrinsecamente* individua un cammino comune con l'*EAL*.

Il nucleo di un intervento penale che esaspera l'in sé legittima, secondaria valenza simbolica⁴⁹⁶ non si atteggia infatti a predizione per promuovere una modifica della condotta dei consociati (predizione, promozione e teleologia modificativa che, a ben vedere, indicano una *triplice futuribilità* di una lettura economica del diritto), ma identifica quale *unico* e *ristretto* orizzonte futuro la componente di *messaggio* emozionale-rassicuratorio: che, se al simbolismo si accompagnano

⁴⁹³ C.E. PALIERO, *L'economia della pena (un work in progress)*, cit., 563 e in specie 564, nt. 68.

⁴⁹⁴ P. SORBELLO, *Politica criminale ed osservanza delle regole. Riflessioni su limiti e possibilità di conversione al razionale dei comportamenti*, cit., 1933, riferendosi naturalmente a N. Bobbio. Similmente all'*EAL*, guarda avanti la funzione strumentale: «Come tipica manifestazione di *Zweckrationalität*, la norma penale 'giusta' dal punto di vista *strumentale* deve essere configurata – con orientamento al risultato su base diagnostico-prognostica – per 'costruire l'avvenire' e condizionare e dirigere i comportamenti sociali: si deve prefiggere un 'vaglio di proporzionalità' del mezzo-pena proiettato nel futuro» (C.E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, cit., 470).

⁴⁹⁵ Sulla retribuzione come «concezione pessimistica della pena», F. CARNELUTTI, *Meditazione sulla essenza della pena*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1955, 6.

⁴⁹⁶ Su tale *legittimità di rimbalzo* v. *infra*, cap. III.

scarsa determinatezza ed esigua offensività, rischia il percorso tortuoso del messaggio in una bottiglia...

Peraltro, nessuna delle classi di simbolismo sopra incontrate⁴⁹⁷ – leggi simboliche «di appello morale», «di crisi», «alibi», «reattive», «autoritarie» «compromissorie», «apparenti» – potrà mai essere conciliabile con l’aspirazione all’ottimizzazione del *benessere complessivo*⁴⁹⁸ che costituisce perno dell’analisi economica del diritto...

Per usare la terminologia-base del precedente sottoparagrafo, una legislazione simbolica risulta dunque *nemica* dell’analisi economica del diritto⁴⁹⁹ così come, più in generale, di ogni strumentazione *extra-penale* ed *extra-giuridica*.

A conclusione di questo paragrafo e della *pars destruens*, potremmo allora individuare nella *chiusura all’interdisciplinarietà* – insieme ai tre “motori” della *sedazione della paura*, della *carica illusoria* e dell’*intento di moralizzazione* – il contrassegno esiziale di una normazione di taglio simbolico⁵⁰⁰.

Più che adottare correttivi, servirebbe a questo punto *ribaltare il paradigma*: dalla *sovraesposizione del simbolico* alla *priorità della tutela di beni giuridici* (senza che ciò significhi dimenticare che nel penale c’è anche un “sano” simbolismo, *secondariamente legittimo*).

⁴⁹⁷ II.3.

⁴⁹⁸ C.E. PALIERO, *L’economia della pena (un work in progress)*, cit., 563.

⁴⁹⁹ Sul contrasto tra uso simbolico del diritto penale e analisi economica del diritto, espressamente, C.E. PALIERO, *L’economia della pena (un work in progress)*, cit., 603; F. PESCE, *Analisi economica delle leggi per la lotta contro i reati sessuali negli Stati Uniti d’America. Efficienza versus simbolismo del diritto penale*, cit., 137-138.

⁵⁰⁰ Esasperando: paura, illusione, perbenismo, monodisciplinarietà come i quattro cavalieri non-simbolici dell’Apocalisse simbolico.

CAPITOLO III PARS CONSTRUENS

SOMMARIO: 1. *Afflittività, garanzia e simbolismo come contrassegni dell'intervento penale. La funzione simbolica come unica autentica costante penalistica.* 2. *Condizionamenti precomprensivi nelle diagnosi di ipersimbolismo?* 3. *Sull'irriducibilità del diritto penale a matematica.* 4. *Strumentale e simbolico in un modello assiologico quadripartito.* 4.1. *Per una concatenazione verificabile, cautamente aperta alla simbolica penale.* 4.2. *Il bene giuridico: (discusso, non taumaturgico ma) insuperato paradigma assiologico-delimitativo. La rilevanza della sua priorità concettuale ai fini della distinzione (mobile) tra strumentale e simbolico.* 4.3. *La primazia di una strumentalità specifica ed effettiva, in un diritto penale che aspira a non apparire.* 4.4. *Schema politico-criminale di tipo gradualistico e rafforzamento della censura al simbolismo.* 4.5. *Il nucleo di accettabilità della prevenzione generale positiva e, con essa, della funzione simbolica.*

1. Afflittività, garanzia e simbolismo come contrassegni dell'intervento penale. La funzione simbolica come unica autentica costante penalistica

Di recente, *José Manuel Paredes Castañón* isola tre «aspetti peculiari» dell'intervento penale, quale *sottosistema* nel *genus* «settori dell'ordinamento giuridico che contengono norme proibitive e sanzionatorie».

Da una parte, il «carattere particolarmente afflittivo» che è proprio delle sanzioni penali; più consistente afflittività che, si precisa, non è tale in termini di mera quantità ma che molto spesso comporta una «differenza di natura qualitativa», come rende evidente una prolungata pena detentiva.

Dall'altra, la «forma, particolarmente garantista» con la quale si procede a determinare la responsabilità penale e a imporre la sanzione.

Infine – last but not least, in relazione al tema del presente studio –, «peculiari» risultano anche le «funzioni simboliche, di stigmatizzazione sociale»: funzioni che per l'appunto *non sono condivise*, con analogha intensità, da altre classi di fattispecie proibitive e sanzionatorie; e che,

si aggiunge, a livello pratico si plasmano nella morfologia gradualistica e rituale del *processo penale*, oltre che in istituti di *taglio sostanziale*.

Ciò che poi accomuna l'afflittività, il garantismo e il simbolismo penali è l'istanza che le relative proibizioni e sanzioni siano attivate esclusivamente nei «casi più gravi», ossia quando gli interventi extra-penalistici si siano *palesati* 1) *inefficaci* in chiave di *prevenzione di offese* agli interessi di vita di volta in volta da proteggere o 2) *eccessivamente benevoli* sul terreno della meritevolezza sanzionatoria, avuto riguardo alla *gravità della condotta/della violazione*¹.

Una simile indicazione del *nucleo grammaticale* della penalità si mostra promettente, quale *actio finium regundorum* in rapporto ad altri, solo “vicini”, illeciti e sanzioni; e anche quale presentazione ai non addetti ai lavori del volto essenziale «dei delitti e delle pene» (si ricordi quanto osservato *supra*² sulla necessità che l'accademico si distacchi dalla torre d'avorio e metta a disposizione della “gente” le proprie competenze: ed è chiaro che la discussione con la cittadinanza di temi caldi come corruzione, terrorismo, femminicidio presuppone una *trasparente esplicazione* – a seguire le categorie dell'autore spagnolo – sull'*essenza afflittiva, garantista, simbolica* del diritto penale).

Mi chiedo però: questi contrassegni additati come basilari integrano davvero una sorta di *regola del tre* o sono ravvisabili anche non marginali *eccezioni* rispetto a una loro *contestuale* presenza?

In una *visione idealtipica*, le garanzie fungono, in senso ampio, da *controlimite* rispetto all'erompere dell'afflittività e del simbolismo: con questa lente, dunque, quel paradigma triadico “tiene” e anzi prescrive un *virtuoso sistema* di pesi e contrappesi.

Se dal fondante piano *deontico* ci spostiamo a quello *ontico* (*trasferimento realistico* che ci pare altrettanto costitutivo dell'oggetto della scienza penale), quel modello perde invece capacità euristica e – con grande preoccupazione, al netto di qualche esasperazione verbale, e salva la necessità di una *rivoluzione innanzitutto culturale* – va registrata una *parallela eclissi* dell'afflittività e del garantismo.

¹ J.M. PAREDES CASTAÑÓN, *La justificación de las leyes penales*, cit., 333-334, 338 (v. anche 337 per alcune precisazioni sull'effetto *comunicativo-stigmatizzante* della soluzione penale, percorribile tuttavia solo in presenza di esigenze «perentorie»).

² II.8.3.

La prima, «*masso erratico* [e] *genetico* di ciò che l'espressione "diritto penale" denota in generale»³, deve infatti fare da tempo i conti con il processo indicato come sequenza infranta, ossia la frequente *disso- ciazione tra reato e pena*⁴: che raramente, "nei libri e nei fatti", corrisponde a una logica di *umanizzazione della brutalità* penale ma che sovente si rivela semplice *slabbramento tatticistico*, frutto di logiche più o meno, occasionalmente, approvabili ma assai faticosamente riconducibili a un quadro d'insieme coerente⁵.

Rispetto alla seconda, ipotetica, caratteristica ontologica del diritto penale, si potrebbe riprendere la diagnosi di *Filippo Sgubbi* circa «un intero mondo di concetti, di categorie e di garanzie» improvvisamente «diventato anacronistico», «ridotto al ruolo di un grande racconto di antichi uomini bianchi»⁶: parole sferzanti e forse dure – probabilmente, nelle menti di virgulti penalistici ancora albergano sentimenti garantistici – ma certo, nella temperie attuale, non immediatamente smentibili.

Sarebbe possibile discettare per intere pagine su questa duplice crisi, vistosa e lacerante; ma, pur essendo vero che "tutto si tiene", non sarebbe questo il fuoco del nostro contributo.

Bon gré mal gré resta allora, come autentica *costante*⁷, proprio la funzione simbolica delle previsioni penalistiche⁸: che il diritto penale

³ C.E. PALIERO, *L'agorà e il palazzo. Quale legittimazione per il diritto penale?*, cit., 99-100, che scrive anche di «nucleo strutturale che non può essere sottratto allo strumento giuridico in questione, se non al prezzo di trasformarlo in una grandezza normativa differente», ovvero di (101) appartenenza dell'afflittività (propriamente: dell'autoritarismo, nella diagnosi dell'a.) «al DNA dello strumento giuridico penale [...] solo mitigato[a] (per di più, in forza di un 'accidente' storico) dal contraltare del fattore democratico».

⁴ Si è già svolta qualche considerazione a riguardo *supra*, II.5.3, con rimando a di Martino e ad altri.

⁵ Per l'indicazione di una «*riforma orientata dalle sanzioni e non dai precetti*», nel segno di un «*minimalismo realistico*», v. già C.E. PALIERO, *Metodologie de lege ferenda: per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*, cit., 560-561.

⁶ F. SGUBBI, *Osservando oggi il diritto penale: brevi riflessioni*, cit., 83.

⁷ Il concetto, come noto, è tipico di P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, II ed., Padova, 1982, 41-42; e di F. MANTOVANI, *Il vero «diritto penale minimo»: la riduzione della criminalità?*, cit., 1131, 1135-1136.

⁸ Scrive della funzione simbolica («di stigmatizzazione») come «unica [...] funzione assolutamente indiscutibile» del diritto penale M. DONINI, *Per un codice penale di*

*mille incriminazioni: progetto di depenalizzazione in un quadro del "sistema", cit., 1654; in questo senso, adattando una concettualizzazione dello stesso autore (An impossible exchange? Prove di dialogo tra civil e common lawyers su legalità, morale e teoria del reato, cit., 45), il simbolismo non appartiene semplicemente a criminologia, antropologia penale, sociologia del reato, atmosfera del processo, ma appare «figura tecnica dell'analisi scientifica» e anzi... l'unica costante tecnica della penalità! Cfr. A. MANNA, *La donna nel diritto penale*, cit., 851: diritto penale come «strumento di *contrainte sociale* e [...] luogo privilegiato di produzione del simbolico, retto dalla logica binaria dei diastemi libertà-autorità, normalità-devianza, vittima-colpevole, responsabilità-pena»; C. SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, cit., 167: «non è di per sé il perseguimento di finalità simboliche a scandalizzarci. Il perseguimento di queste infatti costituisce una essenziale ed ineliminabile componente della discrezionalità *politica* in materia penale. A scandalizzarci invece è associare quelle finalità all'esercizio di una discrezionalità *tecnica* in materia penale»; sul simbolismo come croce e delizia della penalità ID., *Intervento*, cit., 14: «se il diritto penale trova nella stigmatizzazione la sua cifra identitaria ne deriva che un diritto penale non stigmatizzante, cioè sprovvisto di dimensione simbolica, non sarebbe più diritto penale. Il carattere simbolico del diritto penale quindi al contempo evoca il suo DNA o una sua patologia genica»; S. FIORE, *Verso una nuova rilevanza penale dello sfruttamento di manodopera. Simbolismo ed effettività della risposta punitiva*, in *Agricoltura Istituzioni Mercati*, 2/2011, 89-90, sulla necessità di distinguere «tra l'*efficienza simbolica* di un diritto penale forte, stabile, chiaro e coerente con il sistema dei valori costituzionali, che esso contribuisce a rafforzare, occupandosi in maniera effettiva della tutela dei beni che di quei valori sono espressione ed il *simbolismo efficientista*, che al contrario usa strumentalmente il diritto penale per simulare un interessamento che viene rappresentato, ma non perseguito e dissimulare la propria inefficienza, vendendo al pubblico l'illusione di un simulacro di tutela, da esporre mediaticamente»; E. STRADELLA, *Recenti tendenze del diritto penale simbolico*, cit., 205: «il rapporto tra pena e simbolo è un rapporto permanente rispetto alla evoluzione della più o meno accentuata proporzionalità tra funzioni strumentali e funzioni simboliche del diritto penale»; L. SIRACUSA, *La competenza comunitaria in ambito penale al primo banco di prova: la direttiva europea sulla tutela penale dell'ambiente*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2008, 886: da «non disdegnarsi» una portata «simbolica» della normazione penal-ambientale, alla luce di una «funzione di promozione e di consolidamento di valori sociali da condividere», pur restandone prioritaria l'«impronta di tipo *tecnicofunzionalista*, generata dalla necessità di calibrare l'intervento normativo ai fini prefissati»; A. MERLI, *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico. Il problema. Le fonti. Le tecniche di tutela*, Napoli, 2006, 275: al metro del «principio di tolleranza, cardine della democrazia», resta ancora ammissibile «la funzione pedagogica o simbolica che esercitano indirettamente le norme penali segnalando l'importanza dei beni oggetto di protezione e rafforzando nei consociati attraverso la minaccia della pena l'adesione ai quadri di valo-*

sia il diritto *più simbolico* che si conosca, e che questa sua dimensione *non* possa ritenersi *contingente*, ma *congenita* e *strutturalmente ineliminabile*, è agevolmente dimostrabile leggendo lo *ius terribile* in chiave di comparazione sia *sincronica* sia *diacronica*⁹: non c'è verosimilmente intervento penalistico, da quello in campi più naturali a quello in aree di protezione più artificiali e tecniche, che nei confronti della rispettiva cerchia di destinatari possa considerarsi *simbolicamente trascurabile*.

Truismo? Direi un *truismo apparente*, perché foriero di *precisazioni* e *sviluppi*, e gravido di *conseguenze*.

Sin d'ora valga in ogni caso osservare come ciò che non è contingente ma *metastorico* difficilmente, già su un piano logico e strutturale, potrebbe rappresentare *esclusiva patologia*.

O meglio: non se ne possono indubbiamente negare aspetti malsani, ma l'*onere argomentativo* – non minimale – ricadrà su chi intende asserire l'*assorbente dimensione* patologica; non convincono *argomentazioni implicite e generalizzanti* intorno all'*indebita, e quasi irrimediabile*, prevalenza del simbolico sullo strumentale nella legislazione dei nostri tempi (così come, d'altro canto, vanno *esplicitati* – e così tente-

re generalmente condivisi»; su una fisiologia penalistica del simbolismo anche G. MARRA, *Prevenzione, efficienza e sussidiarietà penalistica*, cit., 138, in un passo già riportato; E. MATTEVI, *Una giustizia più riparativa. Mediazione e riparazione in materia penale*, Napoli, 2017, 63; e A. MENGHINI, *L'omicidio stradale. Scelte di politica criminale e frammentazione del sistema*, cit., 196, che si spinge anzi ad additarne «un'accezione molto distante e diametralmente opposta da quella invalsa fino ad oggi e certamente non criticabile, ma anzi auspicabile». Sui due compiti del diritto penale – tutela di beni giuridici e simbolica stigmatizzazione – come esclusivamente veicolabili attraverso l'«affermazione di responsabilità *personali*, tanto più tali in quanto riconnesse al bisogno di un intervento “rieducativo”, che coinvolge necessariamente, appunto, la *persona* del reo», G. FORTI, *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale*, cit., 299-300.

⁹ Cfr. W. HASSEMER, *Das Symbolische am symbolischen Strafrecht*, cit., 1010-1011 che, dopo aver svolto una serrata «critica del simbolismo», nell'arricchire/relativizzare il campo tematico (per l'enunciazione dell'intento 1002), presenta le ragioni di una nozione – «analitico-descrittiva» – di «critica della critica al simbolismo», sintetizzando come «ogni diritto penale, e non solo il tipo moderno, sarebbe simbolico, e ciò avrebbe anche aspetti positivi: il diritto penale raggiungerebbe i suoi effetti preventivi non relativamente a oggetti materiali, ma nelle menti e nei cuori delle persone».

remo di fare – i criteri per un corretto “riparto” fra strumentale e simbolico)¹⁰.

«Schivare il concreto è uno dei fenomeni più inquietanti dello storia dello spirito umano»¹¹: non soltanto schivarlo, aggiungerei quindi, ma anche attribuirgli connotazioni *meramente negative*.

Beninteso, per evitare di farsi clamorosamente abbagliare da quella *precomprensione* della quale discorreremo nel prossimo paragrafo (e per non scambiare, simmetricamente, *l'essere con il dover essere*)¹²: la *diffusa* “presenza” del simbolico non indica, di per sé, la sua “positività”.

Che possa ammettersi una *fisiologica tematizzabilità* di componenti simboliche della normazione penale può risultare infatti esclusivamente a valle di un *approccio sfaccettato* alla questione del «perché punire»: quell'ampia presenza simbolica, in chiave *geografica* e *storica*, alimenta solo un *ambiente favorevole* – ancora *da assestare* – nei confronti della legittimità di un orientarsi dell'intervento penale a funzioni diverse dalla necessaria salvaguardia di specifici oggetti giuridici.

L'enucleazione di una consentita portata *anche* simbolica dell'intervento penale¹³ (anche: subordinata, nei termini che vedremo, alla portata strumentale) risulta peraltro sintonica con quell'atteggiamento dottri-

¹⁰ Cfr. *infra*, spec. III.4.

¹¹ Così Elias Canetti, in epigrafe di G. FORTI, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, cit.

¹² Cfr. F. MANTOVANI, *Il vero «diritto penale minimo»: la riduzione della criminalità?*, cit., 1127-1129 sull'esigenza di non trascurare «il dato, scomodo ma imprescindibile, dell'“essere”, presente e futuro, del diritto penale» (e di basarsi dunque, «si potrebbe dire freudianamente, sul “principio di realtà”: su ciò che è e che potrà essere e non soltanto su ciò che vorremmo che fosse», ovvero di concentrarsi sulle «possibilità realmente perseguibili nel momento storico»), risultando comunque senz'altro vero che quella penale «è scienza non solo dell'“essere”, ma anche del “dover essere”».

¹³ Sulla praticabilità di un'«accezione più positiva o neutrale rispetto alle funzioni *anche* simboliche che il sistema penale ha oggettivamente», M. DONINI, *Teoria del reato. Una Introduzione*, cit., 145, nt. 73, con rinvio a J. FEINBERG, *The Expressive Function of Punishment*, in H. GROSS, A. VON HIRSCH (a cura di), *Sentencing*, New York, Oxford, 1981, 23-36, il quale in particolare rileva (33) come il simbolismo «riprovatorio» costituisca nozione complessa, abbracciante in vario modo «prestazioni» quali «disconoscimento», o perlomeno «non-acquiescenza», «convalida sanzionatoria» e anche, perfino, «assoluzione».

nale maggiormente *dialogico* e non (solo) critico la cui auspicabilità si è argomentata nel cap. I.

E, in particolare, questa enucleazione sembra armonica rispetto al ricordato insegnamento¹⁴, proveniente dallo studio comparatistico, circa l'inesistenza del «legislatore perfetto» o della «disposizione perfetta»: tutte le formulazioni legislative sono opinabili, essendo plausibile ritenere che ciascuna disposizione presenti, insieme ad *aspetti problematici*, fortunatamente anche *aspetti convincenti*; e mentre fra i primi è riconducibile un *sovrappiù di simbolismo* che vada a discapito della indispensabile priorità della tutela di beni giuridici socialmente e costituzionalmente apprezzabili, fra i secondi pare ragionevole far rientrare un simbolismo non solo *tollerabile* ma anzi, con certi vincoli, *fecondo*.

Per maggiore chiarezza: come già segnalato in una precedente fase di questo lavoro¹⁵, quale proficua o quantomeno non necessariamente rinnegabile funzione simbolica del diritto penale mi riferisco essenzialmente alle valenze *stigmatizzante* – verso l'individuo – e *rassicuratrice* – verso la collettività – che si irradiano dall'idea (su cui dovremo discutere)¹⁶ della *generalprevenzione positiva*, o prevenzione a matrice culturale; non sto invece, evidentemente, richiamando le nozioni di simbolico quale «decorativo», «spettacolare», «logorroico», «razzista» ecc. ecc. lungamente citate in sede di «aggettivi»¹⁷.

Il ragionamento avviato in questo paragrafo potrà essere più contrastivo di quello sviluppato nel cap. II. L'esperienza del resto insegna che è spesso più facile “trovarsi” sulla *pars destruens* che sulla, meno aggregativa, *pars construens*: in rapporto alla quale il peso della penna del singolo, nel calibrare *nuance*¹⁸ o le stesse traiettorie d'indagine, si fa

¹⁴ *Supra*, I.3.

¹⁵ *Supra*, II.2.

¹⁶ *Infra*, III.4.5.

¹⁷ *Supra*, II.2.

¹⁸ Scrive di «dettaglio che premia il lavoro del penalista» A. BONDI, Philosophie-verbod. *L'agonia del diritto penale moderno*, cit., 113 (sulla «cura del particolare» v. anche 112). Sull'adozione di un'ermeneutica ipostatizzante, che «disgrega la totalità della vita, dove sono frequenti diffusi dettagli», J.L. GUZMÁN DALBORA, *Sul significato intrinseco e sul valore attuale della teoria del bene giuridico nell'opera di Birnbaum*, in *Dir. pen. XXI sec.*, 2010, 372, nt. 1 (e 375 sull'«illuminazione repentina a proposito di un apparente dettaglio» come contrassegno della rivoluzione scientifica).

più marcato. Ma la *koinè* del metodo liberale dovrebbe preservare da *misunderstandings*.

Questo terzo capitolo sarà più breve del precedente, considerato che le ragioni di critica sopra proposte sono state *numerose, convinte e variegate*; quello che dunque possiamo fare, a questo punto della riflessione, è in sostanza... *scavare fra le macerie*.

Ma non sarà, crediamo, una ricerca inutile (non solo per il fatto che questa indagine è solitamente in letteratura *omessa*).

Se infatti, *in via generale*, ciò che è reale e costante risulta plausibile che presenti, oltre a un *senso storico*, uno *spazio di legittimità* (almeno fino a prova contraria: ardua, anche se certamente possibile)¹⁹; *nello specifico* della relazione strumentale/simbolico andranno delineandosi ragioni sollecitanti ad andare oltre la frequente “indifferenza” nei confronti di un *letto simbolico canalizzabile*.

La maggiore sinteticità di questo terzo capitolo si spiega anche in altro modo: nel contesto di esso aggalleranno temi giganteschi (precomprensione, bene giuridico, prevenzione generale positiva, ecc.), che però non riusciremo a ripensare *ex professo*: sia per “limiti di energia” (*ultra posse nemo obligatur*), sia per non esorbitare dal *focus* dello studio; l’evocazione di queste tematiche nodali sarà pertanto *strettamente tarata* sulla “riabilitazione” (*cauta e parziale!*) della simbolica penale o, se si preferisce, sul suo *non integrale respingimento*.

Per il momento, chiediamoci – non polemicamente ma in una logica, secondo gli obiettivi, *construens* – se la diffusa e radicale negazione di un “diverso”, ed entro certi limiti apprezzabile, simbolismo, possa rappresentare frutto di una precomprensione *non avvertita* o *avvertita ma cresciuta a dismisura e non disboscata*.

¹⁹ Circa la razionalità del legislatore (e che la simbolica sia *solo irrazionale* va dimostrato) come «postulato *normativo* che sollecita la razionalità o ragionevolezza dell’interprete verso la ricerca, nei testi di legge, di significati quanto più possibile adeguati a fondare la coerenza dell’insieme e la ragionevolezza dei risultati», D. PULITANO, *Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, cit., 132.

2. Condizionamenti precomprensivi nelle diagnosi di ipersimbolismo?

Con icastica immagine arborea, scrive un autore che non ha smesso di illuminare la scena penalistica come *Winfried Hassemer*: le (costitutive)²⁰ «precomprensioni», o «aspettative di senso», individuali – affondanti le proprie radici nelle più svariate influenze culturali, nell’esperienza professionale, nella stessa biografia personale – occorre, per prima cosa, «comprenderle quando ci guidano» e, anche, «potarle quando crescono oltre misura»²¹.

Dobbiamo essere grati già all’*Hassemer* di «Tatbestand und Typus», e prima ancora a Heidegger e a Gadamer, e poi a Esser, per avere svelato un immanente “soggettivismo” (non però capriccio, o incontenibile “intuizionismo”)²² dell’esperienza giudiziale: «*interprete avvisato, mezzo salvato!*»²³.

²⁰ Cfr. W. HASSEMER, *Perché punire è necessario*, cit., 177-180, letteralmente 179: «Senza le nostre precomprensioni affogheremmo nell’infinita pienezza del mondo. Pertanto, eliminarle non è affatto una buona idea».

²¹ W. HASSEMER, *Perché punire è necessario*, cit., 179. Si danno ottimi candidati per la potatura di cui al testo: a pregiudiziali ideologiche – *rectius*: «di natura *quasi-teologica*» – e a connesse dimostrazioni fornite «*more theologico*» fa riferimento C.E. PALIERO, *La società punita: del come, del perché, e del per cosa*, cit., 1516-1517.

²² La sottolineatura è ormai reperibile in studiosi di più generazioni. Cfr. G. FIAN-DACA, *Prima lezione di diritto penale*, cit., 131-132: «Nell’esercizio della discrezionalità giudiziale, [...] l’opzione finale a favore dell’interpretazione preferita risulterà inevitabilmente (anche se, spesso, implicitamente) influenzata da giudizi di valore e da “precomprensioni”: vale a dire – piaccia o non piaccia ai penalisti di mentalità vetero-legalistica – da fattori molteplici di contesto a carattere extratestuale, che vanno dal clima politico-culturale dominante a contingenti preoccupazioni di politica penale giudiziaria (in chiave di difesa sociale o prevenzione generale rispetto a determinati tipi di reati ecc.), alla cultura, all’ideologia e alla sensibilità del singolo giudice»; ecco che dunque «prendere atto di questo insieme eterogeneo di condizionamenti, anziché equivalere ad assecondare il soggettivismo più spinto, dovrebbe al contrario contribuire a promuovere una più matura presa di consapevolezza da parte degli interpreti dei propri pregiudizi e delle proprie preferenze valoriali». In questa direzione, la monografia di O. DI GIOVINE, *L’interpretazione nel diritto penale. Tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006, 165, con la precisazione (166) secondo cui il «“miracolo” della comprensione rischia [...] di rivelarsi un artificio quante volte, non poche, l’interprete si scontri con la ben più prosaica realtà, in cui la *tradizione* dei concetti penalistici non si sia affatto sedimentata oppure, una volta esistente, risulti al momento del giudizio incrinata. In quei

Va riconosciuto che già la prima attività – quella di *messa a nudo* della precomprensione (se non, per dirla con U. Eco, della sovrainterpretazione) – non è scontata, né semplice; né, a maggior ragione, facile e indolore può rivelarsi la successiva ed eventuale operazione di relativo *diradamento*.

Ma si tratta di passaggi *necessari*, per la cui intrapresa non c'è un tempo massimo²⁴ ma che indubbiamente sarebbe preferibile avvenisse-

casi, l'“aspettativa di senso” cessa di essere oggettivamente orientabile, per trascendere nel puro soggettivismo. E l'interpretazione diviene *creazione* del diritto ben più di quanto intendesse Gadamer». Anche in giovani autori (penso per esempio a contributi di Federico Bacco), seppure più timidamente – forse per il peso di quel veterolegalismo cui allude Fiandaca? –, ritrovo indicazioni circa un'oggettivizzabilità della precomprensione.

²³ Incisivamente O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale. Tra creatività e vincolo alla legge*, cit., 212. Per un tributo a Gadamer cfr. altresì R. BORSARI, *Diritto penale, creatività e co-disciplinarietà. Banche di prova dell'esperienza giudiziale*, Padova, 2013, 48-54, spec. 50 (v. anche 395-396 per l'*aperta confessione* – sempre apprezzabile, come si evidenzierà subito sotto nel testo – di una «duplice precomprensione»), aggiungendo come «una più matura riflessione ermeneutica dovrebbe consentire all'interprete di assumere maggiore consapevolezza dei propri pregiudizi e delle proprie preferenze assiologiche e favorire in tal modo il controllo razionale degli spazi di discrezionalità interpretativa e la verifica autocritica delle pregiudiziali soggettive». Su «precomprensione» e «intuizione» in Gadamer, la rilettura di F. SCHIAFFO, *Il diritto penale tra scienza e scientismo: a proposito di un noto caso di scuola. Una nota (e un dubbio) sul metodo della scienza del diritto penale*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci, II, Teoria della pena. Teoria del reato*, Milano, 2006, 1790-1791, 1808-1809. Osserva in particolare G. LICCI, *Figure del diritto penale. Il sistema italiano*, IV ed., Torino, 2017, 88 come le «pre-figure di realtà, espressive della realtà stessa, quale essa si presenta nel suo primo apparire» risultino a loro volta «condizionate dalle aspettative del giurista e da una comprensione provvisoria della realtà» (v. anche ID., *Modelli nel diritto penale. Filogenesi del linguaggio penalistico*, cit., 367-368). Più scettico sulla razionalizzabilità di un «formante 'extra-giuridico'», temendo le «esasperazioni del nichilismo ermeneutico», G. AMARELLI, *Legge penale e giudice: un vecchio rapporto alla ricerca di un nuovo equilibrio*, in *Cass. pen.*, 2014, 410. Doveroso, in ogni caso, opporsi alla «irriflessa riproposizione di propri valori personali»: D. PULITANÒ, *Riferimenti a valori nel lavoro del giurista*, cit., 215-218 sulla precomprensione, come dato in primo luogo linguistico (217-218 per il virgolettato).

²⁴ G. FIANDACA, *Rocco: è plausibile una de-specializzazione della scienza penalistica?*, cit., 190 dichiarandosi disponibile a parzialmente rivalutare le sollecitazioni tec-

ro in età “precoce”: non è questa la sede per una discussione sulla didattica penalistica²⁵ e allora basti osservare che da parte del tesista/giurista in erba (e futuro giurista in azione) il relatore – grazie all’instaurazione di un «legame anche emotivo»²⁶ – potrebbe probabilmente spingersi a incentivare più di quanto già non avvenga (non solo una franca meditazione “interna” ma) una esplicitazione “esterna” delle proprie opzioni di partenza: riservando una congrua attenzione, in una parte iniziale dell’elaborato, alle premesse culturali e “filosofiche” del proprio discorso.

E si tratta di passaggi che gioverebbero all’esame dei rapporti fra funzione «strumentale» e funzione «simbolica», e dunque alla riflessione sul “senso” della materia penale: essendo, in definitiva, le categorie strumentale e simbolico due coordinate che in alternativa (o meglio:

nico-metodologiche di Arturo Rocco, a patto di riuscire a «vincere la vecchia ‘precomprensione’ negativa», se «non fosse ormai troppo tardi». Messa a nudo e diradamento di elementi precomprensivi sono sempre auspicabili e possibili anche in ambiti diversi da quello accademico: infatti, «dal momento che il giudice è un essere umano e dal momento che nessun essere umano nel suo normale modo di ragionare arriva a delle decisioni servendosi del ragionamento di tipo sillogistico [...], è plausibile ritenere che il giudice non possa acquistare un modo di ragionare così artificiale per il solo fatto di mettersi sulle spalle la sua toga di ermellino» [il richiamo a Jerome Frank in D. BRUNELLI, *Divagazioni sulle “dimensioni parallele” della responsabilità penale, tra ansie di giustizia, spinte moralistiche e colpevolezza normativa*, cit., 8, nt. 15, il quale per parte sua, in tema di «virus della precomprensione morale», osserva (5-6): «non è ormai discutibile che sull’interpretazione della legge incide, se non altro su un piano soggettivo e magari inconsapevolmente, anche la dimensione della giustizia, nel senso che l’interprete è inevitabilmente influenzato nel suo argomentare e nel suo “scegliere” soluzioni anche – se non esclusivamente – dall’accettabilità “morale” del prodotto finito o – se si vuole – dalla sua ritenuta tollerabilità-correttezza sociale e politica»].

²⁵ Su esplicitazione e sfortimento della precomprensione, a partire dalla didattica, *amplius* S. BONINI, *Riflettendo intorno al sistema penale come impresa collettiva*, cit., 11-13.

²⁶ Sull’«incuria dell’emotività» come «grande rischio» che accomuna discente e docente, v. le importanti considerazioni di S. MOCCIA, *Impressioni rapsodiche suscitate da un (capo)lavoro di Massimo Nobili (Massimo Nobili, L’immoralità necessaria. Citazioni e percorsi nei mondi della giustizia, il Mulino, Bologna, 2009)*, in *Crit. dir.*, 2012, 140.

insieme) ad altre ci offrono una veduta prospettica sul *microsistema* penale (ché tale è, in rapporto al sistema sociale)²⁷.

Cosa significa pertanto, *nello specifico* della diade strumentale/simbolico, sforzarsi di *riconoscere* l'idea che il penalista, come «uomo vivo»²⁸, non opera «né al chiuso né nel vuoto»²⁹; e, dopo tale ammissione, impegnarsi parimenti a *frenare* le relative derive?

Si consideri in ogni caso che la precomprensione è, intrinsecamente, *pluridirezionale* e può avere molteplici *scaturigini* e differenti *esiti*.

In forma di schizzo (del resto, anche volendo, non si potrebbe andare oltre lo sbozzo: essendo la precomprensione, per definizione, oltre che *individuale*, fatto per l'appunto *non schematizzabile*, in specie *ex ante*):

a) Precomprensiva, perché «ideologica nella sua laicità», mi sembrerebbe innanzitutto la pretesa di «escludere *tecnicamente* dal diritto [ciò] che è nella realtà dei meccanismi punitivi sociali»³⁰: la simbolica penale, così *ancestralmente reale*, non potrebbe essere *esclusa*, o *dimidiata*, o ritenuta *completamente/compllessivamente negativa*,

²⁷ Vi sono in ogni modo sottosistemi, o *microcosmi*, complessi e delicati al pari dei macrocosmi: K. LÜDERSEN, *Über das Irrationale im Strafrecht*, cit., 328. Sulla relazione circuito penale/circuito sociale, alla luce della «selezione forzosa degli inputs sulla sola base della *precomprensione* del sistema», C.E. PALIERO, *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed 'effetti penali' dei media)*, cit., 507-508: «Solo ciò che *già esiste*, pre-compreso, nel sapere penalistico, in quanto da esso *preformalizzato* secondo i *paradigmi* penalistici, può essere oggetto di *ulteriore* formalizzazione, su impulso esterno (delle aspettative della società): ma solo per *estensione*, o, al limite, per *specificazione* dei modelli già esistenti, *mai* per *aggiunta* di modelli del tutto 'nuovi', ossia non ancora formalizzati nel circuito penalistico».

²⁸ M. CATERINI, *In dubio interpretatio pro reo. Un onere motivazionale aggravato per arginare la creatività giudiziale*, cit., 512.

²⁹ M. SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, cit., 543.

³⁰ M. DONINI, *An impossible exchange? Prove di dialogo tra civil e common lawyers su legalità, morale e teoria del reato*, cit., 35 (con particolare riguardo all'idea della colpevolezza come rimprovero, e preferendo comunque accedere a una nozione di colpevolezza come «elemento soggettivo di un giudizio normativo sulle condizioni di esigibilità di un comportamento conforme al diritto»; su precomprensione e comparazione v. 45-46 di questo saggio).

soltanto perché così piace – *scilicet*: per ragioni rigorosamente motivate o motivabili – a noi studiosi dello *ius criminale*.

- b) Poi osserverei, con *Mario Romano*, che il diritto penale lo si potrà *scuotere dalle fondamenta*, o in varie forme *mettere in discussione*, ma non lo si potrà mai *abolire*, «per la ragione molto semplice che la sua funzione di tutela della società, o meglio, di tutela degli uomini nella società, è insostituibile»³¹.

E aggiungerei come demolire (pre)concettualmente la funzione simbolica equivalga quasi a *cancellare* il diritto penale, anche ed esattamente per il fatto che il travolgimento di quella funzione *a ruota* compromette la stessa, *anzi primaria*, protezione strumentale rivolta alla società, *rectius* alla Persona.

Non si trascuri infatti – come chiarisce *Jesús-María Silva Sánchez* – che «almeno in linea di principio, la legislazione simbolica non si oppone al raggiungimento della funzione strumentale del diritto penale»: dato il *profondo radicamento* dei simboli nelle attività umane, e la loro *facile percepibilità*, i precetti penali, per l'essere dotati di un *connaturato carattere simbolico*, non possono certo dirsi *a priori* carenti di *effetti sociali magari molto significativi* nella coscienza dei cittadini e, seppure *in via mediata*, esercitano così una *verificabile funzione strumentale* in termini di *riqualificazione* di beni giuridici sottostimati a livello di rappresentazione collettiva³² (si noti che il passo evidenzia l'*osmosi* – o la «cumulatività»³³ – fra simbolico e

³¹ M. ROMANO, *Ripensare il diritto penale (a dieci anni dalla scomparsa di Federico Stella)*, cit., 4 richiamando rispetto alla parte iniziale dell'assunto F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, cit. e G. MARI-NUCCI, *Il diritto penale messo in discussione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 1040-1047.

³² J.-M. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, cit., 484, che scrive anche di contrapposizione simbolico/strumentale «in un buon numero di casi abbastanza discutibile» (482) e di «assunzione»/«integrazione» del bene giuridico favorita dall'emanazione di nuovi divieti o comandi penalmente sanzionati (485).

³³ Cfr. R. BLOY, *Symbolik im Strafrecht*, cit., 76-77 dove si invita a considerare il rapporto fra funzione strumentale e funzione simbolica non ineluttabilmente come «alternativo» (*id est*: a prevalenza fattuale di un simbolismo, privo di efficacia) ma, plausibilmente, come «cumulativo» [sull'esigenza di «controbilanciare» (*ausbalancieren*) funzione strumentale/razionalità di scopo e funzione simbolica/razionalità di valore

strumentale, *pur invertendo* la più consueta indicazione del rapporto fra le due classi: solitamente una valenza mediata o indiretta è ascritta al simbolico, non allo strumentale).

Inseparabili dunque, in una certa quota, strumentale e simbolico/simbolico e strumentale: ecco così che la (mera) distruzione del simbolico *condiziona* anche, spesso *improvvidamente*, il ragionamento sulle componenti strumentali.

- c) Premetto un *absit iniura verbis* (non è la prima volta in questo libro³⁴, ci competono tuttavia pure affermazioni scomode!) e osserverei dunque che l'attribuzione della patente di simbolismo (in specie nelle accezioni più negative) pare frutto, talvolta, di (precomprensiva) *pigrizia concettuale*: ci si arresta all'esame di taluni aspetti del dato legislativo, "riassunti" sotto la *koinè* del simbolismo, e si rinuncia a uno *scandaglio del fatto tipico*, condotto alla stregua di una *pluralità di canoni* ermeneutici oggi disponibili e ammessi, a partire dall'interpretazione teleologica e sistematica: scandaglio che consentirebbe forse di ravvisare *adeguate componenti strumentali* – di tutela di beni giuridici non fittizi, ma reali – davanti alla primazia

v. in particolare 78]; in questo senso, effetti simbolico-comunicativi si accompagnerebbero sempre a effetti strumentali non potendosi dunque abbracciare una «riduzione» del penale a strumentalità «pura»: venata di autoritarismo e, paradossalmente, più problematica delle stesse conseguenze simboliste. Diversamente E. STRADELLA, *Recenti tendenze del diritto penale simbolico*, cit., 204-206 (v. anche 202, e 203 sull'«ambivalenza» della generalprevenzione positiva), che diagnostica un «utilizzo teleologicamente simbolico della norma penale» come nuova regola, dovuta al«l'alterazione del difficile (forse irrealizzabile) equilibrio tra funzioni simboliche e funzioni strumentali». Precisa l'autrice, con rilievi personali, come tali opinabili, in particolare perché *accentuatamente pessimistici*, dal punto di vista delle categorie che stiamo sviluppando in questo capitolo: l'«evoluzione della prevenzione generale positiva, [...] la trasforma in attitudine certamente "positiva", ma per nulla "preventiva"», contrastando il simbolismo con «realismo» e «razionalità della pena», basi di una corretta prevenzione; ciò condurrebbe alla «tendenza per cui non è tanto la legge penale ad essere usata come strumento per risolvere (o almeno affrontare) determinati problemi, quanto piuttosto sono i problemi, nel momento in cui raggiungono un certo grado di interesse da parte dei cittadini, e soprattutto di "allarme sociale", ad essere convertiti nell'occasione di un'azione politica finalizzata, ben prima che a funzioni strumentali specifiche, ad una funzione simbolica generale che si esprime nella produzione di consenso nella "opinione pubblica"».

³⁴ V. infatti *supra*, I.1.

delle quali le componenti simboliche “retrocederebbero” *ipso facto* a secondarie (e tollerabili/finanche apprezzabili).

Il tema, peraltro, è connesso da un lato a quello specifico del rapporto strumentale/simbolico, oggetto di trattazione “quadripartita e gradualistica” un po’ più avanti in questo capitolo³⁵, dall’altro all’esigenza metodologica di una dottrina più pronta all’autocritica, di cui torneremo a dire a brevissimo in questo stesso paragrafo.

- d) La stessa Carta fondamentale rappresenta forma – alta – di «mediazione culturale»³⁶ ed elemento essenziale nel *curriculum* umano e professionale del penalista: in questo senso, «l’orizzonte generale dei valori-guida espressi nella Costituzione non può non divenire la precomprensione dell’interprete del diritto positivo»³⁷.

Si tratta in questo caso, evidentemente, di una precomprensione *assolutamente sana*, che dal “ristretto” angolo visuale della dicotomia al centro del presente lavoro inizierebbe però a suscitare qualche perplessità laddove portasse alla costruzione sistematica di uno statuto costituzionale del rapporto funzione strumentale/funzione simbolica *unicamente imperniata* sulla trama di principi che indicano la decisività della prima, *programmaticamente ignorando* che la Costituzione non interdice – né, pluralisticamente, potrebbe farlo – la seconda³⁸.

- e) Precomprensivo – nel senso di poco rispettoso del «chi è senza peccato, scagli la prima pietra» – è ritenere infine che il *Vorverständnis* appartenga solo agli *altri formanti*: sul tema della necessaria propensione all’autocritica dottrinale ci siamo del resto già intrattenuti³⁹ e quanto colà osservato potrebbe per esempio rivelarsi utile in rela-

³⁵ III.4.

³⁶ La locuzione, in diverso contesto, è usata da L. EUSEBI, *La «nuova» retribuzione*, cit., 109.

³⁷ D. PULITANÒ, *Quali ermeneutiche per il diritto penale?*, cit., 49.

³⁸ Che possano darsi «differenti precomprensioni del volto costituzionale del sistema penale» è peraltro evidenziato dallo stesso D. PULITANÒ, *Quali ermeneutiche per il diritto penale?*, cit., 50; ID., *Riferimenti a valori nel lavoro del giurista*, cit., 219.

³⁹ *Supra*, I.5 e anche II.8.3, discutendo di simbolismo e massmedia, nonché II.8.4, in relazione a simbolismo e populismo.

zione proprio al tema «precomprensione e sistema penale come impresa collettiva».

Quello che si auspica è in altri termini una piena *reciprocità* fra le diverse anime della coscienza giuridica collettiva nella *critica* e nell'*autocritica*: come è corretto e benefico che l'accademia censuri un *simbolismo precomprensivo legislativo*⁴⁰ e un *simbolismo precomprensivo giurisprudenziale*⁴¹, così quali universitari dovremmo *autocriticamente* essere aperti a ripensare le nostre critiche al simbolico (ma anche al moraleggiante, allo sciatto, allo sperimentale): nel caso, ammettendo di essere incorsi a nostra volta in precomprensione o magari soltanto direzionando meglio quelle critiche al bersaglio.

Detto altrimenti: se è vero che ciò che merita di essere ripudiato è (non il "normale", e "contenuto" simbolismo ma) un *eccesso di simbolismo* (legislativo o giurisprudenziale), ci si deve guardare anche da quell'*eccesso di precomprensione* (dottrinale) che, in un gioco di specchi, conduce a ravvisare... un eccesso di simbolismo⁴².

Considerato che il *dubbio* rappresenta sempre, paradossalmente ma non troppo, un'efficace *bussola*⁴³, potrebbe *in extremis* perfino porsi l'interrogativo se possa essere *precomprensivo*... *presupporre la precomprensione* (sarebbe esilarante, o grottesco, mettere in guardia dagli eccessi di precomprensione e ricadere a piè pari in questo vizio!).

Ma il felice *matrimonio fra ermeneutica e realtà* ci convince di come la tesi della precomprensione, almeno in via di massima, non sconti a sua volta accenti precomprensivi.

⁴⁰ *Supra*, cap. II.

⁴¹ Sempre *supra*, in partic. II.7.

⁴² Sul *pessimismo (precomprensivo)* di talune diagnosi dottrinali circa l'«irrefrenabilità dell'incremento del diritto penale, centrale e accessorio o simbolico, e della sua ineffettività», F. MANTOVANI, *Il vero «diritto penale minimo»: la riduzione della criminalità?*, cit., 1138.

⁴³ Abbiamo già osservato *supra*, I.1, come la «scienza del dubbio» rappresenti *preziosa consigliera*, e comunque atteggiamento da preferire in rapporto a *certe-certezze-certamente* (e pigramente) assiomatizzate.

3. Sull'irriducibilità del diritto penale a matematica

Come si è accennato⁴⁴, ma vale ora la pena approfondire, sarebbe vano cercare risposte “esatte” alle questioni poste dal controllo e dal governo dei comportamenti individuali e sociali; e ciò *anche* in un settore, come quello penalistico, dove è centrale la determinatezza (delle opzioni precettistiche *di tutela*⁴⁵ ma pure, si potrebbe sostenere, almeno tendenzialmente delle stesse opzioni *sistematiche*).

Pretendere di *estirpare*, a livello concettuale e operativo, ogni *radice di simbolismo (eventualmente positiva*, buttando dunque via il bambino con l'acqua sporca)⁴⁶ costituirebbe una forma di siffatta *riduzione del diritto penale a matematica*.

Prima di b) specificare in che senso la negazione *in toto* di una funzione simbolica equivalga a rimodulare la penalità in chiave algebrica e (paradossalmente) *depersonalizzante*, vediamo di a) mettere sul tappeto le più generali *ragioni e proiezioni* di un canone euristico contrassegnabile come *non-matematismo penale*.

a) A mo' d'uccello, sorvolando una serie di addentellati *prima facie* piuttosto eterogenei – capirei l'obiezione –, ma con un minimo comune denominatore dato dalla *consustanziale imperfezione* del diritto penale: uno stato manchevole da cui muovere, per suggerire e migliorare – come dogmatici e come costruttori del diritto che verrà – ma anche per prendere atto dell'*ontologia*, comprendere i *limiti fisiologici* delle nostre proposte correttive e cogliere *elementi di accettabilità* – persino di (*strettamente necessaria*) *fecondità!* – in quel mezzo così *brutale, rozzo e diseconomico* che rimane il diritto penale.

Si rifletta dunque innanzitutto sul fatto che il nostro campo di studi ha a oggetto una realtà *autenticamente proteiforme* come quella del delitto e dell'uomo delinquente: «Il diritto penale, in fondo, e (per certi versi) per fortuna, non è una scienza pura. Non ha a che fare

⁴⁴ *Supra*, I.3, II.6 e II.7.

⁴⁵ Sul velleitarismo della determinatezza assoluta v. tuttavia *supra*, I.3.

⁴⁶ L'immagine è in R. BLOY, *Symbolik im Strafrecht*, cit., 77.

con le leggi della fisica o della chimica. Ma con l'uomo e dunque anche coi suoi *sentimenti*»⁴⁷.

La polemica *penalisti algebristi/penalisti non algebristi* non potrebbe dirsi nuova.

Ancora vivente il sommo Beccaria – scherzosamente chiamato il «newtoncino» –, *Dei delitti e delle pene* fu spesso tacciato di presentare «argomentazioni “troppo geometriche”, e quindi alla fine alquanto oscure e comunque inidonee a comprendere un fenomeno come la giurisprudenza»⁴⁸.

Dall'apparente *cul-de-sac* (algebrismo o non algebrismo penale?), verosimilmente si esce ammettendo che «[o]ltre alla superficie razionale, che trova espressione nella dogmatica penalistica, il diritto penale possiede una struttura profonda non razionale, legata agli elementari sentimenti di valore della vita sociale»⁴⁹.

⁴⁷ A. CADOPPI, *Simpatia, antipatia e diritto penale*, in O. DI GIOVINE (a cura di), *Diritto penale e neuroetica. Atti del Convegno (Foggia, 21-22/5/2012)*, Padova, 2013, 257. Vale dunque anche per chi fa ricerca il monito di H. MAYER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Stuttgart, 1967, 5: «Lo studente non dimentichi mai che nel diritto penale non vengono in considerazione dogmi, ma prima di tutto gli uomini e le loro esigenze pratiche». Oppure, di dogmatica ed esegesi si può certamente discutere, senza dimenticare che esse «si sostanziano in parole: *in rebus juridicis* alle parole seguono, di regola, fatti. Questi fatti sono destini umani»: M. GALLO, *Torniamo ai principi*, in *Crit. dir.*, 2014, 335. Quella del diritto penale è in altri termini «una verità che si conquista nella storia, una verità complessa così come complesse e molteplici sono le forze sociali e culturali nella storia operanti»: F. PALAZZO, *Vassalli, maestro di diritto penale*, in *Giuliano Vassalli nel centenario della nascita. Atti della giornata in ricordo del Presidente emerito della Corte costituzionale (Palazzo della Consulta, 10 dicembre 2015)*, Milano, 2017, 29. Per l'invito a diffidare «di chi millanti, in tema di criminalità, *soluzioni finali*» o, per l'appunto, «*aritmetiche*», L. EUSEBI, *Su violenza e diritto penale*, cit., rispettivamente 127 e 125.

⁴⁸ Come ricorda M. PAVARINI, *Introduzione al libro «Dei delitti e delle pene». Origine delle pene* (Dei delitti e delle pene, § I), cit., 236. Su una difficoltà di concetti come «aritmetica politica» rispetto a «una realtà che non soggiace a regole e descrizioni così certe e precise, certamente non riconducibili all'assolutezza dei calcoli matematici», L. PICOTTI, *Proporzione fra i delitti e le pene* (Dei delitti e delle pene, § VI), cit., 267; v. anche I. RAGIMOV, *La moralità della pena*, cit., 99.

⁴⁹ K.-L. KUNZ, *Zur Symbolik des Strafrechts*, cit., 359.

In una prospettiva di politica criminale realisticamente fondata, il diritto penale non tende all'*eureka*, all'aristotelica *entelechia* o a disegni illuministici e globali di *perfezionamento* umano e sociale⁵⁰.

Così come è ormai consolidato in relazione al'idea per molti aspetti utopistica della *Punktstrafe*, ovverossia la pretesa di stabilire un collegamento rigido tra 'quantità' del delitto e 'quantità' della pena⁵¹, già in tema di *an* delle scelte incriminatrici – è una constatazione in certa misura *amara*⁵² ma, credo, *doverosa* – non pare inverabile un Eden penalistico «immediatamente-perfetto», inteso come «luogo simbolico della coincidenza tra volontà e ragione»⁵³, ovvero «giardino incantato dell'effettività».

Che un'«aritmetica' del reato»⁵⁴ *non sia concretamente praticabile*, e sino in fondo *nemmeno auspicabile*, né in ambito commisurativo né – il che qui più rileva –, andando *à rebours*, in sede di costruzione del *Tatbestand* oggettivo (e *strumentalmente offensivo*), né poi nello svolgimento dei percorsi ermeneutici che da quella tipicizzazione traggono origine⁵⁵, dipende per un verso dalla «architettura emotiva dell'essere umano» (anche dell'uomo-legislatore, e dell'uomo-giudice) ovvero dal fatto che le informazioni non sono antiteti-

⁵⁰ «A ben vedere, la ricerca della perfezione [...] paralizza la focalizzazione su ciò che è ragionevole»: K. LÜDERSEN, *Über das Irrationale im Strafrecht*, cit., 325.

⁵¹ L. MONACO, C.E. PALIERO, *Variazioni in tema di "crisi della sanzione": la diaspora del sistema commisurativo*, cit., 424; G. DE FRANCESCO, *Punibilità*, cit., 75-79, spec. 78: «preteso nitore 'matematico' nel 'graduare' singoli profili dell'illecito»; G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, cit., 13: «la proporzionalità della sanzione non può mai essere calcolata con precisione matematica».

⁵² Certamente infatti, come scrive G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, cit., 127, «in una materia "terribile", e perciò temibile, come quella dei delitti e delle pene, preferiremmo per nostra sicurezza e tranquillità che il discrimine tra punibile e non punibile venisse tracciato con una esattezza quasi matematica».

⁵³ Solo per i virgolettati, M. MANZIN, *Il petrarchismo giuridico. Filosofia e logica del diritto agli inizi dell'umanesimo*, Padova, 1994, 170.

⁵⁴ La locuzione si trova in G. DE FRANCESCO, *Punibilità*, cit., 76.

⁵⁵ M. VOGLIOTTI, *Il giudice al tempo dello scontro tra paradigmi*, cit., 6-7: «L'adozione del metodo veritativo, descrittivo e oggettivante delle scienze teoretiche (proprio della matematica e delle scienze della natura) determina un mutamento dell'ontologia giuridica», non potendosi «chiedere a un matematico di essere persuasivo e a un retore delle dimostrazioni».

che alle (e comunque non possono tacitare le) emozioni, per un altro dai naturali «margini di incompletezza del diritto»⁵⁶.

Certo, da un primo potere postulato come professionalmente votato alla ponderazione si esigerebbe – è assolutamente corretto esigere! – un *self-control* nell'assestamento di valutazioni emotive; si allude alle emozioni e ai sentimenti dei consociati, spesso radicati «nel terreno friabile e movimentato dell'irrazionalità»⁵⁷ e, ugualmente, in tutta fretta vergati dal legislatore di turno: è il tema «consenso sociale e diritto penale»⁵⁸, che nello specifico della simbolica penale torneremo a citare subito sotto, sub *b*).

Vero questo, non si dà tuttavia, come ci insegna l'analisi economica del diritto⁵⁹, una razionalità *assoluta*, ma solo una razionalità *funzionale*, nel senso che i singoli attori della scena sociale «si prefiggono determinati scopi e tendono, in misura corrispondente, a selezionare gli strumenti più idonei a realizzarli»⁶⁰; azzardo dunque che questa

⁵⁶ F. BACCO, *Visioni 'a occhi chiusi': sguardi sul problema penale tra immaginazione, emozioni e senso di realtà*, cit., 10 (discutendo di *massmedia* e diritto penale, ma si tratta di rilievi che possono assumere un valore più generale) e 16.

⁵⁷ E. MUSCO, *Consenso e legislazione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 88.

⁵⁸ Cfr. M. ROMANO, *Legislazione penale e consenso sociale*, in *Jus*, 1985, 413-429, che nei confronti delle richieste di penalizzazione suggerisce al legislatore (429) «una salutare diffidenza di fondo», ovvero «riflessività, distanza critica, *self restraint*»; C.E. PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, cit., 849-922: vero che lo Stato «ha sempre bisogno di un consenso di base per legittimare la violenza, altrimenti inesplicabile, di un'autorità che priva gli individui del bene sommo della libertà personale» (869), il consenso sociale deve intendersi quale «[s]trumento di razionalizzazione del sistema penale, a sua volta bisognoso di essere razionalizzato» (903), essendo dunque l'ordinamento chiamato ad agire da «*interruttore* del flusso di pressione sviluppato dal consenso 'spurio'» (912), attraverso postulati come «selettività» – che vede il legislatore quale «giudice del consenso», tenuto a selezionarne «i canali (da attivare o, rispettivamente, da arginare) con criteri che rispecchiano tanto l'«etica della garanzia» quanto l'«etica dell'effettività»» (910) – e «reattività adeguata» – che in particolare orienta il legislatore a «*reagire con la risposta corretta* alle pressioni del consenso che ha riconosciuto come 'meritevole'» (911) –.

⁵⁹ Su simbolismo e analisi economica del diritto *supra*, II.8.6.

⁶⁰ C.E. PALIERO, *L'economia della pena (un work in progress)*, cit., 564 e *ivi* nt. 67; D. PULITANÒ, *Ragionevolezza e diritto penale*, Napoli, 2012, 14-15 su una razionalità giuridica, à la Schauer, «subottimale», nella misura in cui «preclude la considerazione

tipologia di razionalità – *meno ambiziosa*, ma *pragmaticamente irrinunciabile!* – valga tanto per i *comportamenti individuali*, quanto per gli *interventi statali*: tale almeno la conclusione cui mi pare di giungere incrociando – e seppure in termini problematici “bilanciando” – empiria (o forse è solo disincanto?), determinatezza intesa in senso non utopistico ovvero relativo, ascolto del *dèmos* (che non è ancora, o non necessariamente, populismo) e, appunto, non-matematizzazione.

b) Venendo ora alla parte del ragionamento più specificatamente concentrata sul penale come simbolo.

Con parole di *Monika Voß* che, salve le precisazioni contenute *supra* e *infra*, e confermando in particolare l'ostracismo da opporre a funzioni *solo* simboliche, non esito a fare mie:

L'esempio della legislazione simbolica con i suoi segni negativi ma anche, condizionatamente, con i suoi risvolti positivi mostra che il significato delle azioni legislative non può essere adeguatamente misurato sotto un [esclusivo] profilo di razionalità di scopo.

Soggiunge la studiosa: nella relazione «discorsiva», spesso «affannosa», fra consenso sociale e scelte legislative non si dovrebbe trascurare che «la scienza può rivelarsi d'aiuto, nei limiti in cui a essa è attribuito istituzionalmente un sicuro ruolo consultivo» (il richiamo, evidentemente, è anche alla proposizione di speciali *caveat* relativi a forme di «assecondamento eccessivo del consenso sociale»)⁶¹.

In questo contesto discorsivo triadico occorrerà, in particolare, considerare in forma razionale anche le variabili socio-emotive e simbolico-espressive della legislazione; e pertanto, con atto di onestà intellettuale, sarebbe corretto riconoscere che «un certo sganciamento dal dovere di efficacia legislativa va messo necessariamente in con-

di altre ragioni e di altri fatti», risiedendo proprio in questo «la sua ragion d'essere, la sua specifica razionalità».

⁶¹ L'ultimo virgolettato in M. ROMANO, *Legislazione penale e consenso sociale*, cit., 424. Sul tormentato rapporto fra politica e scienza, il dialogo fra Machiavelli e Galilei immaginato da I. PUPPE, *Gespräch in einem Wartezimmer über die Macht und die Wissenschaft*, in R. ZACZYK, M. KÖHLER, M. KAHLO (a cura di), *Festschrift für E.A. Wolff zum 70. Geburtstag am 1.10.1998*, cit., 417-428.

to» (si noti, in ogni caso, la formulazione in chiave di «dovere»): d'altra parte, e al di là di tutto è meglio così, nelle commissioni parlamentari siedono ancora persone, non infallibili *computer*⁶²...

Come si nota, il tema «(rifiuto di) matematica e robotica nel diritto penale» torna ad affacciarsi anche quando, come nell'argomentazio-

⁶² M. VOß, *Symbolische Gesetzgebung*, cit., 6 e 69-70 (sulla non sovrapposibilità del diritto penale a logica formale, matematica, elaborazione di dati, stringenza deduttiva anche 16). Sul «falso realismo» degli stessi «effettivismi», stimolanti le considerazioni di J. CARBONNIER, *Flessibile diritto. Per una sociologia del diritto senza rigore* (1992), Milano, 1997, 126-127, puntualizzando come la situazione di «ineffettività parziale» – prevalente rispetto agli estremi, «ugualmente eccezionali», dell'effettività totale e dell'ineffettività totale – non debba «mai esser considerata *a priori* come un fenomeno morboso», risultando «[i]n gran parte, [...] intrinseca alla norma giuridica» (se il *simbolismo* è fondamentalmente *illusione* – *supra*, spec. II.4 – è *illusione* anche l'*effettivismo*, potrebbe chiosarsi). Cfr. F. MANTOVANI, *Il vero «diritto penale minimo»: la riduzione della criminalità?*, cit., 1134 su una «politica legislativa più attenta all'effettività che al simbolismo» come «auspicabile, ma non del tutto probabile». Specifiche perplessità su una matematizzazione del diritto penale (processuale e sostanziale) in L.H. TRIBE, *Processo e matematica: precisione e rituale nel procedimento giudiziario*, cit., 256-257, come originate «in parte dalla tendenza delle variabili più facilmente quantificabili a mettere in ombra quelle più difficili da misurare, in parte ancora dal difficile accoppiamento della precisione matematica con alcuni valori fondamentali, in parte poi per la possibile incompatibilità della matematica con formulazioni aperte e deliberatamente indefinite, ed infine in parte per la difficoltà intrinseca di applicare tecniche di ottimizzazione al ricco corredo di rituali e alla scelta delle finalità da perseguire». Su un contributo «rafforzativo» (105) di *computer* e *robot* rispetto alle scelte umane in campo penale, aperture invece in I. RAGIMOV, *La moralità della pena*, cit., 103-107, pur con i necessari avvertimenti: «un reato specifico e la persona che l'ha commesso sono sfaccettati, vari e complessi, e quindi è matematicamente impossibile creare una punizione in proporzione» (103); «La giustizia non può essere misurata su una scala logica o matematica, proprio come un computer non può sintetizzare un progetto di legge che incorpora la saggezza secolare della giurisprudenza e della pratica» (104); «L'assegnazione del computer è quella di rispondere a una domanda specifica in modo accurato e completo, mentre il compito del legislatore umano è quello di comprendere il legislatore artificiale e di prendere la decisione giusta, che per molti versi dipende dalla sua cultura giuridica e generale» (105). Richiama, in un senso più critico rispetto alla Voß, una «endemica presenza di nuclei di *irrazionalità* irriducibile, da 'emotività etico-sociale', che contaminano da sempre i congegni della società punitiva», C.E. PALIERO, *L'economia della pena (un work in progress)*, cit., 577.

ne della Voß, le specifiche coordinate di fondo sono offerte da funzione strumentale e funzione simbolica.

Infatti, mi chiedo: potrebbe mai costruirsi un braccio meccanico in grado di amministrare senza fallo strumentale e simbolico?

Il riferimento parrebbe quasi assurdo, se non fosse che – come si legge in un recente libro – «[n]el Regno Unito, negli Stati Uniti e in Germania sono stati sviluppati fino ad oggi più di venticinque progetti di ricerca che coinvolgono l'intelligenza artificiale nel processo di legiferazione e di ragionamento giuridico» (una dozzina di consimili sistemi nella sola Russia)⁶³.

L'interrogativo diviene meno stravagante, restando comunque di sapore essenzialmente retorico, se al braccio robotico sostituiamo la pretesa di un legislatore (sì, umano! ma anch'egli) onnisciente, o quella di un giudice fedele *usque ad finem* al ruolo di *os iuris*: l'uno e l'altro, in ipotesi, egualmente abili nel dosare il *vivo* del penale-strumentale e *ciò che non vacilla* del penale-simbolico.

In realtà, neanche il legislatore o il giudice dotati della miglior scienza ed esperienza del momento storico potrebbero riuscire in quelle delicatissime operazioni alchemiche; e *a fortiori* l'impresa è già in partenza fuori portata per uno studioso qualsiasi, come l'autore del presente lavoro: il quale dunque tenterà, nel prossimo paragrafo, una (provvisoria, e destinata a rimanere tale) determinazione quadripartita di «strumentale» e «simbolico», forte solo della consapevolezza circa l'inanità, *in subiecta materia*, di statistiche, percentuali, cippi di confine, colpi d'accetta.

Quattro “momenti”, quelli del nostro modellino, come si vedrà scomponibili in due profili giocati sullo strumentale e due sul simbolico, con il filo d'Arianna dato dalla priorità della salvaguardia di beni giuridici rispetto a compiti di orientamento culturale-rassicuratorio.

Fin da adesso, si osservi peraltro come pretendere di eliminare il simbolismo dalla topografia penale – o, *con esiti identici*, insistere nell'inquadrarlo come dato esclusivamente patologico – rappresen-

⁶³ I. RAGIMOV, *La moralità della pena*, cit., 103.

terebbe in ogni caso (semplicissima!) operazione di stampo matematico (letteralmente: un *azzeramento*...).

Un azzeramento, si badi, *antiumanistico* perché la simbolica è nel *genoma* dell'uomo-animale simbolico ed è costantemente evocata e praticata nella vita quotidiana (non solo in quella dei ricercatori e professori universitari...): negarla comporterebbe perciò una curiosa *provincializzazione* (una *derealizzazione*?) del diritto (nella fattispecie, penale).

Viceversa, la *razionalizzazione* (che non significa sterilizzazione!) di componenti emotivo-sociali ed espressivo-integratrici esalta una dimensione *collettaneo-dialogica* dei rapporti cittadinanza/potere pubblico/giurisprudenza/dottrina nei termini in cui, *senza infingimenti*, si prende cura della globalità dei vettori penalistici, evidenziando sì i profili distorsivi ma umanisticamente facendo i conti con le concretissime *esigenze di vita* delle persone, che si stagliano all'interno degli (inevitabilmente ancora) astratti *beni giuridici e beni simbolici*.

L'asserzione non vorrebbe suonare come una riedizione dello schilleriano (e beethoveniano) *Inno alla gioia* in salsa penalistica (ovvero come una criminalistica «Utopia» *à la More*)⁶⁴, ma quello che si auspica è la distensione di una metodica – (in via prioritaria) strumentalmente *e* (in via secondaria) simbolicamente orientata – che non trascuri alcun individuo coinvolto a vario titolo nel sistema penale.

Ecco perché «non è possibile ragionare di diritto come se fosse matematica»⁶⁵ ed ecco come mai, in specie, la questione della funzione

⁶⁴ Utopia che pure, come si è scritto, sarebbe «la madre del progresso».

⁶⁵ O. DI GIOVINE, *In difesa del c.d. decreto Balduzzi (ovvero: perché non è possibile ragionare di medicina come se fosse diritto e di diritto come se fosse matematica)*, cit., 6-7 sull'inattuabilità del «piegare la realtà agli algoritmi del diritto penale "classico"» o a ricostruzioni «a tavolino» e «computi di stampo ragionieristico» [v. anche 11: «geometrie concettuali (sempre più precarie) della c.d. "dogmatica" penalistica»]; M. DONINI, *Massimo Pavarini e la scienza penale. Ovvero, sul valore conoscitivo dell'antimoderno sentimento della compassione applicato allo studio della questione criminale*, cit., 10: il procedere della scienza penale ha «una natura complessa, composta, irriducibile ai più celebrati ma parziali modelli di scienza naturale o matematica, per la presenza di saperi empirici e normativi insieme, comunicanti, non separati da una in-

simbolica appartenga al dominio (non delle scienze dure ma) delle *scienze molli*⁶⁶: il diritto penale (strumentale e simbolico), senza doverne soffrire, e *nonostante* (o *a causa di*) tutta la sua complessità, è fra queste.

4. Strumentale e simbolico in un modello assiologico quadripartito

4.1. Per una concatenazione verificabile, cautamente aperta alla simbolica penale

Auspicio come esercizio praticabile – e *idoneo alla verificabilità*, nella visuale dottrinalmente in (timida) crescita dell’obbligo di motivazione delle leggi⁶⁷ – che ogni intervento legislativo penale, in territori naturali, parzialmente artificiali o artificiali, sia sostenuto (*rectius*: preceduto) da una *valutazione descrittivizzabile* (*oggettivizzabile*) relativa a quattro “momenti”, *logicamente successivi* e comunque *strettamente interdipendenti*.

In forma *gradualistica*, si tratta dunque di prendere in considerazione, in *ciascun progettato ricorso* alla previsione penale: a) le *caratteristiche strumentali*, di protezione di un bene giuridico certo e adeguatamente pesante b) la relazione delle caratteristiche strumentali con le (meglio: la *necessaria prevalenza delle caratteristiche strumentali* sul-

sopportabile *legge di Hume* che ci impedisce di far dialogare norme e realtà, fatti e valori».

⁶⁶ «[I]l diritto non è una scienza della natura, dato che il suo oggetto si situa tra la nuda realtà e il regno dei valori puri»: J.L. GUZMÁN DALBORA, *Sul significato intrinseco e sul valore attuale della teoria del bene giuridico nell’opera di Birnbaum*, cit., 390-391.

⁶⁷ In generale, sull’argomento, la vasta indagine di S. BOCCALATTE, *La motivazione della legge. Profili teorici e giurisprudenziali*, Padova, 2008; nel nostro settore, tornando su precedenti contributi, M. DONINI, *Democrazia e scienza penale nell’Italia di oggi: un rapporto possibile?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 1083-1085: anche senza essere «una panacea», «poiché quasi tutto si può motivare, volendo», la motivazione della legge implementa la «riserva di legge in senso sostanziale», rendendo possibile un’«attuazione dei percorsi della ragione pubblica secondo parametri noti e *steps* tracciabili e controllabili».

le) caratteristiche simboliche c) gli eventuali *aspetti patologici di simbolismo* d) gli eventuali *aspetti fisiologici e positivi di simbolismo*.

Per palesare i due riferimenti all'eventualità *sub c)* e *d)*: *esclusa* l'ipotizzabilità di un caso 1) di disposizioni penali dove la simbolica sia *assente* (v. in particolare sull'ontologia del simbolismo il primo paragrafo di questo capitolo ma, si potrebbe dire, l'intera trama argomentativa del presente lavoro), restano come *teoricamente e storicamente* prospettabili le tre situazioni⁶⁸ in cui, nell'ambito di una data disposizione, 2) figurino aspetti *esclusivamente fisiologici* di simbolismo 3) figurino aspetti *solo patologici* di simbolismo 4) figurino aspetti *al contempo patologici e fisiologici* di simbolismo.

In una chiave di lettura confinante, se è vero che (non solo il rapporto hassemeriano fra *Tatbestand* e *Sachverhalt* ma) tutta la materia penale è, *circolarmente*, gioco di convivenze ed equilibri⁶⁹, i problemi iniziano, nel nostro caso, quando il simbolico, da quotidiana *normalità*, diviene prepotente *egemonia*⁷⁰.

Ma il fatto che tali sconfinamenti egemonici appartengano a *passato, presente* e, va detto, *verosimile futuro* del diritto penale non significa che – *normativamente*, e non solo nelle rappresentazioni a volte candide dei giuristi – non possano immaginarsi, e implementarsi, le condi-

⁶⁸ Tre situazioni riconducibili in ogni caso a «due distinti concetti di simbolico», uno *cattivo* e uno evidentemente *positivo*, o *più positivo*: per il virgolettato K.-L. KUNZ, *Zur Symbolik des Strafrechts*, cit., 354, dichiarando di volersi occupare essenzialmente della seconda, meno studiata, forma di simbolismo (felicitemente, e quasi inevitabilmente, smentendosi e analizzando anche il più tradizionale e conosciuto – sempre però da *nomotizzare e monitorare* – cattivo simbolismo). A *due nozioni* di simbolico fa riferimento, in sostanza, anche M. CANCIO MELIÀ, «Diritto penale» del nemico?, cit., 70-71 rilevando come, *da una parte*, l'«interazione simbolica» rappresenti «l'essenza medesima del Diritto penale», *non solo* nella prospettiva del *labelling approach* o di costruzioni jakobsiane che concepiscono «quella del delitto e della pena come una sequenza di assunzioni di posizioni comunicative rispetto alla norma»; e come, *dall'altra*, del simbolismo si incontri una larga accezione critica, in relazione alla «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».

⁶⁹ *Non* di spericolati equilibrismi, comunque, perché i *principi* fungono da *rete di protezione*. Si tratta poi di un *gioco metaforicissimo*, visti i *beni coinvolti*...

⁷⁰ E. STRADELLA, *Recenti tendenze del diritto penale simbolico*, cit., 219: il simbolismo preoccupa quando «non si tratta di componente, bensì di elemento finalistico».

zioni per una corretta *determinazione di rispettivi spazi*, in vista della costruzione finale del miglior diritto penale (*mondanamente*) possibile.

Fra pessimismi e ottimismo penalistici, si dà anche la situazione spirituale (su cui sempre perfezionarsi...) di un *aperturismo vigile* (nel nostro caso, *anche* sulla fisiologia del simbolico).

4.2. Il bene giuridico: (discusso, non taumaturgico ma) insuperato paradigma assiologico-delimitativo. La rilevanza della sua priorità concettuale ai fini della distinzione (mobile) tra strumentale e simbolico

Come si è accennato poco sopra⁷¹, là dallo specifico punto di vista di «precomprensione e autocritica dottrinale», il *tòpos* del simbolismo finisce non di rado per *accorciare* una lettura del *Tatbestand* su (*reali o pretesi*) aspetti problematici: finendosi così per trascurare “antecedenti” verifiche, da considerare obbligate alla luce della perenne dialettica bene giuridico (o suoi “surrogati”?) / fatto tipico⁷² – *rectius*: fatto tipico / bene giuridico, la “primazia concettuale anticipata” del *Rechtsgut* po-

⁷¹ III.2, *sub c*).

⁷² Sulla realtà metodologica di una compenetrazione fra interesse protetto e fatto tipico, tale per cui la valutazione dell’interesse come criterio di interpretazione può venire in rilievo solo dopo che tale interesse sia stato enucleato alla stregua di una «previa» interpretazione della tipicità legislativa, mentre la presa d’atto preliminare dell’interesse tutelato conduce la mano dell’interprete nell’“affinare” nero su bianco un più rigoroso disvelamento dei significati normativi ovvero delle categorie normative della teoria del reato alle quali ricondurre le figure di reato di volta in volta in discussione, C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, V ed., Torino, 2016, 179-182; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, VII ed., cit., 135-136.

Nega invece la fecondità di una tale relazione dialettica, G. LICCI, *Figure del diritto penale. Il sistema italiano*, cit., 88: «Se [...] il bene giuridico è desumibile dall’enunciato normativo, ci si avvia verso un *circulus inextricabilis*, perché bisogna interpretare l’enunciato per stabilire quale bene giuridico la norma tuteli e poi, alla luce del significato del bene tutelato, (re)interpretare la fattispecie». Oltre a non vedere i presupposti di un groviglio insuperabile, o di una *petitio principii*, ma piuttosto quelli di un *perfezionamento osmotico dei contorni della penalità*, sottolineerei in ogni caso, con parole dello stesso a., la *fallacia costituzionale* della teorica alternativa: infatti, «se il bene tutelato fosse desumibile da indici extra-normativi, [...] si avrebbe un’eterointegrazione della norma penale che violerebbe il principio di legalità».

tendo risultare, si perdoni il fugace ritorno sul tema, frutto di comprensione precomprensiva... –.

E, infatti, avvalendosi sino in fondo di una fitta griglia di criteri ermeneutici, partendo dall'*interpretazione teleologica*, insieme alle “imparentate” forme dell'*interpretazione sistematica e storica*, e con il lume della *Costituzione* (la oggi diffusa negazione della tesi bricoliana circa la Costituzione come almeno implicita «fonte del bene giuridico»⁷³ non esclude, ovviamente, un peso argomentativo e politico-criminale della Carta fondamentale quantomeno come criterio *fra i* criteri, se non – meglio – criterio *dei* criteri), ecco che si realizzerebbero le condizioni per, eventualmente, ricavare la *consistente sussistenza* di componenti strumentali – *id est*: il direzionarsi della protezione nei confronti di oggetti giuridici non arbitrari e impalpabili, ma tangibili e anzi al centro del patto civile – di fronte al cui primato le componenti simboliche “scalerebbero” automaticamente di posizione, divenendo al tempo stesso più accettabili e funzionali a un'implementazione sociale del (la sensibilità nei confronti del) disvalore sotteso all'incriminazione (incriminazione che già comunque deve “originariamente” radicarsi nella società: diritto penale *non facit saltus*)⁷⁴.

Sul bene giuridico potrebbero però farsi, ed è corretto non sottacerle, diverse annotazioni critiche: concetto sostituibile con quello di diritti

⁷³ La locuzione in C.E. PALIERO, *L'agorà e il palazzo. Quale legittimazione per il diritto penale?*, cit., 103. Su «splendore e crisi» della teoria costituzionalmente orientata del bene giuridico, le riletture di V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, cit., 41-127, spec. 41-74 (l'espressione virgolettata riprende il titolo del capitolo); e di G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, cit., 61-69. Nel laboratorio della selettività del bene giuridico costituzionale, vale la pena riprendere F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., 140-141, 152-214, pur già qui con l'avvertenza (157) che «il testo costituzionale non è né una tavola logaritmica che consenta sveltamente di trovare soluzioni e risultati, né un *deus ex machina* che conduca per mano all'epilogo desiderato»; ID., *Beni costituzionali e criteri orientativi sull'area dell'illecito penale*, in A.M. STILE (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, Napoli, 1985, 57-130.

⁷⁴ L'inedito brocardo in C.E. PALIERO, «Minima non curat praetor». *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, cit., 149, riferendosi a Lackner.

fondamentali, rimpiazzabile invece con l'*harm principle*, in *deficit* rispetto a una o più delle sue funzioni – critica, dogmatica, ermeneutica –, esaurito dopo la stagione vivissima del costituzionalismo penale, piegato dai suoi utilizzi plurioffensivisti, dal farsi strada di concezioni metodologiche o dalle logiche degli interessi diffusi, dei beni ad ampio spettro e della tutela di funzioni, vichianamente tornato a livelli “espansivi” à la Birnbaum...

Anche quando non si arriva a un aperto scetticismo⁷⁵, si preferisce nel più recente (e autorevole) panorama dottrinale esprimere un'*epochè*: «[l']astro del bene giuridico come bussola della navigazione in acque penalistiche, se non al suo tramonto, certo è in fase di eclissi»: *non* ritenendosi «di negare un suo perdurante ruolo di orientamento sia del Formante legislativo che di quello giurisprudenziale, per lo meno nei territori centrali dell'Impero penalistico», *tuttavia* ci si dichiara perplesso sulle sue potenzialità rispetto ai confini dell'Impero (l'allusione, evidentemente, è ai vasti territori della legislazione *extra moenia codicis*): «è *proprio qui* che lo strumento – se davvero selettivo – dovrebbe giocare il suo ruolo principale: *se serve*, è *proprio qui* che serve!»; suggerendosi: «se se ne vuole uscire, e non sono ancora disponibili strumenti

⁷⁵ Per una raffinata silloge di obiezioni al concetto di bene giuridico, G. ZUCALÀ, *Due questioni attuali sul bene giuridico: la pretesa dimensione «critica» del bene e la pretesa necessaria offesa ad un bene*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, cit., 791-834 (a ripresa di precedenti contributi: v. per es. ID., *Sul preteso principio di necessaria offensività del reato*, in *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, III, Milano, 1984, 1687-1706). Sulle «immense opportunità» che ha il legislatore di elevare qualsiasi oggetto a bene penalmente protetto (magari, nella forma «in campo anticipato» del pericolo astratto), insinuandosi nelle pieghe della paura e più in generale dell'irrazionale (motori, come abbiamo visto sopra, II.6, del *peggior simbolico*), K. LÜDERSEN, *Über das Irrationale im Strafrecht*, cit., 326-327. Al propagarsi di uno scetticismo intorno al bene giuridico fa richiamo R. BLOY, *Symbolik im Strafrecht*, cit., 59, significativamente peraltro iniziando la propria trattazione sulla simbolica penalistica ricordando come, in una «classica formulazione» (dall'a. non disattesa), «compito del diritto penale» sia «la tutela di beni giuridici». Sembrano dunque ben lontani, anche se non sono trascorsi ancora sette lustri, i tempi in cui G. MARINUCCI, *Relazione di sintesi*, in A.M. STILE (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, cit., 331 poteva affermare: «credo che si possa registrare una pace passabile intorno al bene giuridico come istanza “critica” (non importa come fondata) della legislazione penale: una pace stipulata persino dai suoi più recenti acuti demolitori».

alternativi, occorre dire che nelle ‘zone grigie’ [...] bisogna cercare di affinare lo strumento disponibile, magari sfruttando la capacità ‘flessibilizzante’ dei *principi* quando si calano sul terreno delle *regole* sui “diritti controversi”»⁷⁶.

Se anche, azzarderei questa glossa, il ragionamento sull’eclisse dell’oggetto giuridico sia, in qualche misura, provocatorio ovvero da leggere ipertestualmente⁷⁷, cerco comunque di cogliere l’*input* a un affinamento del concetto, sulla base del presupposto – mi sento di condividere *Luís Greco* – che «i problemi, indiscutibilmente presenti, della dottrina del bene giuridico devono essere risolti nell’ambito di tale dottrina»⁷⁸.

⁷⁶ C.E. PALIERO, *La laicità penale alla sfida del “secolo delle paure”*, cit., 1184-1185; ID., *L’agorà e il palazzo. Quale legittimazione per il diritto penale?*, cit., 107: «Nel recente passato il paradigma costituzionale del bene giuridico ha svolto [...] una funzione, non tanto *limitativa* delle scelte di criminalizzazione operate dal legislatore, quanto piuttosto *limitata*».

⁷⁷ L’azzardo si riduce se si iscrive l’«ultimo Paliero» (anticipato comunque, per alcuni tratti, da C.E. PALIERO, *Metodologie de lege ferenda: per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*, cit., 522-524) nella complessiva produzione dell’autore, nel seno della quale – mi limito qui a riprendere ID., *Il principio di effettività del diritto penale*, cit., 449, 460-464, spec. 462-463 e *ivi* nt. 124 – «l’‘interesse qualificato’ omologato come “bene giuridico”» (e la retrostante «politica dei beni giuridici») occupa, certo non come *totem*-tutto-assorbente, un ruolo logicamente («ovviamente»: 452) primario, anche se per l’appunto non sovraordinato, all’interno in particolare della sequenza «meritevolezza di pena – sussidiarietà – effettività»: quale «‘nucleo forte’ della scelta di criminalizzare, base e oggetto delle successive valutazioni politico-criminali», ravvisandosi il «bene giuridico come ‘atomo’ del sistema di tutela», insieme al «“fatto” in tutte le sue funzioni politico-criminali» e al «*proceeding* ‘tipologico’ – secondo una logica “classificatoria” –, e quindi ‘frammentario’ proprio del legislatore penale»; specificandosi come il riferimento all’atomo sia da intendere «nel senso di nucleo della ‘materia’ di cui è composta la fattispecie penale (il Tatbestand): ‘invisibile’ (in quanto inespresso in fattispecie), ma diffuso e presente in tutti gli elementi della fattispecie stessa: se si vuole, espresso *impliciter*, ‘alluso’ da *ciascuno* e da *tutti* gli elementi costitutivi».

⁷⁸ L. GRECO, *Lesione di un diritto anziché lesione di un bene giuridico?*, in A. CAVALLIERE, C. LONGOBARDO, V. MASARONE, F. SCHIAFFO, A. SESSA (a cura di), *Politica criminale e cultura giuspenalistica*, cit., 328 il quale dunque (335), anche rispetto ad assunti del tipo «i beni giuridici possono essere inventati come le storie» (Volk) o «con un po’ di fantasia è sempre possibile formularne di nuovi» (Achenbach), invita a «lavo-

Confermare l'oggetto giuridico come metro del penalmente eligibile non mi pare del resto corrisponda a *horror vacui* (al «fascino discreto della conservazione»)⁷⁹, o a una forma di *sciovinismo continentale*; ovvero, più nello specifico, a un «riflesso condizionato disciplinare» in rapporto ai temi del danno e dell'offensività⁸⁰; o, ancora, a un colpo di coda rispetto a «una estenuazione, se non addirittura un esaurimento del dibattito in argomento»⁸¹.

rare sulla stessa dottrina del bene giuridico, cominciando a discutere delle regole relative alla legittimità, in assoluto, dell'introduzione di un bene giuridico collettivo». Vicina a questa sensibilità *realisticamente sussidiaria*, S. SWOBODA, *Die Lehre vom Rechtsgut und ihre Alternativen*, in *ZStW*, 2010, 24-50. Che quella del bene giuridico costituisca «crisi "resistibile"» è evidenziato da M. DONINI, «"Danno" e "offesa" nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell'"offense" di Joel Feinberg, cit., 1549, nt. 7 (v. anche 1592-1593 sull'esigenza di «rivitalizzazione» di un concetto che ha comunque molto ancora da offrire). Cfr. W. HASSEMER, *Perché punire è necessario. Difesa del diritto penale*, cit., 144: «Oggi l'idea di bene giuridico non è più una misura fissa per nessuno: per alcuni è una stella polare (e io sono tra questi), per altri è invece una fata morgana»; ID., *Welche Zukunft hat das Strafrecht?*, in G. DUTTGE, G. GEILEN, L. MEYER-GÖBNER, G. WARDA (a cura di), *Gedächtnisschrift für Ellen Schläpfer*, cit., 151-157: il bene giuridico quale «concetto con un futuro», entro le coordinate di personalismo, adeguatezza ai tempi, precisione e ricchezza contenutistica. Circa il bene giuridico come permanente cardine (*Angelpunkt*), in una politica criminale garantisticamente orientata al principio di proporzionalità, R. HEFENDEHL, *Mit langem Atem: Der Begriff des Rechtsguts. Oder: Was seit dem Erscheinen des Sammelbandes über die Rechtsgutstheorie geschah*, in *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 2007, 1-14. Sul fronte opposto, persino ostentamente negativo il recente articolo di C.-F. STUCKENBERG, *Rechtsgüterschutz als Grundvoraussetzung von Strafbarkeit?*, in *ZStW*, 2017, 349-362, ove si giudica il bene giuridico concetto costituzionalmente non vincolante, e perciò «labile sul piano teorico» e «inutile sul piano pratico».

⁷⁹ Anche se con specifico riferimento al principio di cui al titolo, C.F. GROSSO, *Il fascino discreto della conservazione (considerazioni in margine all'asserita crisi del principio di riserva di legge in materia penale)*, in *Criminalia*, 2011, 125-137.

⁸⁰ La prospettazione in G. FORTI, *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale*, cit., 290-291: «assai ingente», in relazione alla triade bene giuridico/danno/offensività, il «dispendio di affermazioni che mobilitano identità e fondamenti del diritto penale».

⁸¹ Ancora G. FORTI, *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale*, cit., 291, che a 337 scrive di «disagi annosissimi», attanaglianti l'idea di bene giuridico (v. anche 305). Ulteriori perplessità in ID., *Le tinte forti del dissenso nel tempo del-*

Proporrei di saggiare *consistenza e irrinunciabilità* della capacità di prestazione del bene giuridico alla luce di un metodo *negativo-ipotesico*

l'ipercomunicazione pulviscolare. Quale compito per il diritto penale?, cit., 1050, con l'emblematico titolo di paragrafo «Altri beni giuridici o “altro che bene giuridico”?»; 1051, richiamando «grandezze valoriali difficilmente contenibili nell'involucro dei “nostri” consueti beni giuridici»; 1057-1058: «se la categoria del bene giuridico cui la dottrina penalistica resta così affezionata (pur dichiarandone a ogni piè sospinto la profonda “crisi”) non riesce a dar conto di questi valori e delle sofferenze che il loro spre-gio produce nelle persone [il riferimento è alla dignità umana, compromessa dal nega-zionismo], forse sarebbe il caso di pensare a una sua dismissione o, quanto meno, a un sostanzioso *restyling* che passi attraverso un ulteriore sviluppo di quella lettura “situa-zionale”, strettamente connessa a una sana immissione di *realismo vittimologico*». I segni premonitori di una possibile crisi del bene (giuridico), o a seconda delle prospet-tive di una necessità di una sua robusta difesa, sono talvolta ravvisati già alle origini del *tòpos*, avvenendone la “scoperta” nella terza decade dell'ottocento e perciò «in un con-tesco storico-culturale [...] ormai impregnato più di romanticismo politico tendenzial-mente conservatore che non di filosofia liberale-individualista»: un *milieu* dunque, si rileva, tale da favorire una «valenza politico-ideologica polivalente, o quantomeno am-bigua», di quel concetto, che sarà poi accentuata dal «positivistico» affiancamento bin-dinghiano dell'aggettivo «giuridico» al sostantivo birnbaumiano «bene»; «teorici di orientamento sociale-solidaristico» consacreranno infine l'estensione nozionale a beni superindividuali: G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, cit., 53-56, il quale peraltro sottolinea (56-57) come, a onta di questa serie di processi, oggi il bene giuridi-co non possa essere accorciato su un'esclusiva dimensione «intra-sistemica» (*id est*, su una in ogni caso «non secondaria funzione interpretativa») ma risulti (anche al di là dell'affievolimento della teoria costituzionalmente orientata del bene giuridico, o di altre prospettive «sostanziali») ancora espressivo del messaggio «che la durezza delle leggi penali non è gratuita, ma serve comunque a preservare qualcosa di veramente utile, di così prezioso per la società da poter essere definito un “bene” che merita e necessita di essere protetto e conservato». Una conclusione, chioserei, forse proposta dall'a. come *consapevolmente minimalista* (vedremo nel seguito del testo che il bene giuridico può nel 2018 persistere nel significare qualcosa di più), ma in sé a sua volta non trascurabile. Specificando il profilo storico-attuale della nozione: senza dimenticar-si che, con Birnbaum, nel 1834, il bene (poi, bene giuridico) si sostituisce al feuerba-chiano diritto soggettivo «per l'asserita inidoneità di quest'ultimo a dettare *regole* in materie controverse ed eticamente condizionate quali, *in primis*, la *religione*» (C.E. PA-LIERO, *La laicità penale alla sfida del “secolo delle paure”*, cit., 1184, nt. 82), esso poi, nel corso dei decenni, pur con momenti bui (per tutti: il diritto penale e di polizia del sano sentimento del popolo), sarà fecondamente *riplasmato*, e in tali nuove vesti oggi lo conosciamo e, salvo rilievi problematici o radicalmente critici, per lo più apprezziamo.

proficuamente utilizzato in relazione a *diversi altri* momenti della costruzione penale.

Potrebbe dunque impiegarsi in riferimento al *Rechtsgut* il procedimento logico-giuridico di *eliminazione mentale*: già universalmente accettato per la verifica della *condicio sine qua non* nei reati commissivi; ovvero proposto per l'accertamento della costitutività valoriale, tipica e sanzionatoria del *dolo specifico*⁸²; o ancora per la determinazione ermeneutica di elementi «accidentali» quali le *circostanze del reato* che, anche se mentalmente messe fra parentesi, lascerebbero immutata la possibilità di applicazione del «reato-base»⁸³; e da ultimo come fattore concorrente a un'argomentazione circa la persistente proficuità della distinzione tra *concetti descrittivi* e *concetti normativi*⁸⁴.

Se noi dunque considerassimo auspicabile un effetto-*tabula rasa*, sopprimendo teoreticamente ovvero in via d'ipotesi il bene giuridico (salvo poi passare all'azione, come talvolta già avviene...), finiremmo per indebolire la ricostruzione della *fisionomia culturale e costituzionale* di un illecito vincolato *ex art. 25, co. 2*, come offensivo, sui presupposti della sua materialità e tipicità⁸⁵, *senza che* alla verosimile carenza

⁸² L. PICOTTI, *Il dolo specifico. Un'indagine sugli 'elementi finalistici' delle fattispecie penali*, cit., 550 su una «sottrazione» del fine specifico, che ne dimostri «quasi aritmeticamente» il peso condizionante nella definizione dell'oggetto giuridico specifico, ovvero nella fissazione quantitativa della risposta sanzionatoria.

⁸³ Ovvero del «titolo autonomo del reato»: A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, Padova, 2000, spec. 739-755 per le conseguenze che da quel metodo sono tradizionalmente ricavate (ma anche 774-775 per la proposta di un'inversione ricostruttiva: valenza «accessoria» di un dato elemento qualora, eliminando il reato con il quale risulta essere posto in correlazione, verrebbe a essere automaticamente privato di ogni concreta possibilità di applicazione).

⁸⁴ S. BONINI, *L'elemento normativo nella fattispecie penale*, cit., 201-205: a considerare l'uomo e l'altruità quali – *tout court* – «elementi della fattispecie», anziché classici esempi rispettivamente di elemento descrittivo e di elemento normativo, si forzerebbe un immiserimento dello statuto del *Tatbestand*, nei suoi profili oggettivi e soggettivi, e prima ancora un'operazione poco trasparente sul piano dei principi costituzionali. V. anche *supra*, I.4, a proposito di una sorta di eliminazione mentale del ruolo di contropotere critico della dottrina.

⁸⁵ Cfr. M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple nel diritto penale. Contributo allo studio del concorso apparente di norme*, cit., 221: «la funzione di tutela dei beni

di benefici euristici faccia da contraltare la scomparsa di rilevanti vizi concettuali.

Sotto il versante della trascendente, o pre-positiva⁸⁶ – o esogena⁸⁷, meta-ermeneutica⁸⁸, ideologica⁸⁹ – funzione *critico-selettiva*, all'individuazione di un bene giuridico «pregnante» e sicuro si è attribuito (non agli albori, con Birnbaum, ma nel corso dei decenni, con Binding, con Art. Rocco, con Bricola, con Roxin, e numerosi altri importanti studiosi, fino ai dubbi in via di espansione nel XXI secolo) un ruolo di *paradigma assiologico di contenimento* della sfera di previsione penale: a sua volta scomponibile in un livello più generale (o «negativo»), dove quella nozione indica una preclusione, per il legislatore e per l'interprete, a orientarsi verso schemi illiberali di ricostruzione dell'illecito penale (reato come «violazione di un dovere», come «sintomo di un atteggiamento interiore», come «pura immoralità»); e in un livello più specifico (o «positivo»), nell'ambito del quale il bene giuridico si candida a guida per scernere ciò che è legittimamente (su un piano formale e, di

giuridici, nelle sue forme base e nelle varie articolazioni sollecitate dalle modalità dell'anticipazione e della specializzazione, *non può prescindere, nel diritto penale, dall'indossare comunque gli abiti imposti dalla tipicità*. L'offesa ai beni giuridici deve pur sempre esprimersi in una modalità di lesione, per forgiare la quale è comunque necessario uno stampo che reca su di sé, ineluttabilmente impressa, l'icona di un fatto».

Sul *versante specifico* del bene giuridico come *canone ermeneutico*, si può poi osservare come, praticando la sua eliminazione mentale, l'interpretazione diverrebbe inavvertitamente e improvvisamente mutila, per l'essere orbata del "cursore" forse più fecondo nell'universo dei valori della vita degli uomini.

⁸⁶ Fra gli altri, G. FORTI, *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale*, cit., 294 e 295.

⁸⁷ C.E. PALIERO, *Oggettivismo e soggettivismo nel diritto penale italiano. Lezioni del corso di diritto penale progredito*, cit., 74: che «non equivale, cioè, alla mera riconferma dello *status quo* cristallizzato nel dettato dello *ius positum*» (72). Nell'ambito di un modello nozionale «endogeno» del bene giuridico, invece, «[l']unica *chance* di revisione del diritto positivo è nelle mani del soggetto che ne è anche fonte, ossia il legislatore, monopolista tanto della *produzione* quanto dell'*abrogazione* della legge penale» (73).

⁸⁸ Cioè, «di potenziale erosione ablativa della norma penale»: C.E. PALIERO, *L'agorà e il palazzo. Quale legittimazione per il diritto penale?*, cit., 103.

⁸⁹ La locuzione «funzione *ideologica* del bene giuridico» in C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 180.

più, sostanziale) tutelabile con la sanzione penale-«arma a doppio taglio» (proiettandosi anzi, con il “rinforzo” del parametro dimostrativo della ragionevolezza, *sub specie* di proporzionalità, che ne è sotto questo versante *ratio essendi*, a elemento del giudizio *politico* relativo allo stesso *quantum* della pena)⁹⁰.

Approfondendo, proprio con *Claus Roxin*: integrano l’idea di bene giuridico «tutti i presupposti di una convivenza pacifica, libera e conforme ai diritti umani», e pertanto non solo beni personalissimi o comunque individuali – sin troppo facile la rassegna – ma anche «beni giuridici della collettività, come ad esempio la giustizia o l’obbligo tributario; infatti, senza giurisprudenza e senza imposte non è possibile assicurare la convivenza in un’organizzazione statale».

Il bene giuridico, dunque, sempre con l’autore tedesco, come *contenuto*, ma anche come *limite*, se è vero che «la conformazione del diritto penale deve tener conto di due pericoli contrapposti», il primo risiedendo «in una tutela insufficiente da parte del diritto penale», il secondo «in una limitazione eccessiva della libertà civile, quale viene praticata soprattutto in Stati autoritari»: *ergo*, esigenza di «bilanciare la tutela mediante il diritto penale e la tutela dal diritto penale».

In questo senso, la «limitazione alla tutela di beni giuridici» risulta «a sua volta limitata»: in particolare, nel contesto di questa limpida impostazione, attraverso il principio di legalità e il principio di sussidiarietà⁹¹ (sarebbe del resto ingenuo riporre nel bene giuridico, come in qualsiasi altra categoria, *speranze liberal-garantistiche* financo *eccessive*)⁹².

⁹⁰ Riassumo la valenza critico-selettivo in parte con parole di G. FORTI, *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale*, cit., 291-292, autore pur dubbioso, come s’è visto, circa attualità e insostituibilità del bene giuridico. Sul ruolo delimitativo del bene giuridico v. anche L. GRECO, *Lesione di un diritto anziché lesione di un bene giuridico?*, cit., 327: il suo rigetto «incarna un cattivo miscuglio di positivismo, moralismo e conformismo che, in fin dei conti, identifica diritto e potere e contravviene al divieto di arbitrio, costitutivo per il diritto».

⁹¹ C. ROXIN, *Il fondamento politico-criminale delle dottrine generali del diritto penale*, in A. CAVALIERE, C. LONGOBARDO, V. MASARONE, F. SCHIAFFO, A. SESSA (a cura di), *Politica criminale e cultura giuspenalistica*, cit., 6, 8-11, 15. Similmente, per la nozione di bene giuridico come «l’interesse personale o sociale (bene individuale, collettivo o istituzionale) che la condotta tipica lede o mette in pericolo come effetto conseguente alla condotta stessa, distinto perciò dal disvalore dell’inosservanza in sé con-

siderata», M. DONINI, “Danno” e “offesa” nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell’“offense” di Joel Feinberg, cit., 1549, e 1553 sul nesso *extrema ratio*/tutela di un bene: «il diritto penale, se entra in gioco, deve intervenire nella forma della tutela dei beni»; nonché ID., *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, cit., 7 sulla caratterizzazione, innegabile anche quanto alla componente «legittimista» (ma rimediabile “legalitariamente e sussidiariamente”: v. testo), del bene giuridico come «“Grenzbegriff” (v. Liszt), fra dogmatica e politica criminale, suscettibile però di letture espansive» (v. anche 41: «Sotto il sedicente vessillo dell’offensività, [...] sono paradossalmente possibili interpretazioni estensive, se non analogiche»; e *ivi* l’indicazione del carattere frammentario del diritto penale e del divieto di analogia come dighe concettuali e operative). Ancora, ID., *Critica dell’antigiuridicità e collaudo processuale delle categorie. I bilanciamenti d’interessi dentro e oltre la giustificazione del reato*, cit., 717, nt. 57 sui «limiti di fattispecie e di riserva di legge spesso meno superabili» cui va incontro il principio di offensività, nel confronto con il principio di colpevolezza; cfr. anche 732 sul necessario posizionarsi del principio della tutela del bene giuridico «dentro a quello di legalità». Su *vocazione espansiva e contenibilità* del ricorso all’offensività, v. altresì L. EUSEBI, *L’insostenibile leggerezza del testo: la responsabilità perduta della progettazione politico-criminale*, cit., 1675, nt. 10 e 1683, nt. 18 e ID., *Nemmeno la Corte di giustizia dell’Unione europea può erigere il giudice a legislatore*, cit., 96: l’ammissione di «un potere giudiziario di *disapplicazione* delle norme vigenti in ambito penale, ove ritenute non consone alle esigenze preventive», come «una sorta di opposto *in malam partem* del giudizio di offensività». Per una concezione dell’offensività quale «principio fondamentale contiguo al principio di legalità (se non addirittura in esso incorporato)», G. FIANDACA, *Sulla giurisprudenza costituzionale in materia penale, tra principi e democrazia*, in *Cass. pen.*, 2017, 20. A una «convergenza» di bene giuridico in funzione limitativa e principio di sussidiarietà fa richiamo M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Art. 1-84, III ed., Milano, 2004, 305. Fini sviluppi circa una persistente preminenza dell’idea di offesa al bene giuridico, nella prospettiva di un rafforzamento del «disvalore di evento inteso *in senso sostanziale*» (da realizzare *de lege lata* e *de lege ferenda*), in M. MANTOVANI, *Contributo ad uno studio sul disvalore di azione nel sistema penale vigente*, cit., 123-142. Per una nozione di diritto penale quale «mezzo di risoluzione e prevenzione dei conflitti predisposto alla tutela di beni giuridici particolarmente vicini all’uomo e al suo comune sentire», A. BONDI, *Philosophieverbot. L’agonia del diritto penale moderno*, cit., 128. Sulla «quotazione dei beni giuridici in gioco, quale “punto di vista” decisivo per la definizione del giudizio di ragionevolezza», v. infine, a commento di Corte cost. 236/2016, fra gli altri, E. COTTU, *Giudizio di ragionevolezza e vaglio di proporzionalità della pena: verso un superamento del modello triadico?*, in *Dir. pen. e proc.*, 2017, 473-481, testualmente 478.

Prova troppo in ogni caso l'osservazione secondo cui la nozione di bene giuridico costituirebbe unicamente una «massima»⁹³, una massima per giunta attraversante una crisi deducibile dal *triplice disposto* diritto costituzionale/diritto comunitario/diritto penale (quest'ultimo, da menzionare – e da mettere in campo – sempre per ultimo, se è vero che lo *ius terribile trova*, nella società e nel diritto extrapenale, gli oggetti di protezione e poi li *seleziona*, e viceversa *non crea* le direttrici di intervento).

Venendo qui in discorso *non* una dissertazione generale sul bene giuridico, *ma solo* una riflessione in tema di *an* della sua attuale importanza e una sua finalizzazione all'esame del rapporto fra strumentale e simbolico⁹⁴, sarebbe un fuor d'opera dedicarsi nel dettaglio alle *performance* del concetto ulteriori rispetto alla sua valenza critica, forse quel-

⁹² M. DONINI, “Danno” e “offesa” nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell’“offense” di Joel Feinberg, cit., 1562 (v. anche 1564, nt. 36 e ID., *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, cit., 7: «Il bene giuridico da solo non basta ed è sbagliato chiedergli troppo»). Sull'erroneità dell'attribuzione di prestazioni supererogatorie all'uno o all'altro istituto, anche L. CORNACCHIA, *L'oggetto di tutela penale: appunti per una ipotesi ricostruttiva in chiave tomista*, cit., 106-107 (con particolare riguardo al principio di autonomia individuale). Sulla coercizione legale quale «problema aperto politicamente e razionalmente», e certamente non risolto attraverso il riferimento al bene giuridico, D. PULITANÒ, *Due approcci opposti sui rapporti fra Costituzione e CEDU in materia penale. Questioni lasciate aperte da Corte cost. n. 49/2015*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 2/2015, 320. Sull'interesse giuridico esclusivamente come «necessario punto di partenza», le premesse di I. SALVADORI, *I reati di possesso. Un'indagine dogmatica e politico-criminale in prospettiva storica e comparata*, Napoli, 2016, 377-382.

⁹³ Qualificazione motivata con il fatto che, «al cospetto delle sempre più complesse situazioni e rappresentazioni di vita, dei sempre più rapidi mutamenti sociali, essa lascia comunque al legislatore ampi margini di discrezionalità, anzi di arbitrio»: G. FORTI, *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale*, cit., 292, pur riconoscendo (293) i «rilevanti apporti che questa nozione innegabilmente ha recato e reca alla scienza penalistica».

⁹⁴ Se è vero poi che l'intelaiatura di un qualsiasi lavoro, se non ciascun passaggio, dovrebbe essere contrassegnata da originalità, pare che rispetto a un tema così frequentemente percorso come quello del bene giuridico l'onere di *sintesi* della letteratura e di *proposta* di una propria tesi (intendiamoci: propria ma collocabile in un panorama condiviso, non-isolata) sia persino *più accentuato*.

la che meritava più puntuale difesa in quanto considerata la più compromessa⁹⁵: e cioè le valenze *dogmatico-classificatoria*⁹⁶, ed *esegetico-ermeneutica*⁹⁷.

⁹⁵ Ampio quadro sul diffondersi di «“concezioni acritiche” (“formali”, o “sostanzialmente metodologiche”)), disponibili a ravvisare «un oggetto di tutela in ogni norma incriminatrice, con atteggiamento quasi contemplativo», in V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, cit., 16-19 (letteralmente 17-18), 25-39.

⁹⁶ Per un invito a “riscoprire” tale valenza del bene giuridico, insieme ad altre sue funzioni, e per così dire a dare a Birnbaum ciò che è di Birnbaum, J.L. GUZMÁN DALBORA, *Sul significato intrinseco e sul valore attuale della teoria del bene giuridico nell'opera di Birnbaum*, cit., 374: «L'aver identificato l'oggetto della tutela in beni, che alcuni decenni dopo riceveranno la qualificazione di beni giuridici, intersecando il suo contenuto con il problema della definizione filosofica del reato, rappresentò un triplice ed insospettato contributo. Primo, per la formazione di concetti e per l'organizzazione del sistema della dogmatica del diritto punitivo, quantunque l'idea in questione passasse per il momento inosservata e dovesse attendere l'avvento della Pandettistica per dispiegare le sue capacità analitiche di produrre risultati. In secondo luogo, la filosofia del diritto, ad opera del neokantismo, inserirà questo apporto nel catalogo delle nozioni *a priori* della conoscenza giuridica, come modalità del concetto fondamentale di oggetto del diritto. Infine, anche la politica del diritto [...] farà progressi nella sua missione di proiettare il diritto futuro a piegarsi alla necessità di proteggere soltanto beni giuridici».

Per la focalizzazione di altro aspetto dogmatico del bene giuridico C.E. PALIERO, *Oggettivismo e soggettivismo nel diritto penale italiano. Lezioni del corso di diritto penale progredito*, cit., 70: «nel sistema penale coesistono due 'logiche' di natura diversa: mentre nell'analisi strutturale delle fattispecie [...] si applica una logica di tipo *classificatorio* che consente di ordinare i reati secondo distinzioni incentrate su un rapporto *aut-aut* (un fatto è tipico o non lo è, un reato è doloso o non lo è, etc.); nella 'ponderazione' dei reati (cui pertiene il raffronto tra il disvalore complessivo dell'uno e dell'altro) si applica una logica di tipo *ordinatorio* che, viceversa, consente di ordinare i reati attraverso valutazioni incentrate sul rapporto *più-meno* (un reato è più o meno grave di un altro)»; in questa chiave, «la gravità del reato [...] dipende, nel nostro sistema, dal valore del bene giuridico tutelato».

E circa un ulteriore profilo, anch'esso peraltro, all'evidenza, estremamente significativo, G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2012, 372: «Uno sguardo storico retrospettivo consente di riconoscere che la teoria del bene giuridico viene legata a esigenze di uguaglianza sin dalla sua fondazione, che si fa risalire all'opera di Johann Birnbaum», in un passo ove la tutelabilità penale viene riferita a ogni «bene che deve essere garantito a tutti in egual misura attraverso la coercizione penale». A riguardo, un inciso in M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, cit., 304: «la natura oggettiva del bene, corre-

E tuttavia si consideri come la prospettiva di un ritorno al pre-Birnbaum o al pre-Binding avrebbe da confrontarsi con il vasto interesse scientifico che si è fin da subito e piuttosto costantemente nel tempo

lato sì agli interessi della persona umana, ma indipendente da un atto valorativo del singolo, diviene strumento di uguaglianza, escludendo la verifica della dannosità concreta della lesione del singolo bene (se avesse p.e. valore sociale la vita di *questo* uomo ucciso)».

Più ampiamente: se la dogmatica è interpretazione scientifica del diritto positivo al fine della sua migliore applicazione, di pari passo, e per così dire ontologicamente, risultando votata alla critica e allo sviluppo del diritto vigente, alla verifica di coerenza sistematica, alla chiarezza della trasmissione didattica – per tutti, L. MENGONI, *Dogmatica giuridica*, in *Enc. giur.*, vol. XII, Roma, 1989, 1-9; e, fra i penalisti, C. FIORE, *Ciò che è vivo e ciò che è morto nella dottrina finalistica. Il caso italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 380-394, spec. 393-394 – pare di poter dire che il bene giuridico costituisca strumento *polifunzionalmente idoneo* allo scopo.

Nella letteratura tedesca, per una bella tematizzazione del molto che vi è di stabile e del meno che scricchiola all'interno della (quasi) bisecolare edificazione del bene giuridico, v. da ult., sotto la lente del principio di determinatezza, B. VOGEL, *Zur Bedeutung des Rechtsguts für das Gebot strafgesetzlicher Bestimmtheit*, in *ZStW*, 2016, 139-172.

⁹⁷ C.E. PALIERO, *Oggettivismo e soggettivismo nel diritto penale italiano. Lezioni del corso di diritto penale progredito*, cit., 78. Vale la pena riportare anche la – plausibile – nozione di funzione interpretativa del bene giuridico riportata dall'autore, considerato che tale funzione interpretativa è stata... diversamente interpretata (così come si dà un'interpretazione dell'interpretazione, può ben assistersi, a monte, a difformi interpretazioni della funzione interpretativa). Si tratta dunque dell'impiego del bene giuridico come strumento per «classificare a fini sistematici il sotto-sistema di norme penali che contengono un riferimento al medesimo bene giuridico (nel caso, ad es., dei reati contro il patrimonio, proprio il bene “patrimonio” permette di riunire, in una cornice di sistema, le diverse fattispecie, codicistiche e non, che si propongono di tutelarlo, formulando regole ermeneutiche comuni e ricostruendo una visione unitaria di nozioni o concetti chiave, come il concetto di “possesso”, “sottrazione”, “appropriazione”, etc.)»; a ogni modo, segue nell'a. qualche *caveat* riguardo a un'«autoipoiesi dell'interpretazione del diritto positivo».

Per una sintesi circa le tre funzioni, M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, cit., 304: «Il bene giuridico svolge [...] una sicura funzione dogmatica, di ausilio alla ricognizione del sistema penale vigente; una funzione classificatoria, di guida al raggruppamento di reati in un ordine legale rappresentativo di una gerarchia di valori [...]; e una funzione interpretativa, di aiuto cioè, dall'esterno del reato, alla comprensione del significato della fattispecie astratta con riguardo al momento della dannosità sociale».

coagulato intorno alla costruzione del *Rechtsgut*: «costruzione» significativamente fatta di *più piani*, scomponibili nelle coordinate delle *funzioni* critica, sistematica ed esegetica e nella rigorosa tematizzazione dei corollari (e perfino dei relativi motivi di dissenso) derivanti da una *morfologia costituzionalizzante* delle opzioni di tutela.

Né potrebbe essere trascurata la *speciale autorevolezza* dei, sopra citati, «padri» del bene giuridico così come la bontà scientifica degli autori che hanno alimentato lo sviluppo della categoria (anche se, sul punto, potrebbe essere pure simmetricamente rimarcato il prestigio dei propugnatori dell'abbandono della categoria).

A riguardo, si noti che l'argomento dell'*auctoritas* non è mai, ovviamente, dirimente ma vien da chiedersi: oggi, a voler rimarcare l'idea di una rinunciabilità del bene giuridico, quegli autori, e intere generazioni di studiosi, sarebbero forse “da cestinare”⁹⁸?

Nella stessa didattica – ché la ricerca merita sempre di essere “pensata” nella chiave dell'insegnamento⁹⁹ – se noi ricusassimo il bene giuridico, tramanderemmo agli *attuali studenti e futuri magistrati, avvocati, operatori, ricercatori, legislatori* un sistema *depauperato* (sul piano *garantistico*, volendo sintetizzare così i profili selettivo, dogmatico ed ermeneutico di quell'elemento nozionale): non si tratta dunque di far risuonare nelle menti e nei cuori dei giovani una suadente melodia, ma di prepararli alla vita professionale *post lauream* dotandoli di uno strumento che potrà rappresentare per loro un faro.

Si aggiunga altresì – cartina al tornasole non marginale – che non solo a *lezione* ma anche nella verifica in sede di *esame di profitto* la categoria del bene giuridico, di regola, non è vissuta come astratta o enigmatica ma trova ascolto, recepimento e risposta sufficientemente pronta.

⁹⁸ Per la storia dogmatica del concetto, molto noto, e sempre molto apprezzabile, il volume di K. AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft. Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der „Sozialschädlichkeit“ des Verbrechens*, Frankfurt M., 1972.

⁹⁹ In generale, circa i riflessi sulle nuove proliferazioni di giuristi come ago della bilancia per prese di posizione scientifiche (oltre che didattiche), *supra*, I.4.

Alla luce di queste considerazioni, sorge il sospetto che il ripudio della nozione in discorso costituirebbe, nella scelta delle categorie concettuali, una forma di *regressione storica*: se rifiutiamo un concetto preesistente al legislatore *penale*, diviene lecito ipotizzare una *più lasca* penalizzabilità!

E rispetto alla replica che altri concetti dotati di analoga *preesistenza* potrebbero svolgere lo stesso ruolo delimitativo, ci limitiamo a dire che... attendiamo la dimostrazione (riguardo all'*harm principle*, anche relativamente alla sua trasponibilità nel sistema italiano, o in un altro sistema continentale, senza rischiare il rigetto del trapianto)¹⁰⁰!

Valga il vero: se si dimostrasse che la costruzione dell'oggetto giuridico è artificiosa e magari controproducente – in sostanza frutto di *abbaglio collettivo* nell'individuare e di *pigrizia mentale* nel coltivarla (una pigrizia a ben vedere «intercontinentale»)¹⁰¹ – né la pluralità di piani su cui è posta, né l'argomento dell'autorevolezza, né il riscontro che essa riceve nell'insegnamento e nella verifica della preparazione dello studente potrebbero considerarsi pertinenti.

E, peraltro, così come si ritiene possibile e auspicabile¹⁰² l'*abbandono* del diritto penale con «qualcosa di meglio, più intelligente e più

¹⁰⁰ M. DONINI, “Danno” e “offesa” nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell’“offense” di Joel Feinberg, cit., 1549: «benché si parli da tempo di crisi del bene giuridico o della sua capacità selettiva e vincolante per una politica criminale razionale, non è stato ancora trovato un paradigma alternativo realmente capace di sostituirlo e di valorizzarne le molteplici, importanti funzioni». In generale, sui rischi di rigetto, con un paragone arboreo che si unisce a quello hassemeriano sopra citato (III.2) in materia di precomprensione, A. CADOPPI, *Stile legislativo di common law e continentale a confronto: l'esempio dello stalking*, cit., 112: pretendere di trasporre istituti e norme da un sistema a un altro, senza porre le condizioni per una barbificazione, sarebbe come trapiantare senza accorgimenti un olivo salentino nella umida pianura padana.

¹⁰¹ Infatti, come rileva G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, cit., 57, la teoria del bene giuridico è dominante non solo nell'Europa continentale («con l'eccezione della Francia») ma anche in America latina.

¹⁰² Salvo perdere l'inquadramento in, chiamiamolo ancora così, «ius 17» e con esso la quotidiana pagnotta: ma è una nota facezia (cui in un'occasione convegnistica fece ricorso, per esempio, lo stesso attuale Presidente dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale, Sergio Seminara); aggiungerei che, per il bene del diritto penale, potremmo, forse, essere disposti a rinunciare all'uno e all'altra.

umano, del diritto penale stesso»¹⁰³ – prospettiva che appare nobile idealtipicamente prospettare, ma che... francamente neppure *per summa capita* vi è chi abbia saputo indicare... – così si potrà, come del resto è già stato fatto, certamente suggerire l'*abbandono* del bene giuridico, con l'onere però, insisto... di esibire una pregiata soluzione di rimpiazzo¹⁰⁴!

¹⁰³ F. MANTOVANI, *La «perenne crisi» e la «perenne vitalità» della pena. E la «crisi di solitudine» del diritto penale*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, cit., 1188, peraltro non credendo troppo a tale eventualità, come si deduce già dal titolo del paragrafo «La “crisi delle dottrine delle crisi” della pena e del diritto penale» (1187) e dalla presentazione, come alternativa a «qualcosa di meglio del diritto penale», di un «diritto penale migliore» (1188).

¹⁰⁴ Per una confutazione circa la possibilità di tornare al concetto fuerbachiano di diritto soggettivo L. GRECO, *Lesione di un diritto anziché lesione di un bene giuridico?*, cit., 328-338. Osserva l'autore come la dottrina della lesione di un diritto sia «animata dal medesimo spirito liberale della dottrina del bene giuridico», trattandosi perciò di «una disputa tra orientamenti di fondo convergenti», apparendo tuttavia la prima dottrina, sotto un profilo analitico, «inferiore alla dottrina del bene giuridico, sotto molti aspetti» (338). Si osserva invero, per esempio, come il fatto che la teoria del diritto soggettivo si presenti «meno accomodante nei confronti di interessi collettivi come quelli della “pace pubblica” o della “funzionalità del settore creditizio”, che in definitiva hanno condotto a un'ampia svalutazione della dottrina del bene giuridico», ne rappresenterebbe un punto di forza solo apparente, non potendosi comunque addivenire a un'«esclusione in blocco della tutela di interessi collettivi dal diritto penale» dal momento che «altrimenti, neppure le fattispecie penali contro la corruzione dei funzionari sarebbero legittimabili, il che rappresenta un esito assurdo, tanto più che i delitti di corruzione rientrano nel nucleo di ciò che dev'essere sottoposto a pena in una prospettiva liberale» (334). In relazione ad altri profili, diritto soggettivo e bene giuridico non potrebbero a ogni modo risultare né vincitori, né sconfitti: «la stessa debolezza che alcuni sostenitori della dottrina del bene giuridico hanno già rilevato in essa a proposito delle cosiddette condotte meramente immorali – e cioè che possono sempre richiamarsi conseguenze più o meno avventurose e lontane, attraverso cui anche la condotta più privata (ad es. il possesso di droga o di materiale pornografico) può essere qualificata come lesiva di un bene giuridico – inficerà anche la dottrina della lesione di un diritto» (337).

Per un confronto fra teoria europea del bene giuridico e *harm principle*, C. DE MAGLIE, *Il declino dell'‘harm principle’*, in A. CAVALIERE, C. LONGOBARDO, V. MASARONE, F. SCHIAFFO, A. SESSA (a cura di), *Politica criminale e cultura giuspenalistica*, cit., 433-446: l'autrice muove – è vero – dall'«imbarazzante» premessa circa una scarsa vincolatività della dottrina del bene giuridico, ma ritiene che la necessaria selezione della

sfera di tutelabilità penale possa discendere solo dalla valorizzazione di una fitta trama di disposti costituzionali, e non dall'importazione del "parente" angloamericano: infatti (testualmente 445-446), un'«ossessiva ricerca dell'“*harm*” intravisto [...] in ogni piega di stile di vita contrastante con la morale dominante, ha prodotto lo svilimento e l'annichilimento del principio del danno», potendosi in questo senso parlare (con Harcourt) di principio «crollato sotto il peso del suo successo» (dunque né il bene giuridico, né l'*harm principle* «riescono ad innalzare un muro che funga da barriera inattaccabile alle tendenze invasive che mirano a conquistare spazi per modelli di diritto penale illiberale»: EAD., *Punire le condotte immorali?*, cit., 952). Conclusioni simili in G. FIANDACA, *Il «bene giuridico» come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in A.M. STILE (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, cit., 46-56, che da tempo sottolinea i «limiti di rilevanza» del bene giuridico come criterio di penalizzazione, e l'esigenza quindi di assortirlo con le istanze della sussidiarietà, della meritevolezza di pena e dell'effettività; osservando tuttavia (v. ora ID., *Prima lezione di diritto penale*, cit., 70-77, letteralmente 70): «il linguaggio anglo-americano facente leva sul concetto di danno risulta a prima vista più comprensibile e meno astruso rispetto al più professorale linguaggio ancorato al tecnicistico concetto di “bene giuridico”. Ma questa maggiore semplicità e chiarezza non deve ingannare: [...] anche dietro la nozione di “danno ad altri” si celano questioni di una certa complessità (non ultimo, [...] sotto il profilo della possibilità di distinguere con nettezza tra ‘dannosità’ e semplice ‘immoralità’)». Anche in proiezione di un delicato tema di *pars specialis*, scrive G. AMARELLI, *La contiguità politico-mafiosa. Profili politico-criminali, dommatici ed applicativi*, cit., 156-162, testualmente 158 e 160, di «massimo di giustificazione possibile» a opzioni repressive, fino a una vera e propria «dittatura della maggioranza», come esiti legati a un'ipotetica adozione dell'*harm principle*. Segnala G. FORNASARI, *Offensività e postmodernità. Un binomio inconciliabile?*, dattiloscritto per la Relazione svolta al Convegno *I principi del diritto penale nella postmodernità* (Università Roma Tre, 10-11/11/2017), in corso di pubblicazione in *Riv. it. dir. proc. pen.*, come, quale che ne sia la versione, l'*harm principle* presenti un ulteriore *handicap* rispetto alla nozione continentale dell'offensività, ponendosi esclusivamente quale elemento di delimitazione in astratto dell'intervento penale, programmaticamente non giocando invece alcun ruolo quale strumento interpretativo delle norme vigenti. Ribaltando la tradizionale prospettiva, argomenta l'importazione del modello italiano di «offensività costituzionale» nel sistema giuridico inglese L. PASCULLI, «*Harm*», «*offence*» and «*offesa*» in *the English and the Italian criminal law. For a constitutionalisation of a unitary principle of harm in the English legal system, also as criterion of judicial interpretation*, in *Dir. pen. XXI sec.*, 2016, 302-349. Ampie analisi collettanee sull'*harm principle*, fra qualche ravvisata consonanza con il bene giuridico (e relative aperture), cautele, e chiusure più o meno nette, in G. FIANDACA, G. FRANCOLINI (a cura di), *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, Torino, 2008 (si veda anche, monograficamente, e con largo aperturismo, G. FRANCOLINI, *Abbandonare il*

bene giuridico? Una prospettiva procedurale per la legittimazione del diritto penale, Torino, 2014); e in A. CADOPPI (a cura di), *Laicità, valori e diritto penale. The Moral Limits of the Criminal Law. In ricordo di Joel Feinberg*, Milano, 2010.

Sulla tesi jakobsiana circa l'orientabilità della tutela penale alla vigenza in sé della norma, M. MANTOVANI, *Contributo ad uno studio sul disvalore di azione nel sistema penale vigente*, cit., 125, osservando come «– palesemente – in questa prospettiva il ruolo che ad essi [*id est*: ai beni giuridici] spetterà sarà quello di legittimare le scelte esistenti e non già quello di svolgere una funzione critica in direzione di quelle future». Cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Perdita di legittimazione del diritto penale?*, cit., 43: «tesi tautologica che il diritto penale tutela in fondo se stesso [e che] ne accentua a tal punto la “autoreferenzialità”, da far passare troppo in secondo piano il problema dei contenuti materiali della tutela e, perciò, della loro legittimità anche in termini di corrispondenza ai valori oggetto di reale consenso sociale»; G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, cit., 20-24, letteralmente 23: «Proprio perché ancor meno dimostrabile empiricamente rispetto alla prevenzione intimidatrice, la prevenzione generale positiva finisce per rivelarsi una teoria di stampo concettualistico-professorale, indifferente alle concrete e drammatiche realtà su cui la giustizia penale è chiamata a incidere»; ID., *Intorno a «scopi» e «funzioni» nel diritto penale*, in A. CASTALDO, V. DE FRANCESCO, M. DEL TUFO, S. MANACORDA, L. MONACO (a cura di), *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, cit., 117-124 su *Il funzionalismo estremistico di Guenther Jakobs*. Su «nucleo di scientificità» e «ideologia» in visuali (à la Luhmann e) à la Jakobs, M. PAVARINI, *Un arte abyecto. Ensayo sobre el gobierno de la penalidad*, cit., 76-78, 133-134. Sui “nessi” fra Luhmann e Jakobs, in particolare, C.E. PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, cit., 853-856. Per una sintetica rappresentazione globale del pensiero jakobsiano, L. CORNACCHIA, *Il sistema dell'imputazione penale di Günther Jakobs: concetti essenziali*, in G. JAKOBS, *Sistema dell'imputazione penale* (2012), trad. di L. Cornacchia, Napoli, 2017, IX-XLI (XII-XV in tema di prevenzione generale orientata alla conferma della vigenza della norma). E non si trascuri... l'originale: G. JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, II ed., Berlin, New York, 1991; ID., *Sistema dell'imputazione penale*, cit. Dialetticamente sulla prospettiva dei «programmi di tutela» (di recente, sintetizzata a ripresa di un precedente studio in G. DE FRANCESCO, *Crepuscolo di dogmi? Appunti sparsi su di una problematica 'moderna'*, cit., 9-10), L. EUSEBI, *L'insostenibile leggerezza del testo: la responsabilità perduta della progettazione politico-criminale*, cit., 1682-1683, nt. 18: l'autore ammette come «i beni giuridici necessitano, in effetti, di essere ricostruiti secondo un'impostazione *meno statica* rispetto a quella tradizionale, che sovente ha finito per concepirli come entità ideali aventi una loro sussistenza autonoma (in tal modo rendendoli, paradossalmente, moltiplicabili secondo le più svariate esigenze funzionali e, dunque, compromettendone la stessa attitudine selettiva degli oggetti di tutela)»; in questo senso, andrebbe piuttosto evidenziato «come l'offesa a quei beni si sostanzia pur sempre in una frattura di rapporti (o, se si vuole, di vincoli fiduciari) interpersonali e sociali, la

Ai citati utilizzi del “conservando” bene giuridico, si aggiunga – come prestazione se si vuole *più specifica*, ma che non sarebbe neppure sbagliato qualificare, all’opposto, come *più generale* (per la *trasversalità* delle funzioni in oggetto) – la “servibilità” di questa quasi bidentaria categoria ai fini della distinzione della funzione strumentale (e dunque di ciò che appartiene all’area dell’oggetto di protezione) dalla funzione simbolica (e dunque di ciò che è non-strumentale, ma proiettato a obiettivi di promozione teleologica e di moralizzazione stigmatizzante): distinzione *mobile*, come s’è visto¹⁰⁵, per le intersezioni fra le due funzioni, e che peraltro, come un po’ in tutto il lavoro si è cercato di motivare, merita – *garantisticamente*, e *sistematicamente* – di *essere confermata*; e questo mantenimento *passa (anche)* per il «vecchio, buon, sano, liberale» arnese del bene giuridico.

quale risulti di ostacolo al realizzarsi dei diritti fondamentali o di cittadinanza di uno o più individui». Con queste specifiche, la dottrina del bene giuridico continuerebbe a costituire «punto di riferimento» imprescindibile, perché più selettivo, a confronto di un concetto come gli stessi «programmi di tutela», foriero di uno «spazio penalistico di manovra» (legislativo e giurisprudenziale) giudicato eccessivo.

Più in generale, sulla debolezza dei “sostituti” del bene giuridico, M. DONINI, “Danno” e “offesa” nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell’“offense” di Joel Feinberg, cit., 1550: «Le concezioni “generali” alternative a quella della tutela dei beni (violazione di doveri, “scopo” dell’incriminazione, rafforzamento della fedeltà al diritto o della vigenza delle norme giuridiche, programmi di tutela etc.) sono oggi o per nulla alternative, ma complementari ad esso, ovvero prive di una elaborazione scientifica anche solo lontanamente confrontabile con la “dogmatica” del bene giuridico (in Italia, da Arturo Rocco in poi), se non screditate sul piano politico, oppure in ogni caso fortemente minoritarie»; non sbagliandosi, in definitiva, nel considerare «giuridicamente *prevalente*, anche se *non esclusivo*, il paradigma della tutela dei beni, perché forme di tutele alternative ad essa vanno riconosciute come *esistenti di fatto*, pur non meritando una valorizzazione che ne favorisca la generalizzazione» (v. a riguardo anche 1553, 1569-1570, 1589, nt. 107); ID., *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, cit., 42 su tali modelli alternativi al bene giuridico come «tutti segnati da un livello più basso di controllo scientifico e democratico, non garantendo altro che una spiegazione necessariamente (più) autoritaria, aristocratica e meno discorsiva».

¹⁰⁵ *Supra*, III.2, sub b).

Si badi, però: è esclusivamente una “chirurgica” «sotto-categorizzazione del bene»¹⁰⁶ – *id est*: l’individuazione di un oggetto giuridico *specifico e monoffensivo*¹⁰⁷ (non sembri un’endiadi, anche se è pur vero che la plurilesività spesso si appoggia su un bene giuridico *omnibus*, di categoria)¹⁰⁸ – a rappresentare ancora autentica «*condicio sine qua non* della criminalizzazione», «pietra angolare del sistema anche sotto il profilo politico-criminale»¹⁰⁹.

Giacché se invece si accogliesse una nozione categoriale di oggetto giuridico¹¹⁰, all’affermazione di un *bene-manifesto* si accompagnerebbe, fatalmente e *simbolicamente*, la costruzione legislativa di una *disposizione-manifesto* (e, a grappolo, l’*inventio* di una *norma-manifesto*)¹¹¹.

¹⁰⁶ M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple nel diritto penale. Contributo allo studio del concorso apparente di norme*, cit., 222.

¹⁰⁷ Si tratta dunque di superare il «simulacro della plurioffensività, vera e propria scappatoia che, moltiplicando – all’infinito, ove occorra – i beni reputati ricompresi nel fuoco della tutela di una determinata ipotesi criminosa, consente di individuare pressoché sempre un bene giuridico meritevole di protezione, per lo più in chiave di estensione dell’area penalmente rilevante»: R. BORSARI, *Diritto penale, creatività e co-disciplinarietà. Banci di prova dell’esperienza giudiziale*, cit., 70.

¹⁰⁸ In generale, per una critica alla plurioffensività, rinvierei a S. BONINI, *Doping e diritto penale*, cit., 157-158, 272-274, 300-302.

¹⁰⁹ Le due formulazioni in C.E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, cit., 449 e 452.

¹¹⁰ Categoria della cui spendibilità è lecito fortemente dubitare, oltre che per il motivo di seguito indicato nel testo, per il fatto di «non saper distinguere a sufficienza fra lesione e modalità di lesione»: così G. LICCI, *Figure del diritto penale. Il sistema italiano*, cit., 87.

¹¹¹ Circa *disposizione* come enunciato normativo oggetto dell’interpretazione e *norma* come classico «vocabolo multiuso» da meglio riferire però al risultato dell’interpretazione (con G. Zagrebelsky, «la disposizione è fonte della norma attraverso l’interpretazione»), R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Milano, 2011, 3, 59, 63-74. Per riferimenti alla letteratura penalistica (fra gli altri: Ramacci, Fiandaca, Di Giovine, Donini), che oggi maggiormente tematizza quella distinzione, potrei rinviare a S. BONINI, *L’elemento normativo nella fattispecie penale. Questioni sistematiche e costituzionali*, cit., 305-306, nt. 99.

4.3. *La primazia di una strumentalità specifica ed effettiva, in un diritto penale che aspira a non apparire*

«[I]l diritto penale è un diritto che aspira a non essere *e, quando è, a non apparire*»¹¹²: l'icastica formulazione di *Tullio Padovani* ci torna utile per ragionare sulle condizioni necessarie ad assicurare, in ogni disciplinamento di parte speciale, l'*indispensabile prevalenza* di funzioni strumentali «specifiche» su funzioni simboliche «generali».

A costo di precisare l'ovvio: rilevare quell'aspirazione non significa aderire a *Popitz*, quando scrive di una «perfetta trasparenza dei comportamenti» come situazione disfunzionale al sistema della giustizia penale, in seno al quale una quota di criminalità nascosta rappresenterebbe anzi *benefico fattore di efficacia generalpreventivo-negativa* della pena¹¹³; né, per converso, quell'auspicio di una non-manifestazione potrebbe indicare la *fiducia in una scarsità di applicazioni* giurisprudenziali, dovuta a ottimale dispiegamento di forza dissuasiva delle previsioni legislative («effetto piazza pulita») ¹¹⁴: dovendo invece il “tramonto” (o il temporaneo “silenzio”) di una norma nel diritto vivente essere ricollegato a una serie di fattori, i *più vari* e i *più complessi*, e fra questi in primo luogo, oltre a un necessario periodo di *sedimentazione nella*

¹¹² T. PADOVANI, *Il confine conteso. Metamorfosi dei rapporti tra concussione e corruzione ed esigenze “improcrastinabili” di riforma*, cit., 1316 (corsivo aggiunto).

¹¹³ H. POPITZ, *Über die Präventivwirkung des Nichtwissens*, cit. (per richiami più puntuali all'autore tedesco *supra*, II.5.3).

¹¹⁴ Diversamente, con speciale riguardo all'assenza di applicazioni dell'art. 236-*bis* l. fallimentare a cinque anni dalla sua entrata in vigore, l'interpretazione (in parte, mi permetto di dire, irenica?) di E. JANNUZZI, A. REGI, *Il reato di falso in attestazioni e relazioni: un delitto fantasma?*, in www.penalecontemporaneo.it, 2017, 99-110, spec. 110: «L'introduzione dell'art. 236-*bis* l. fall., tanto criticata e tanto temuta, costituisce invero una dimostrazione dell'efficacia deterrente che in taluni casi può assumere la minaccia di una sanzione penale; non vi è dubbio infatti che i soggetti chiamati a rendere relazioni e attestazioni abbiano assunto una maggiore consapevolezza e un maggior rigore e pongano particolare attenzione alle conseguenze negative – anche sotto il profilo sociale – che potrebbero loro derivare dall'irrogazione di una condanna. Viene quindi da domandarsi se le riflessioni sulla funzione generalpreventiva del diritto penale, spesso tacciate come dissertazioni meramente teoriche tra i puristi della materia, non siano invece da rivalutare in una chiave di lettura più moderna e pragmatica».

coscienza applicativa (che può contribuire a spiegare l’iniziale “tacere” di una data norma), proprio l’*infelice tipicizzazione* legislativa.

Si tratta invece di considerare che, anche quando sussistenza di un “afferrabile” («unitario e coerente») bene giuridico, principio di proporzione, principio di sussidiarietà e principio di colpevolezza ne rendono necessario l’intervento¹¹⁵, il penale, pur – per l’appunto – già giudicato nella specifica materia *strettamente necessario*¹¹⁶, si accompagna all’*ulteriore stretta necessità* di essere meticolosamente affiancato da una calibrata sinergia di agenzie sociali «intermedie», in un’ottica *lato sensu* educativa, e di tecniche di controllo amministrativo, in chiave preventiva¹¹⁷; in questo senso, l’aspirazione a un «non apparire» della sanzione penale è legata, *da un lato*, alla «spontanea osservanza dei precetti col solo ministero della prevenzione generale dissuasiva e persuasiva»¹¹⁸ (come detto, anche senza poter confidare in un effetto terra bruciata); *dall’altro*, a un corretto innesco di altri *strumenti* che *strumentalmente* – la ripetizione non è *error calami* – *concorrono* insieme

¹¹⁵ Su questo nesso quaternario, e per l’aggettivazione virgolettata, M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple nel diritto penale. Contributo allo studio del concorso apparente di norme*, cit., 218-219, che scrive del resto (221) di «irreale architettura suggerita da un’astratta sistematica ispirata dai soli beni giuridici».

¹¹⁶ E, invece, il «diritto penale c.d. simbolico [...] 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»: C.E. PALIERO, *L’agorà e il palazzo. Quale legittimazione per il diritto penale?*, cit., 111.

¹¹⁷ Sul «*rapporto di proporzione inversa tra condotta antisociale e validi controlli sociali* (religiosi, morali, familiari, scolastici, associativi, amministrativi, giuridici extrapenalici e, poi, penali)», F. MANTOVANI, *Lo smembramento dei controlli sociali e i degenerativi aumenti e peggioramenti della criminalità e del diritto penale*, cit., 1168. Sulla crisi delle tecniche di soluzione sociale dei problemi, e relativa «*esternalizzazione*» al diritto penale e di polizia («dalla regolazione sociale alla regolazione giuridica, dalla regolazione giuridica alla regolazione penalistica»), W. HASSEMER, *Das Symbolische am symbolischen Strafrecht*, cit., 1006-1007, sottolineando tuttavia come si tratti di «*sostituzione nella migliore delle ipotesi incompleta*», difettando nel diritto statale, che formalizza ma anche complica, quelle caratteristiche di informalità, immediata riferibilità a gruppi, flessibilità che solidamente appartengono ai – rivitalizzandi – norme e controlli sociali.

¹¹⁸ Sono ancora parole di T. PADOVANI, *Il confine conteso. Metamorfosi dei rapporti tra concussione e corruzione ed esigenze “improcrastinabili” di riforma*, cit., 1316.

alla sanzione più temibile ad assicurare un'efficace prevenzione e tutela.

Si rifletta infatti su come «l'osservanza della norma non sia mai fine a se stessa, ma costituisca essa stessa un *mezzo* per il raggiungimento di scopi ulteriori, [...] di carattere *sociale*»¹¹⁹ (*per incidens*: il medesimo rapporto *mezzofine* non può non porsi anche fra la norma e il *bene giuridico*, selettivamente *sotteso* alla norma, ma anche *proiezione teleologica* di modalità di tutela sussidiarie ed effettive).

In altri termini, mai andrebbe scordata la lezione della criminologia (e della penalistica più sobriamente imbevuta di criminologia)¹²⁰ per la quale le sanzioni penali si inseriscono in un «sistema di norme sociali e di reazioni informali la cui influenza sulla conformità al diritto è forse maggiore delle variabili penali»¹²¹.

Con il linguaggio della dama (e con *Peter Noll*), verrà perciò in rilievo l'adozione di una strategia globale, *a più pedine*¹²²: il diritto penale, *da solo*, risolve poco o, *per essere esatti, nulla!*

In questo senso, non vi sono ragioni per non aderire all'idea di un'«ancillarità» del penale, «momento di passaggio» che «sistematicamente» si affianca a un più vasto arco di metodi di intervento *extrapenali* e in prima battuta anzi *pregiuridici*, dall'implementazione dei quali dipende in buona parte il conseguimento di scopi *costituzionalmente e socialmente apprezzabili*¹²³.

Si replicherà che questa visuale comporta i vizi tipici di ogni forma di partenariato, e *in primis* quello della *polverizzazione delle competen-*

¹¹⁹ C.E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, cit., 512.

¹²⁰ «Il diritto penale senza criminologia è cieco, la criminologia senza diritto penale è illimitata»: H.-H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, cit., 41.

¹²¹ C.E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, cit., 513, richiamando Schöch.

¹²² P. NOLL, *Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung*, in *ZStW*, 1980, 74.

¹²³ Per l'illustrazione di questa tesi (in relazione ad altri aspetti discussa come «estensiva»: *supra*, III.4.2), G. DE FRANCESCO, *Programmi di tutela e ruolo dell'intervento penale*, Torino, 2004.

ze¹²⁴ (e connessa polverizzazione delle responsabilità, paradossale minore tutela del bene, sino alla confusione istituzionale).

Ma, da un lato, si tratta *solo di rischi* (dei rischi di una *sovraesposizione dei rischi* ragioneremo in un successivo sottoparagrafo)¹²⁵; e, dall'altro, si tratta di rischi *che vale la pena affrontare*, perché comunque minusvalenti rispetto all'obiettivo di un *complessivo teleologismo ordinamentale* specificatamente incentrabile sulla *primazia di fondate aspettative strumentali* di tutela rispetto a *promesse essenzialmente simbolico-rassicuratrici*.

4.4. Schema politico-criminale di tipo gradualistico e rafforzamento della censura al simbolismo

Questo punto, concernente la patologia della simbolica penale, può essere svolto *per relationem*, e in particolare mediante rinvio all'intera analisi contenuta nella *pars destruens*.

Dopo aver premesso il primato dell'effettività su funzioni simboliche generali, come postulato caratteristico di uno Stato costituzionale di diritto, nel capitolo II ci siamo infatti occupati di qualificazioni del simbolismo penale, a partire dalle accezioni di «espressivo – dimostrativo», «emozionale – vendicativo», «moralizzatore – autoritario», e via (lungamente) proseguendo; abbiamo poi visto, tassonomicamente, le leggi simboliche «compromissorie», «pacificatorie», «apparenti», «alibi», ecc.; ci siamo concentrati sulla nozione di inganno (e autoinganno) come parola-simbolicamente-chiave; abbiamo individuato diverse modalità di manifestazione di un cattivo simbolismo nella materia penale; abbiamo sondato la differente tipologia di paura che induce a interventi simbolici nei rispettivi campi dei delitti naturali e dei delitti tecnici; abbiamo evidenziato i rapporti fra legislazione simbolica e giurisprudenza simbolica; abbiamo lavorato su una serie di binomi, dai quali si formano numerosi rivoli simbolici (simbolismo e magia dell'idioma

¹²⁴ Circa i possibili problemi, in termini di identificazione del sistema, legati all'insistere di più autorità sul medesimo ambito di tutela, *inter alios*, C. PIERGALLINI, *Depenalizzazione e riforma del sistema sanzionatorio nella materia degli alimenti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 1462.

¹²⁵ *Infra*, III.4.5.

penalistico, simbolismo e *fuzzy logic*, simbolismo e mezzi di comunicazione di massa, simbolismo e populismo, simbolismo e *Feindstrafrecht*, simbolismo ed *Economic Analysis of Law*).

Sul piano dei contenuti relativi alla «distruzione del simbolico», in questo sottoparagrafo, per evitare di essere inutilmente ripetitivi, non dobbiamo dunque aggiungere altro.

Se non è illusione – quando si parla di simbolica, come si ricordava poc’anzi, il disinganno è sempre dietro l’angolo... – vorrei allora solo esprimere la convinzione che l’inserimento della «simbolica patologica» all’interno di un modello *a più fasi*, e in specie una sua collocazione, quasi *a tenaglia*, fra una *serie di verifiche positive* – riguardanti il combinato disposto strumentalità/priorità dello strumentale sul simbolico, da un lato, e la simbolica fisiologica dall’altro – *anziché ridurre* l’impatto della ricostruzione critica, parrebbe in grado di *rafforzarlo*, per il divenire quella critica forse *meno pregiudiziale* e comunque più *radicata a livello di sistema*.

4.5. Il nucleo di accettabilità della prevenzione generale positiva e, con essa, della funzione simbolica

L’ultimo, eventuale, stadio di «strumentale *versus* simbolico» (ma è un *versus* che, come detto, mira a un, pur *tormentato, equilibrio*).

Scandaloso (o comunque pericoloso) tematizzare una simbolica *positiva e legittima*?

Che non sia così dovrebbe emergere dalle riflessioni contenute nei paragrafi che precedono.

Tende a rassicuraci sulla correttezza dell’operazione l’essere il simbolismo a) una *costante* penalistica b) il cui *respingimento* senza condizioni parrebbe *precomprensivo* c) e una costante legata all’*irriducibilità* del diritto penale *a numeri* e integrale formalizzazione; mentre poi, si aggiunga *in limine*, mi parrebbe eccessiva la prospettazione di rischi di «mitridatizzazione del pensiero critico»¹²⁶, dovuta alla «fallacia realistica che affligge buona parte della filosofia politica e giuridica, che

¹²⁶ L. FERRAJOLI, *Il «diritto penale del nemico» e la dissoluzione del diritto penale*, in *Quest. giust.*, 2006, 797-812, spec. 799 (in riferimento al tema, “imparentato” al penale simbolico – *supra*, II.8.5 – del penale del nemico).

scambia ciò che accade con ciò che è giusto o legittimo, politicamente e giuridicamente, che accada»: perché negare in partenza la *capacità culturale*, riconoscibile in un'ermeneutica mediamente accorta, di sceverare l'ontico e il deontico?

Se si condivide il richiamo, siamo dunque al gradino finale della nostra proposta quadripartita: proposta che, naturalmente, ha valore convenzionale; *ben vengano* formulazioni alternative, *a patto che* da una parte lascino intatta la *supremazia* di ciò che è *strumentale* e dall'altra *non affidino all'oblio* ciò che è sì *simbolico* ma *tollerabile* se non *salutabile con favore*.

Si ragioni, nel cuore della simbolica penale, sul concetto di prevenzione generale positiva ovvero sulle *sfumaturizzazioni – rectius*: sulle *autonome nozioni* – della prevenzione generale positiva¹²⁷.

Nell'“età dell'oro” dell'ermeneutica giuridica che stiamo vivendo, anche le finalità della minaccia penalistica vanno, infatti, interpretate, e come sempre è questione di proporzione.

Dunque: *le prevenzioni generali positive*.

Incontriamo sulla scena: a) tesi cibernetiche à la Kratzsch, orientate a un uso del diritto penale (più esattamente: del «diritto penale del pericolo astratto», o meglio ancora: del «diritto penale del rischio») quale sistema di governo e di organizzazione della complessità, ovvero di riduzione secca di sentimenti di allarme o anzi, con concetti dell'autore, di «gravi perturbamenti sociali»; in questa chiave, il diritto penale orienta (e intimidisce...) nella *forma più pervasiva*, come denotano già le relative parole-chiave «applicazione ottimale della norma» e «controllo del caso attraverso reazioni dinamiche»¹²⁸.

¹²⁷ M. VOB, *Symbolische Gesetzgebung*, cit., 105: «nella parola d'ordine [“*Schlagwort*”] prevenzione generale positiva vengono a riunirsi le più diverse concezioni».

¹²⁸ D. KRATZSCH, *Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht. Ansätze zur Reform des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs und der Regeln der Gesetzesanwendung*, Berlin, 1985. Su Welcker, (lontano) precursore di Kratzsch, H. MÜLLER-DIETZ, *Vom intellektuellen Verbrechenschaden – Eine nicht nur historische Reminiszenz –*, in *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1983, 481-496. Fa strame delle tesi di Kratzsch, F. D'ALESSANDRO, *Pericolo astratto e limiti-soglia. Le promesse non mantenute del diritto penale*, cit., 232-237; di modello teorico «fortemente invasivo della sfera delle libertà» scrive C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, 2010, 294-297, testualmente 296, sulla scia di C.E. PALIERO, *Consenso sociale e diritto*

Si noti anzi che, in rapporto alla “decisione” di questa posizione, l’interazionismo simbolico jakobsiano, già discusso sopra¹²⁹ ragionando di “alternative” al bene giuridico, e spauracchio polemicamente prediletto della dottrina internazionale (tale è infatti Jakobs non solo rispetto alla concezione prescrittiva del diritto penale del nemico, ma anche ai postulati in tema di imputazione e di prevenzione), sembra quello di un pulcino...

C’è poi b) la prevenzione generale mediante incertezza di Popitz, più volte in questo lavoro evocata¹³⁰: una forma censurabile sotto il ver-

penale, cit., 870; v. altresì, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Perdita di legittimazione del diritto penale?*, cit., 43-44. Su una *Steuerungsfunktion* penalistica, più in generale, C.E. PALIERO, *Metodologie de lege ferenda: per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*, cit., 524-525 circa la limitatezza di una teoria che punta «tutto sull’impatto psico-sociale di massa», e 540; ID., *La laicità penale alla sfida del “secolo delle paure”*, cit., 1183 e spec. 1189: «La pedagogia sociale, volta al ‘miglioramento dell’uomo’ esercitata, orwellianamente, con la minaccia penale [Anche con il terrorismo (punitivo)? Una volta optato per la *qualità* del mezzo, la *quantità* non è più negoziabile *a priori*]. A questa opzione dico *no*. Resto convinto, infatti, che contro una missione pedagogica, moralizzatrice, promozionale del benessere dell’individuo *anche malgré lui*, continui a valere l’anatema lanciato da raffinati studiosi (anche) di politica-criminale sul finire degli anni ’80: in uno Stato liberal-democratico non deve trovare cittadinanza un diritto penale che funga “da pioniere e da staffetta delle trasformazioni sociali”, svolgendo “il ruolo retribuzionistico di spartiacque tra il giusto e l’ingiusto”» (i virgolettati rispettivamente da Günther e da Marinucci). Sull’inammissibile orientarsi del diritto penale alla generica tutela di un «buon ordine», o del «progetto di mondo» (*Weltentwurf*) intaccato dal reato, nonché sulla «*petitio principii* di una concordanza della prassi penalistica con diffuse rappresentazioni di giustizia», rileggendo anche Baratta e la criminologia critica, K.-L. KUNZ, *Zur Symbolik des Strafrechts*, cit., 363, 365-367. Inoltre, sulla tendenza, propria di «paradigmi neo-generalpreventivi esclusivamente ancorati ai bisogni di orientamento della società», a «*standardizzare* le risposte punitive in direzione di una diffusa *uniformità*», L. MONACO, C.E. PALIERO, *Variazioni in tema di “crisi della sanzione”: la diaspora del sistema commisurativo*, cit., 423-424; al diverso problema del nesso “concretezza” della sanzione/orientamento culturale fa invece richiamo K. LÜDERSSEN, *Über das Irrationale im Strafrecht*, cit., 327-328: «La prevenzione generale positiva non mirerebbe a una deterrenza in chiave repressiva, ma a costruire una produttiva stabilizzazione di norme, non considerando tuttavia a sufficienza che una simile attività stabilizzatrice resta inefficace se si accontenta della semplice minaccia, senza che si pervenga alla condanna e alla relativa esecuzione».

¹²⁹ III.4.2.

¹³⁰ *Supra*, II.5.3, II.6 e III.4.3.

sante *sia* di una corretta idea di prevenzione generale negativa, *sia* di una – lecita, *in quanto* delimitata (v. *sub d*) – prevenzione generale positiva.

Assistiamo, ancora, c) all’«effetto “eco” delle tendenze espansive irrazionali nel contesto europeo» (su cui, si sottolinea, poca influenza riesce a esercitare la riflessione accademica)¹³¹.

Ma c’è anche d) una generalprevenzione positiva in un’accezione – si perdoni il bisticcio di parole – *più... positiva*, che resta (legittimamente, mi pare) ambiziosa ma capace al tempo stesso di (doverosamente) trovare gli anticorpi per costringersi entro un *sicuro alveo costituzionale* (formato dalle idee-guida di sussidiarietà, meritevolezza di pena, offensività ed effettività, oltre che da principi sicuramente ormai dimostrativi come legalità e l’“ultimo, anche se non più freschissimo, arrivato” colpevolezza)¹³²: nello specifico, la previsione e l’applicazione di sanzioni penali potrebbe fungere da *enforcement* sul versante “valoriale” rispetto alla (purché a sua volta già *non terroristica*) prevenzione generale/deterrenza; e questo nella triplice chiave della *rassicura-*

¹³¹ E. MUSCO, *L’illusione penalistica*, cit., 170-171, preoccupato più in generale (169-171) da tendenze «promozionali» e «strumentali» (aggettivo, quest’ultimo, impiegato, all’evidenza, in un significato completamente differente dall’uso fattone nel nostro contributo): tendenze, si specifica, «incompatibili [...] con la funzione “costituzionale” del diritto penale». *En passant*: il rilievo sullo scarso influsso della dottrina costituisce un’ulteriore ragione di emersione di quella autocritica dottrinale su cui tanto abbiamo insistito *supra* [a partire da I.5, e poi in II.8.3, II.8.4, III.2 *sub c*) e *sub e*)], e di cui torneremo a dire poco sotto.

¹³² Per la distinzione tra forme di tabuizzazione/azione incentrata sull’inconscio degli individui da un lato e «corretto scopo di orientamento sociale, tipico, del resto, di ogni norma penale» dall’altro, A. MANNA, *Legislazione «simbolica» e diritto penale: a proposito del recente d.d.l. governativo, ormai definitivamente approvato, sugli stupefacenti*, cit., 223. Anche sul versante applicativo la generalprevenzione sembra mostrare *due anime*, una più estensiva, una più delimitatamente integratrice: uno spunto in M. DONINI, *Il diritto penale come etica pubblica*, cit., 71-72, nt. 37 ove, nell’osservare come la valenza simbolica del diritto penale trovi «espressione nelle diffuse concezioni del sistema penale e della pena in chiave di *prevenzione generale positiva*», si sottolinea (il virgolettato è già stato riportato *supra*, II.7, in tema di simbolismo giurisprudenziale) trattarsi di «funzione sociologica di cui la giurisprudenza penale è molto consapevole, nel bene e nel male» [l’aspetto più regolare e quello abnorme della funzione in oggetto sono richiamati anche nel testo corrispondente (26)].

zione circa la vigenza della norma, della manifestazione della *rilevanza* che l'ordinamento assegna a un particolare *bene giuridico*, e persino di un vero e proprio *orientamento culturale* e ideologico¹³³ (con il *caveat*, a quest'ultimo riguardo, intorno al *necessario coinvolgimento* di una variegata schiera di *corpi sociali intermedi* come *prima ratio* educativa, o promozionale).

Rischi di *slippery slope* ovvero, nel caso *de quo*, di passaggio da forme *soft* – quelle sub d) – a forme *hard* di prevenzione generale positiva – quelle indicate sub a), b) e c)¹³⁴?

¹³³ Su questi “momenti” della generalprevenzione positiva, E. STRADELLA, *Recenti tendenze del diritto penale simbolico*, cit., 204. Nota M. DONINI, *Il progetto 2015 della Commissione Caselli. Sicurezza alimentare e salute pubblica nelle linee di politica criminale della riforma dei reati agroalimentari*, cit., 209, con una considerazione che pare andare al di là del campo della sicurezza alimentare, come spesso solo il diritto penale possiede «la *forza generalpreventiva necessaria*» (*scilicet*: sul piano della prevenzione generale negativa e positiva); ciò «peraltro non sarebbe sufficiente per un intervento penalistico, che non deve certo limitarsi a esprimere un'etica pubblica che non sia ancora consolidata nella coscienza sociale».

¹³⁴ Sulla complessità dell'idea di generalprevenzione positiva (anche se per lo più si tratta di – significative – articolazioni delle accezioni cui s'è fatto richiamo nel testo), al punto che «chi cerchi di orientarvisi rischia di uscirne letteralmente con la mente confusa», V. DE FRANCESCO, *La prevenzione generale tra normatività ed empiria*, in A. CASTALDO, V. DE FRANCESCO, M. DEL TUFO, S. MANACORDA, L. MONACO (a cura di), *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, cit., 20-21: nel nome della prevenzione generale positiva «viene ristabilita e rinnovata la fiducia dei cittadini nell'ordinamento, preservata, sostenuta e rafforzata la coscienza giuridica della collettività, consolidata la fedeltà alla legge, ribadita e convalidata la vigenza delle singole norme e assecondata la loro interiorizzazione da parte dei consociati; ma si stabilizza anche la capacità orientativa dei modelli comportamentali contenuti nei comandi penali, si promuove l'educazione e l'assuefazione al rispetto delle prescrizioni normative, si favoriscono scelte comportamentali conformi al diritto e si agevola l'integrazione sociale; la [prevenzione generale positiva] è altresì un importante fattore di orientamento morale e socio-culturale, coopera alla coesione del sistema socio-politico, conferisce all'aggregazione sociale la sua propria identità collettiva, comporta un effetto satisfattorio nei confronti della vittima e appaga i bisogni di pena presenti nella comunità, concorrendo così all'elaborazione del conflitto nascente dal reato; e l'elencazione potrebbe continuare».

L'eventuale scivolosità del pendio di cui al testo si accentua, anche al di là del “cappello” della prevenzione generale positiva, osservando, con G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, cit., 4, la pluralità di significati che la punizione nella sua lunga storia ha assunto, indicando essa «un mezzo di repressione e/o prevenzione del cri-

L'argomento del pendio sdruciolevole non potrebbe certo dirsi peregrino. Mi sembra però che andrebbe oltre il segno, finendo per mettere in crisi l'intera vocazione del diritto penale non solo a proteggere (a *proteggere violentemente*)¹³⁵ ma anche a *proporzionare*¹³⁶, bilanciare, autolimitarsi, promuovere, sperimentare, prevenire:¹³⁷ perché negare *in radice*, sulla (s)fiducia, una *possibilità di proporzione*, teorica e pratica?

Lo si è del resto già accennato, ma va ora meglio argomentato e chiarito: ciò che merita di essere stigmatizzato è l'«assolutizzazione» della funzione simbolica¹³⁸, la sua elevazione a funzione esclusiva o comunque a fattore primario¹³⁹, l'instaurazione da parte di essa di una

mine; un'affermazione di giustizia; un mezzo per comunicare disapprovazione; un'espressione di sensibilità popolare; un fattore di educazione collettiva; una forma di esercizio del potere o uno strumento di dominio di classe».

¹³⁵ Meglio ancora, a monopolizzare l'uso della *vis maxima*: C.E. PALIERO, *L'agorà e il palazzo. Quale legittimazione per il diritto penale?*, cit., 96.

¹³⁶ G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, cit., 68 sulla proporzione come «principio basilico [...] di ogni ordinamento degno di questo nome, per cui ciascuna reazione sanzionatoria dello Stato deve risultare rigorosamente proporzionata all'obiettivo di tutela perseguito». Riprendendo un titolo di D. CASTRONUOVO, *Tranelli del linguaggio e "nullum crimen"*. *Il problema delle clausole generali nel diritto penale*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 2017, 1: «Come nelle mappe (...è questione di scala)».

¹³⁷ Cfr. M. DONINI, *La riforma della legislazione penale complementare: il suo significato «costituente» per la riforma del codice*, cit., 38 sul «punto di vista "pratico" per cui il diritto penale non ha un valore solo etico-simbolico, non concerne sole norme di cultura, ma esprime anche finalità di innovazione, di sperimentazione, a connotazione spiccatamente politica o preventiva».

¹³⁸ P. NOLL, *Symbolische Gesetzgebung*, cit., 350; G. FORNASARI, *Il concetto di economia pubblica nel diritto penale. Spunti esegetici e prospettive di riforma*, cit., 222; H. STEINERT, *Über symbolisches und instrumentelles Strafrecht*, cit., 105; A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, 2010, 113-114; J.-M. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, cit., 484.

¹³⁹ Cfr. W. HASSEMER, *Das Symbolische am symbolischen Strafrecht*, cit., 1016, che osserva la «mancanza di un confine qualitativamente determinabile tra un diritto penale "normale" e un diritto penale simbolico», ponendosi dunque la questione in termini non di «o/o», ma di «più/meno». Acuta illustrazione e spiegazione del fenomeno, da noi, in L. STORTONI, *Le nuove norme contro l'intolleranza: legge o proclama?*, cit., 14: «Il ruolo della legge penale non è mai esclusivamente quello di punire fatti che si ritengono offensivi di interessi giudicati meritevoli di tutela e che quindi si vogliono salvaguarda-

vera e propria «egemonia» con il verificarsi di «ipertrofie» simboliche e di esiziali «costi» strumentali¹⁴⁰, l'esercizio della funzione simbolica «in luogo» della funzione strumentale¹⁴¹, l'«ipersimbolismo», la funzione *solo* simbolica di alcuni (*forse* anche *troppi*) interventi penalistici¹⁴² – cui consegue una «perdita di equilibrio» fra componenti strumentali e componenti simboliche¹⁴³ – non invece il «normale» (*id est*, subordinato all'efficacia strumentale) e, quindi, almeno parzialmente, da «riabilitare» (o almeno da prendere sul serio¹⁴⁴, o da non tacere) vigore e significato simbolico di cui secondo la logica del *Nebeneffekt* è –

re da attacchi ed offese: a questo scopo primario si aggiunge sempre quello di veicolare messaggi che, in tal modo, vengono affidati alla particolare efficacia del prestigioso strumento. [...] A volte però [...] la finalità secondaria sovrachia quella principale con la conseguenza di spostare la valenza della previsione normativa dal piano precettivo a quello simbolico. Ed anche a questo riguardo diversi, e sovente compresenti, i significati e le ragioni profonde: dall'esigenza di una forte affermazione di principio di fronte all'incapacità di contrastare un fenomeno socio-criminale, alla volontà di manifestare una presa di posizione netta su di un problema di particolare contenuto ideologico e di pregnante significazione politica».

¹⁴⁰ M. NEVES, *Symbolische Konstitutionalisierung*, cit., 28. Al problema dell'assenza del «l'utile oltre il simbolico», fa richiamo G. INSOLERA, *Ordine pubblico e ordine democratico: le stagioni dell'emergenza*, in *Crit. dir.*, 2003, 22.

¹⁴¹ E. BLANKENBURG, *Über die Unwirksamkeit von Gesetzen*, cit., 44, rilevando come il significato simbolico possa essere così «importante» per il legislatore da indurlo a coniare o a mantenere una norma di comportamento senza curarsi di realizzare i presupposti per la sua efficacia; J.-M. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, cit., 484.

¹⁴² H. STEINERT, *Über symbolisches und instrumentelles Strafrecht*, cit., 105; J.C. MÜLLER, *Die Legitimation des Rechtes durch die Erfindung des symbolischen Rechtes*, cit., 90-91, per il quale solo, voltando pagina, la sagace costruzione di fattispecie «non-simboliche» potrebbe evitare la degradazione del penale a «illusione delle illusioni» («Illusion der Illusionen»).

¹⁴³ A. BARATTA, *Funzioni strumentali e funzioni simboliche del diritto penale. Lineamenti di una teoria del bene giuridico*, cit., 47; R. HEGENBARTH, *Symbolische und instrumentelle Funktionen moderner Gesetze*, cit., 201, critico nei confronti della definizione del compito delle leggi «in via alternativa» e tale da rendere non comprensibile, nel singolo caso, quale scopo, strumentale o simbolico, abbia concretamente il sopravvento («die Oberhand»).

¹⁴⁴ H. STEINERT, *Über symbolisches und instrumentelles Strafrecht*, cit., 113.

sotto questo profilo davvero senza concorrenza (*konkurrenzlos*) – munito il *simbolicissimo* diritto penale¹⁴⁵.

Il *problema dell'equilibrio* è anzi probabilmente – così magari l'avranno vissuto alcuni pazienti lettori del presente lavoro – il *convitato di pietra* di ogni indagine su strumentale e simbolico.

A questo proposito, perciò, vorrei svolgere una riflessione che assuma come *keywords* da un lato *pendio scivoloso* e dall'altro la – sempre scomoda, e antipatica – *autocritica* (ancora più antipatica perché a meglio vedere qui non di vera autocritica si tratta, ma di *critica della critica*).

Non solo con impostazioni accademiche *à la* Kratzsch, ma in una frenetica attività legislativa e in “conseguenti” ermeneutiche giurisprudenziali¹⁴⁶, assistiamo oggi alla legittimazione di un fenomeno definibile come *diritto penale del rischio* (e al connesso problema del reato come rischio sociale)¹⁴⁷: con la recente sintesi tematica di *Vincenzo Militello*, una situazione in forza della quale il rischio non interviene più soltanto sul «contenuto» del diritto penale, ma implica già la “quotidiana” eventualità di vedersi applicare il diritto penale nell'esercizio della propria ordinaria attività (un'applicazione spesso “a sorpresa”, parafrasando l'autore): il rischio è così rapportato al soggetto del fatto di reato (l'autore) e non attiene più alle caratteristiche dell'offesa posta in essere (dunque a quelle della vittima)¹⁴⁸.

Simmetrica alla precedente, anche se certo *non altrettanto pregiudizievole*, è la disposizione, stavolta *tutta accademica*, a individuare frequenti *rischi nel diritto penale* (relativamente ad *an* e *quomodo* del suo intervento).

¹⁴⁵ Si potrebbe, del resto, mai usare il superlativo assoluto, o il superlativo relativo, per il diritto civile, o per il diritto amministrativo?

¹⁴⁶ Sul non automatico assecondamento di esasperazioni legislative da parte della giurisprudenza, v. peraltro *supra*, II.7, discutendo per l'appunto di «simbolismo giurisprudenziale».

¹⁴⁷ F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, cit.

¹⁴⁸ Cfr. V. MILITELLO, *Diritto penale del rischio e rischi del diritto penale fra scienza e società*, cit., 225 (brano cui si è già fatto richiamo *supra*, II.8.3, in materia di «simbolismo mediatico»).

Per intendersi: è, questa inclinazione, non solo meno pericolosa, ma anzi in buona misura *salutare*, corrispondendo essa alla cattiva coscienza del penalista e a un suo *infungibile* ruolo *storico* di «Grillo parlante» a vantaggio degli altri formanti (ovvero: a un ruolo di contropotere critico).

Tuttavia, anche profili opinabili in questa tendenza probabilmente non mancano.

Goffamente, potrei dire che, se anche non si tratti della propensione a ingigantire i rischi o, per l'appunto, i pendii scivolosi, non è peraltro infrequente che, per evidenziare ciò che è effettivamente *più critico*, si deprezzi ciò che nel penale, e nelle sue declinazioni, vi è di *meno critico* o addirittura, in condizioni *ottimali* (in condizioni cioè di *rispetto dei principi*), di *benefico*.

Con più eleganti parole di *Sergio Seminara*, potrebbe invece richiamarsi l'«obbligo» – si noti l'intenso termine, anche se letteralmente riferito alla prospettiva riformistica – «di non farci condizionare dalle esperienze del presente e del passato» (né, aggiungerei, dai rischi del futuro) ma di calarci piuttosto «entro gli schemi operativi di un “normale” sistema penale, in cui legislatore, giudice e interprete lavorino nella consapevolezza del proprio insostituibile ruolo»¹⁴⁹.

Al centro del “nostro” (in realtà, ubiquitario) tema della funzione simbolica, e in specie del piedistallo dato dalla prevenzione generale positiva: si osserva, oggi anche a livello di opere di carattere generale e di manuali¹⁵⁰, una crescente attitudine ad attribuire alla posizione delle norme penali un «diffuso effetto “pedagogico” di *accreditamento sociale dei valori tutelati* mediante la formale stigmatizzazione dei com-

¹⁴⁹ S. SEMINARA, *Appunti in tema di tentativo e di concorso di persone nel reato*, in C. DE MAGLIE, S. SEMINARA (a cura di), *La riforma del codice penale. La parte generale. Atti del Convegno (Pavia, 10-12/5/2001)*, Milano, 2002, 230.

¹⁵⁰ E cioè, all'interno di autentici *strumenti di travaso discorsivo* della *più aggiornata sensibilità* penalistica in *nuove generazioni di giuristi*, oltre che di generi letterari più globalmente mai trascurabili in un sistema penale quale *opera collettiva*. Cfr. G. MARINUCCI, *Il reato come 'azione'. Critica di un dogma*, Milano, 1971, 132, richiamando Radbruch.

portamenti criminosi, così da favorire l'astensione spontanea – motivata cioè per “interna” adesione – dai comportamenti inosservanti»¹⁵¹.

Già da tempo, del resto, la letteratura “specialista” degli scopi della pena si sofferma sulla «versione più moderna (e costruttiva) della prevenzione generale»: fornendo la prevenzione generale positiva, intesa «in senso *proprio*», «autorevoli indicazioni perché attraverso la condotta dei cittadini [i beni giuridici tutelati] possano trovare una *positiva* affermazione nella vita civile»; lasciando tale modello di prevenzione generale «nel contempo aperta la via perché la sanzione possa tenere ampio conto delle esigenze di risocializzazione del condannato»¹⁵².

Parafrasando *Giancarlo de Vero*, merita anzi insistere sul significato di potenziare le condizioni – di *dignità contenutistica del precetto*, e di

¹⁵¹ F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, cit., 18: l'illustre autore definisce «interessantissima» l'evoluzione della nuda prevenzione generale negativa in prevenzione generale positiva, pur segnalando i rischi di «un uso illiberale del diritto penale tendente a “forzare” le coscienze dei consociati», che si manifesterebbero quando il legislatore subisca «la tentazione di “approfittare” della particolare efficacia persuasiva della sanzione penale per agevolare in tal modo l'interiorizzazione di un valore che – se lasciato invece al dibattito pluralistico – avrebbe potuto anche affermarsi con caratteri ed intensità diversi». Chioserei: come si è detto nel testo, però, *la segnalazione di un rischio non implica attuale illegittimità*.

V. altresì D. PULITANÒ, *Diritto penale*, VII ed., cit., 52-53, anche sulle ascendenze carrariane (dei diversi aspetti) della prevenzione generale e così sintetizzandone, fondamentalmente senza peraltro revocarlo in dubbio, il *demier cri* (si sottolinea anzi come sia la teoria della prevenzione generale *negativa* a prospettare un «modello inquietante di società, governata dalla sola paura»): «Il diritto penale viene per così dire inserito in una più comprensiva teoria dell'educazione collettiva o socializzazione, piuttosto che delle cause o motivazioni individuali al delitto. [...] L'affermazione della generale validità di norme di comportamento, convalidata dall'inflizione della pena nei casi di trasgressione, contribuirebbe alla rimozione radicale degli impulsi ‘proibiti’, alla interiorizzazione dei valori legali in strati profondi della personalità, o quanto meno ad una abitudine all'osservanza delle leggi, che scarta in genere le alternative devianti senza nemmeno bisogno di riflessione cosciente».

¹⁵² L. EUSEBI, *La «nuova» retribuzione*, cit., 113-114. Che l'attenzione di *dogmatica, politica criminale e criminologia* si stesse portando dalle componenti negative a quelle positive della prevenzione generale era osservato, all'incirca negli stessi anni (precisamente, nel 1979), anche da H. MÜLLER-DIETZ, *Grundfragen des strafrechtlichen Sanktionensystems*, cit., 40; nei nostri tempi, quell'attenzione, fra eccessi e opportune sottolineature, non ha smarrito il suo punto focale.

chiarezza legislativa – capaci di esaltare l'effetto pedagogico-educativo del precetto stesso: le prospettive di *felice approdo* potranno a quel punto oscurare i *percorsi incerti* attraversati dalle formulazioni più manipolative (e dunque finanche illiberali) della, *indubbiamente camaleontica*, idea di generalprevenzione positiva¹⁵³.

Pensare di proibire al legislatore l'esercizio di una «comunicativa»¹⁵⁴ prevenzione generale positiva significherebbe d'altra parte ingaggiare una battaglia contro i mulini a vento, finendo per vedersi in quel modello solo un «potenziale simbolico d'inganno» e per dimenticare il «potenziale di cambiamento del mondo reale» – peraltro, non attuabile secondo una “semplice” logica causa/effetto – ovvero il potenziale di incidenza su una «anche complessa connessione spirituale di significati»¹⁵⁵.

Aggiungerei che, *mutatis (non multis) mutandis*, respingere *in toto* la prevenzione generale positiva in ragione dei suoi sconfinamenti equivarrebbe a ripudiare la (in Italia, costituzionalmente indicata!) finalità

¹⁵³ G. DE VERO, *L'incerto percorso e le prospettive di approdo dell'idea di prevenzione generale positiva*, cit., 439-452. Su questi profili, v. altresì Art. KAUFMANN, *Über den "Wesensgehalt" der Grund- und Menschenrechte*, in *Arch. f. Rechts- und Sozialphilosophie*, 1984, 397; M. VOß, *Symbolische Gesetzgebung*, cit., 76, 102-106, 115-118, 135-137; J.L. DíEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas*, Valencia, 1990, 163-169; ID., *Symbolisches Strafrecht und die Wirkungen der Strafe*, cit., 525; M. DETZNER, *Rückkehr zum "klassischen Strafrecht" und die Einführung einer Beweislastumkehr*, cit., 183; G. FORTI, *L'immane concretezza*, cit., 75; ID., *Le tinte forti del dissenso nel tempo dell'ipercomunicazione pulviscolare. Quale compito per il diritto penale?*, cit., 1046; R. BLOY, *Symbolik im Strafrecht*, cit., 68-73.

¹⁵⁴ In generale, sulla sempiterna istanza di «corretta informazione giuridica e strategia della comunicazione», M. DONINI, *Critica dell'antigiuridicità e collaudo processuale delle categorie. I bilanciamenti d'interessi dentro e oltre la giustificazione del reato*, cit., 726. Sottolinea anzi A. PAGLIARO, *Funzioni della pena criminale*, cit., 1848 e nt. 4, quale «particolare dottrina», come la prevenzione generale «positiva», o «allargata» (per precisazioni terminologiche, J.C. MÜLLER-TUCKFELD, *Integrationsprävention. Studien zu einer Theorie der gesellschaftlichen Funktion des Strafrechts*, cit., 7), si orienti «secondo le linee di una concezione democratica del diritto, grazie al rilievo di primo piano che essa assegna al comune sentire dei cittadini e, quindi, al loro consenso sul modo di gestire la cosa pubblica».

¹⁵⁵ In questo senso la stipulazione di R. BLOY, *Symbolik im Strafrecht*, cit., 61.

rieducativa, solo perché da quel ceppo teleologico possono germinare iper-effettive “redenzioni correzionaliste” à la Arancia meccanica¹⁵⁶ ...

Anche nell’ottica di un «notwendiges Ergänzungsverhältnis» (l’integrazione necessaria, problematizzata da *Martin Fincke*) fra parte generale e parte speciale¹⁵⁷: *Clivia von Dewitz*, in un’istruttiva monografia sul microsistema del codice penale tedesco gravitante «fra difesa dai pericoli neonazisti e diritto penale simbolico», esplicitamente *rigetta* due tradizionali rimproveri mossi alle leggi simboliche: la *mancaza di efficacia* da un lato, e l’*inganno dei destinatari* dall’altro.

Riguardo alla prima obiezione, si controplica che essa sembra muovere da un concetto «molto stretto» di efficacia, che guarda cioè all’immediato, concreto (e coercitivo) influsso sui comportamenti dei consociati.

Alla simbolica *penale*, invece, andrebbe riconosciuta una *diversa efficacia* (e una *diversa misurabilità*), che si traduce in «forza integratrice» (o «stabilizzatrice») e in «orientamento» (cautamente: «modifica»?) delle coscienze: una forza e una capacità orientativa che comunque, in una prospettiva di largo respiro, in ragione della «difficile separabilità» di strumentale e simbolico, non potrebbero dirsi antitetiche – ma *complementari* – rispetto all’istanza (*prioritaria*, a sua volta tuttavia *non esclusiva*) di «reale» focalizzazione su interessi meritevoli di tutela.

Riguardo al profilo (centrale, in un’accezione negativa di simbolico) dell’inganno – e autoinganno – dei consociati, esso si ha nel grado in cui – lo si è segnalato¹⁵⁸ – si introduca (o si inasprisca) una fattispecie incriminatrice non per intimidire il «destinatario naturale», e cioè il potenziale autore, ma per assicurare o, forse più correttamente, imbonire la *public opinion*.

¹⁵⁶ In argomento, C.E. PALIERO, *La giustizia indifferente. “Etica” e “caso” nel Kurbrick ‘criminalista’*, in *Criminalia*, 2013, 73-91.

¹⁵⁷ M. FINCKE, *Das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des Strafrechts*, Berlin, 1975, testualmente 31; v. altresì K. TIEDEMANN, *Zum Verhältnis von Allgemeinem und Besonderem Teil des Strafrechts*, in G. ARZT, G. FEZER, U. WEBER, E. SCHLÜCHTER, D. RÖSSNER (a cura di), *Festschrift für Jürgen Baumann zum 70. Geburtstag 22. Juni 1992*, Bielefeld, 1992, 7-20.

¹⁵⁸ *Amplius supra*, II.4.

La von Dewitz non nega tale problema generale di «duplicazione di destinatari e di messaggi» ma invita, mi pare, a non far coincidere la parte con il tutto, la patologia con la fisiologia, la simbolica negativa con la simbolica positiva: simbolica positiva, o «normale», che – evidenza l'autrice, in rapporto al settore di parte speciale trattato – si sostanzia in «dimostrazione» e «documentazione» di uno iato/«assunzione di responsabilità» nei confronti di un passato, che così lontano non appare se è vero che in Germania ribollono tendenze neonaziste...¹⁵⁹: in questo senso, aggiungerei, tornando dal «simbolico positivo» al (la valutazione di elementi eventualmente riconducibili al) simbolico negativo, il subsistema “anti pericoli nazisti” trova ancoraggio empirico-criminologico nella storia di 85 anni fa e nella storia recente, e in quanto tale va esente da censure in rapporto a esigenze di *tipizzazione laica ed empiricamente fondata*; anche Feuerbach approverebbe, in omaggio alla considerazione secondo cui «ciò che nessun giudice può provare non può essere oggetto della legge»: qui la base storica cui ancorare l'oggetto della prova processuale non potrebbe dirsi carente...

È possibile dunque «liberare» una *simbolica sana* dal marchio di una simbolica anche gravemente ammalata.

Con la consueta, folgorante capacità d'intuizione l'aveva indicato, nella nostra dottrina, *Cesare Pedrazzi*, muovendo dall'annotazione secondo cui «[se] la sanzione penale ha un carattere saliente, esso è, forse ancor più che non l'accentuato contenuto afflittivo, la spiccata risonanza sociale» (si aggiunga che, in questo senso, la predominanza concettuale e istituzionale della componente *sociale/simbolica* rispetto a quella di *costosità afflittiva* è andata incrementandosi: come già osservato sopra¹⁶⁰, in connessione alla «sequenza infranta»).

Nella faretra del legislatore, si trova dunque un «preziosissimo momento di forza» (cui ricorrere peraltro “selettivamente”, ammonisce fra le righe l'autore: alla stregua di un indispensabile requisito di ultima Thule che esclusivamente rende apprezzabili le – ammissibili solo se necessarie, *rectius: strettamente* necessarie – potenzialità della via penalistica, da intendere a questo punto come *via lunga*, e non più come

¹⁵⁹ C. VON DEWITZ, *NS-Gedankengut und Strafrecht*, cit., 268-271.

¹⁶⁰ III.1.

via breve): «proprio in virtù di tale risonanza, per cui la pena più di ogni altra sanzione colpisce l'intelletto e la fantasia dei consociati, l'ordinamento giuridico penale esplica una funzione primaria e insostituibile: di sanzionare *erga omnes* il codice dei valori su cui si fonda la convivenza sociale»¹⁶¹.

In questa chiave, il modello quadripartito qui proposto vorrebbe costituire un contributo alla razionalizzazione, teso a superare l'indistinto delle "mobili frontiere"¹⁶².

¹⁶¹ C. PEDRAZZI, *Ontologia fuori luogo (A proposito di una contravvenzione punita con la multa)*, cit., 353-354.

¹⁶² Avevo elaborato un simile schema di analisi del rapporto strumentale/simbolico, con una più specifica concretizzazione di parte speciale (ma minore attenzione a taluni nodi di parte generale), in S. BONINI, *La tutela penale dell'euro: quali aspetti simbolici? (in rapporto ai prioritari aspetti strumentali)*, in A. BERNARDI (a cura di), *La tutela dell'euro. Teoria e prassi. Atti del Convegno (Ferrara, 16/4/2004)*, Padova, 2005, 159-182.

BIBLIOGRAFIA

- ABBADESSA, Giorgio, *Uno sguardo sul "penale" nei quotidiani della prima Repubblica. Discutendo con G. Insolera*, in *Ind. pen.*, 2016, 932-936
- ACCINNI, Giovanni Paolo, *Civiltà giuridica della comunicazione*, Milano, 2017
- AINIS, Michele, *L'eclissi della legge*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, vol. I, Napoli, 2004, 25-40
- ALAGNA, Rocco, *Dialogo breve sulla tipicità penale*, in E.M. AMBROSETTI (a cura di), *Studi in onore di Mauro Ronco*, Torino, 2017, 3-17
- ALESSANDRI, Alberto, *Attività d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 534-572
- ALESSANDRI, Alberto, *Un esercizio di diritto penale simbolico: la c.d. tutela penale del risparmio*, in *Scritti per Federico Stella*, II, Napoli, 2007, 925-979
- ALESSANDRI, Alberto, *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, 2010
- AMARELLI, Giuseppe, *Legge penale e giudice: un vecchio rapporto alla ricerca di un nuovo equilibrio*, in *Cass. pen.*, 2014, 403-423
- AMARELLI, Giuseppe, *Il giudice ed il rispetto della legge penale in sede interpretativa. Obsolescenza apparente e attualità perenne del pensiero di Beccaria*, in E. PALOMBI (a cura di), *I diritti dell'uomo. Dei delitti e delle pene a 250 anni dalla pubblicazione*, Torino, 2016, 243-269
- AMARELLI, Giuseppe, *La contiguità politico-mafiosa. Profili politico-criminali, dommatici ed applicativi*, Roma, 2017
- AMARELLI, Giuseppe, *Prove di populismo penale: la proposta di inasprimento delle pene per lo scambio elettorale politico-mafioso. Osservazioni a margine dell'art. 1, comma 5, d.d.l. C. 4368*, in www.penalecontemporaneo.it, 2017, 1-11
- AMBROSETTI, Enrico Maria, *L'eterno ritorno del tipo d'autore nella recente legislazione e giurisprudenza penale*, in G. COCCO (a cura di), *Per un manifesto del neoilluminismo penale. Libertà individuali e principi penalistici. Libertà individuali e nuove morali di Stato. Il diritto penale economico in tempo di crisi. La questione dei reati associativi*, Milano, Padova, 2016, 81-91
- AMELUNG, Knut, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft. Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips*

- auf dogmengeschichtlicher Grundlage. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der „Sozialschädlichkeit“ des Verbrechens*, Frankfurt M., 1972
- AMELUNG, Knut, *Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung*, in *ZStW*, 1980, 19-72
- AMODIO, Ennio, *Estetica della giustizia penale. Prassi, media, fiction*, Milano, 2016
- ANASTASIA, Stefano, *Materialità del simbolico. I depositi del populismo penale nel continuum penitenziario*, in S. ANASTASIA, M. ANSELMINI, D. FALCINELLI, *Populismo penale: una prospettiva italiana*, Milano, 2015, 97-122
- ANGIONI, Francesco, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983
- ANGIONI, Francesco, *Beni costituzionali e criteri orientativi sull'area dell'illecito penale*, in A.M. STILE (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, Napoli, 1985, 57-130
- ANSELMINI, Manuel, *Populismo e populismi*, in S. ANASTASIA, M. ANSELMINI, D. FALCINELLI, *Populismo penale: una prospettiva italiana*, Milano, 2015, 1-19
- ANTONUCCI, Carolina, *Una prospettiva italiana del populismo penale*, in *St. sulla quest. crim.*, 3/2016, 77-80
- BACCO, Federico, *Il 'giurista penale': un intellettuale 'minore'?*, in *www.pena.lecontemporaneo.it*, 2013, 1-2
- BACCO, Federico, *Visioni 'a occhi chiusi': sguardi sul problema penale tra immaginazione, emozioni e senso di realtà*, in *Cardozo El. Law Bull.*, 2/2015, 1-29
- BAGNI, Silvia, NICOLINI, Matteo, PALICI DI SUNI, Elisabetta, PEGORARO, Lucio, PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, Antonino, SERIO, Mario (a cura di), *Giureconsulti e giudici. L'influsso dei professori sulle sentenze*, I, *Le prassi delle Corti e le teorie degli studiosi*, Torino, 2016
- BAGNI, Silvia, NICOLINI, Matteo, PALICI DI SUNI, Elisabetta, PEGORARO, Lucio, PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, Antonino, SERIO, Mario (a cura di), *Giureconsulti e giudici. L'influsso dei professori sulle sentenze*, II, *La dottrina nella giurisprudenza oltre i confini di spazio, giurisdizione e materia*, Torino, 2016
- BARATTA, Alessandro, *Funzioni strumentali e funzioni simboliche del diritto penale. Lineamenti di una teoria del bene giuridico*, in *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, II, *Saggi teorico-giuridici*, Milano, 1990, 19-49
- BARATTA, Alessandro, *Prefazione*, in S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, II ed., Napoli, 1997, XIII-XXVIII

- BARATTA, Alessandro, *La politica criminale e il diritto penale della Costituzione. Nuove riflessioni sul modello integrato delle scienze penali*, in S. CANESTRARI (a cura di), *Il diritto penale alla svolta di fine millennio. Atti del Convegno in ricordo di Franco Bricola (Bologna, 18-20 maggio 1995)*, Torino, 1998, 24-49
- BARATTA, Alessandro, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?*, in *Dem. e dir.*, 2000, II, 19-36
- BARBONI, Rita Maria, *L'altro piatto della bilancia: il ruolo della prevenzione situazionale all'interno della teoria dell'analisi economica del comportamento criminale*, in A. BONDI, G. MARRA, P. POLIDORI (a cura di), *Il prezzo del reato. La pena in una prospettiva interdisciplinare*, Torino, 2010, 229-255
- BARTOLI, Roberto, *Nella colonia penale di Franz Kafka. "Dann ist das Gericht zu Ende"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1590-1601
- BARTOLI, Roberto, *Lettera, precedente, scopo. Tre paradigmi interpretativi a confronto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1769-1800
- BERNARDI, Alessandro, *Populismo giudiziario? L'evoluzione della giurisprudenza penale sul kirpan*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 671-709
- BERNASCONI, Costanza, *Il reato ambientale. Tipicità, offensività, antigiuridicità, colpevolezza*, Pisa, 2008
- BERNASCONI, Costanza, *Il modello della tipicità umbratile nella recente legislazione penale*, in *Criminalia*, 2015, 417-434
- BERTOLINO, Marta, *Privato e pubblico nella rappresentazione mediatica del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 1070-1114
- BERTOLINO, Marta, *Giustizia narrata o giustizia tradita?*, in G. FORTI, C. MAZZUCATO, A. VISCONTI (a cura di) (con il Gruppo di Ricerca del Centro Studi "Federico Stella" sulla Giustizia penale e la Politica criminale), *Giustizia e letteratura*, I, Milano, 2012, 610-635
- BLANKENBURG, Erhard, *Über die Unwirksamkeit von Gesetzen*, in *Arch. f. Rechts- und Sozialphilosophie*, 1977, 31-58
- BLOY, René, *Symbolik im Strafrecht*, in G. FREUND, U. MURMANN, R. BLOY, W. PERRON (a cura di), *Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems. Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag*, Berlin, 2013, 59-79
- BOCCALATTE, Silvio, *La motivazione della legge. Profili teorici e giurisprudenziali*, Padova, 2008
- BONDI, Alessandro, *Philosophieverbot. L'agonia del diritto penale moderno*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Mari-*

- nucci, I, *Teoria del diritto penale, criminologia e politica criminale*, Milano, 2006, 99-137
- BONDI, Alessandro, *La ricchezza delle sanzioni*, in A. BONDI, G. MARRA, P. POLIDORI (a cura di), *Il prezzo del reato. La pena in una prospettiva interdisciplinare*, Torino, 2010, 103-130
- BONDI, Alessandro, *Governo e garanzie... e altri dualismi*, in *Ind. pen.*, 2017, 696-725
- BONDI, Alessandro, *Zero*, in A. CAVALIERE, C. LONGOBARDO, V. MASARONE, F. SCHIAFFO, A. SESSA (a cura di), *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, Napoli, 2017, 83-100
- BONDI, Alessandro, MARRA, Gabriele, POLIDORI, Paolo, *Introduzione*, in IID. (a cura di), *Il prezzo del reato. La pena in una prospettiva interdisciplinare*, Torino, 2010, 7-8
- BONFIGLIOLI, Antonio, *La responsabilità penale per contagio da virus HIV: profili oggettivi*, in S. CANESTRARI, G. FORNASARI (a cura di), *Nuove esigenze di tutela nell'ambito dei reati contro la persona*, Bologna, 2001, 39-97
- BONINI, Roberto, *Un «ordinato codice di leggi romane». Il giudizio degli illuministi italiani sulle Istituzioni di Giustiniano*, Bologna, 2001
- BONINI, Sergio, *Fattispecie «complementari» inutile «doppione» di norme penali più generali?*, in M. DONINI (a cura di), *Modelli ed esperienze di riforma del diritto penale complementare. Atti del Convegno (Modena, 14-15/12/2001)*, Milano, 2003, 267-276
- BONINI, Sergio, *Quali spazi per una funzione simbolica del diritto penale?*, in *Ind. pen.*, 2003, 491-534
- BONINI, Sergio, *Retorica, «simbolismo» e diritto penale: i possibili termini essenziali della problematica*, in G.A. FERRARI, M. MANZIN (a cura di), *La retorica fra scienza e professione legale. Questioni di metodo*, Milano, 2004, 343-353
- BONINI, Sergio, *La tutela penale dell'euro: quali aspetti simbolici? (in rapporto ai prioritari aspetti strumentali)*, in A. BERNARDI (a cura di), *La tutela dell'euro. Teoria e prassi. Atti del Convegno (Ferrara, 16/4/2004)*, Padova, 2005, 159-182
- BONINI, Sergio, *Doping e diritto penale*, Padova, 2006
- BONINI, Sergio, *Lotta alla criminalità organizzata e terroristica, garanzia dell'individuo, garanzia della collettività*, in *Cass. pen.*, 2009, 2216-2231
- BONINI, Sergio, *Doping (diritto penale)*, in *Enc. dir. Annali*, VII, Milano, 2014, 395-410

- BONINI, Sergio, *Riflettendo intorno al sistema penale come impresa collettiva*, in www.archiviopenale.it, 2/2015, 1-13
- BONINI, Sergio, *Funzione «strumentale» e funzione «simbolica» del diritto penale, fra discorsività «critica» e discorsività «dialogica»*, in www.pena.lecontemporaneo.it, 2016, 27-31 (dibattito su *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*)
- BONINI, Sergio, *L'elemento normativo nella fattispecie penale. Questioni sistematiche e costituzionali*, Napoli, 2016
- BORSARI, Riccardo, *Diritto penale, creatività e co-disciplinarietà. Banchi di prova dell'esperienza giudiziale*, Padova, 2013
- BRICOLA, Franco, *La riscoperta delle «pene private» nell'ottica del penalista* (1985), in ID., *Scritti di diritto penale*, a cura di S. CANESTRARI, A. MELCHIONDA, vol. I, *Dottrine generali. Teoria del reato e sistema sanzionatorio*, tomo II, *Dal 1973 al 1993*, Milano, 1997, 1557-1584
- BRICOLA, Franco, *Rapporti tra dommatica e politica criminale* (1988), in ID., *Scritti di diritto penale*, a cura di S. CANESTRARI, A. MELCHIONDA, vol. I, *Dottrine generali. Teoria del reato e sistema sanzionatorio*, tomo II, *Dal 1973 al 1993*, Milano, 1997, 1585-1623
- BRICOLA, Franco, *Le definizioni normative nell'esperienza dei codici penali contemporanei e nel progetto di legge delega italiano*, in A. CADOPPI (coord.), *Omnis definitio in iure periculosa? Il problema delle definizioni legali nel diritto penale*, Padova, 1996, 175-189
- BRUNELLI, David, *Paradossi e limiti della attuale realpolitik in materia penale*, in *Arch. pen.*, 2013, 381-387
- BRUNELLI, David, *Il disastro populistico*, in *Criminalia*, 2014, 254-274
- BRUNELLI, David, *Divagazioni sulle «dimensioni parallele» della responsabilità penale, tra ansie di giustizia, spinte moralistiche e colpevolezza normativa*, in www.penalecontemporaneo.it, 2016, 1-33
- CADOPPI, Alberto, *Cento anni di diritto penale comparato in Italia* (2000), in ID., *Tra storia e comparazione. Studi di diritto penale comparato*, Padova, 2014, 63-109
- CADOPPI, Alberto, *Pre-Art. 600-bis c.p.*, in ID. (a cura di), *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, IV ed., Padova, 2006, 35-72
- CADOPPI, Alberto (a cura di), *Laicità, valori e diritto penale. The Moral Limits of the Criminal Law. In ricordo di Joel Feinberg*, Milano, 2010
- CADOPPI, Alberto, *Stile legislativo di common law e continentale a confronto: l'esempio dello stalking*, in S. VINCIGUERRA, F. DASSANO (a cura di), *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, Napoli, 2010, 105-120

BIBLIOGRAFIA

- CADOPPI, Alberto, *Paternalismo e diritto penale: cenni introduttivi*, in *Criminalia*, 2011, 223-237
- CADOPPI, Alberto, *Simpatia, antipatia e diritto penale*, in O. DI GIOVINE (a cura di), *Diritto penale e neuroetica. Atti del Convegno (Foggia, 21-22/5/2012)*, Padova, 2013, 241-257
- CADOPPI, Alberto, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, II ed., Torino, 2014
- CADOPPI, Alberto, *Giurisprudenza e diritto penale*, in E.M. AMBROSETTI (a cura di), *Studi in onore di Mauro Ronco*, Torino, 2017, 33-62
- CALAMANDREI, Piero, *Fede nel diritto* (1940), a cura di S. CALAMANDREI, Roma, Bari, 2008
- CANCIO MELIÁ, Manuel, “Diritto penale” del nemico?, in M. DONINI, M. PAPA (a cura di), *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Milano, 2007, 65-103
- CANESTRARI, Stefano, *Dolo eventuale e colpa cosciente nei contesti a rischio di base «consentito»*, in M. RONCO, M. HELFER (a cura di), *I criteri d'imputazione soggettiva nel diritto penale dell'economia. Nuove tendenze in Italia e in Austria a confronto*, Milano, Padova, 2017, 15-45
- CAPUTO, Matteo, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Napoli, 2009
- CAPUTO, Matteo, *Colpevolezza della persona fisica e colpevolezza dell'ente nelle manovre sulla pena delle parti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 148-172
- CARBONNIER, Jean, *Flessibile diritto. Per una sociologia del diritto senza rigore* (1992), Milano, 1997
- CARNELUTTI, Francesco, *Meditazione sulla essenza della pena*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1955, 3-7
- CARRIERO, Maria Federica, *Lo statuto scientifico delle leggi di copertura. Un catalogo di criteri tra causalità ed epidemiologia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1087-1122
- CASTRONUOVO, Donato, *La colpa penale*, Milano, 2009
- CASTRONUOVO, Donato, *Clausole generali e diritto penale*, in A. CASTALDO, V. DE FRANCESCO, M. DEL TUFO, S. MANACORDA, L. MONACO (a cura di), *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, Napoli, 2013 (stampa 2014), 477-495
- CASTRONUOVO, Donato, *Le fonti della disciplina penale della sicurezza del lavoro: un sistema a più livelli*, in D. CASTRONUOVO, F. CURI, S. TORDINI CAGLI, V. TORRE, V. VALENTINI, *Diritto penale della sicurezza sul lavoro*, Bologna, 2016, 11-35

- CASTRONUOVO, Donato, *Tranelli del linguaggio e “nullum crimen”*. Il problema delle clausole generali nel diritto penale, in www.laegislazionepenale.eu, 2017, 1-58
- CATERINI, Mario, *La legalità penal-mediatica. La mercificazione del ‘prodotto’ politico-criminale tra vecchi e nuovi mezzi di comunicazione*, in E.R. ZAFFARONI, M. CATERINI (a cura di), *La sovranità mediatica. Una riflessione tra etica, diritto ed economia*, Padova, 2014, 151-173
- CATERINI, Mario, *In dubio interpretatio pro reo. Un onere motivazionale aggravato per arginare la creatività giudiziale*, in A. CAVALIERE, C. LONGOBARDO, V. MASARONE, F. SCHIAFFO, A. SESSA (a cura di), *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, Napoli, 2017, 507-519
- CAVALIERE, Antonio, *Paternalismo, diritto penale e principi costituzionali: profili di teoria generale*, in www.i-lex.it, 2013, 421-440
- CAVALIERE, Antonio, *Le nuove emergenze terroristiche: il difficile rapporto tra esigenze di tutela e garanzie individuali*, in R. WENIN, G. FORNASARI (a cura di), *Diritto penale e modernità. Le nuove sfide fra terrorismo, sviluppo tecnologico e garanzie fondamentali. Atti del Convegno (Trento, 2-3/10/2015)*, Napoli, 2017, 13-47
- CAVALIERE, Antonio, *Schizzo di un concetto costituzionalmente orientato di condotta in una sistematica teleologica del reato*, in A. CAVALIERE, C. LONGOBARDO, V. MASARONE, F. SCHIAFFO, A. SESSA (a cura di), *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, Napoli, 2017, 521-536
- CERETTI, Adolfo, *Alcune riflessioni criminologiche a margine dell’omicidio di Vasto*, in *Dir. pen. e proc.*, 2017, 565-570
- COCCO, Giovanni, *La punibilità quarto elemento del reato*, Milano, 2017
- CONSULICH, Federico, *La giustizia e il mercato. Miti e realtà di una tutela penale dell’investimento mobiliare*, Milano, 2010
- CONTI, Carlotta (a cura di), *Processo mediatico e processo penale. Per un’analisi critica dei casi più discussi da Cogne a Garlasco*, Milano, 2016
- CORNACCHIA, Luigi, *Placing Care*. Spunti in tema di paternalismo penale, in *Criminalia*, 2011, 239-274
- CORNACCHIA, Luigi, *Posizioni di garanzia nell’ambito della sicurezza agroalimentare*, in L. FOFFANI, A. DOVAL PAIS, D. CASTRONUOVO (a cura di), *La sicurezza agroalimentare nella prospettiva europea. Precauzione, prevenzione, repressione*, Milano, 2014, 457-475

- CORNACCHIA, Luigi, *Il sistema dell'imputazione penale di Günther Jakobs: concetti essenziali*, in G. JAKOBS, *Sistema dell'imputazione penale* (2012), trad. di L. Cornacchia, Napoli, 2017, IX-XLI
- CORNACCHIA, Luigi, *L'oggetto di tutela penale: appunti per una ipotesi ricostruttiva in chiave tomista*, in E.M. AMBROSETTI (a cura di), *Studi in onore di Mauro Ronco*, Torino, 2017, 99-113
- CORRERA, Michele M., MARTUCCI, Pierpaolo, PUTIGNANO, Carlo, *Valori, disvalori e crimine nell'Italia alle soglie del duemila. La percezione sociale del concetto di reato. I risultati di una ricerca*, Milano, 1998
- CORTESE, Fulvio, TOMASI, Marta (a cura di), *Le definizioni nel diritto. Atti delle giornate di studio (Trento, 30-31 ottobre 2015)*, Napoli, 2016
- COTTU, Enrico, *Giudizio di ragionevolezza e vaglio di proporzionalità della pena: verso un superamento del modello triadico?*, in *Dir. pen. e proc.*, 2017, 473-481
- CUPELLI, Cristiano, *Il legislatore gioca col fuoco: gli incendi boschivi (art. 423 bis c.p.) fra emergenza e valore simbolico del diritto penale*, in *Ind. pen.*, 2002, 181-194
- CURI, Francesca, *Prevenzione "intelligente": "l'arma" che colpisce solo obiettivi pericolosi. Tra vacuità simbolica e azzeramento delle politiche sociali*, in EAD. (a cura di), *Ordine pubblico e sicurezza nel governo della città*, Bologna, 2016, 63-71
- D'ALESSANDRO, Francesco, *Pericolo astratto e limiti-soglia. Le promesse non mantenute del diritto penale*, Milano, 2012
- D'AMICO, Marilisa, *Il principio di determinatezza in materia penale fra teoria e giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1988, 315-376
- DE FRANCESCO, Giovannangelo, *Programmi di tutela e ruolo dell'intervento penale*, Torino, 2004
- DE FRANCESCO, Giovannangelo, *Due temi controversi: lo sviluppo del 'diritto giurisprudenziale' ed i principi intertemporali della legge penale*, in *Crit. dir.*, 2015, 148-161
- DE FRANCESCO, Giovannangelo, *"Interpersonalità" dell'illecito penale: un 'cuore antico' per le moderne prospettive della tutela*, in *Cass. pen.*, 2015, 854-878
- DE FRANCESCO, Giovannangelo, *Brevi spunti sul caso Contrada*, in *Cass. pen.*, 2016, 12-18
- DE FRANCESCO, Giovannangelo, *Introduzione*, in G. DE FRANCESCO, E. MARZADURI (a cura di), *Il reato lungo gli impervi sentieri del processo. Atti dell'incontro di studi (Pisa, 26/2/2016)*, Torino, 2016, 3-7

- DE FRANCESCO, Giovannangelo, *Legislazione, giurisprudenza, scienza penale: uno schizzo problematico*, in *Cass. pen.*, 2016, 853-860
- DE FRANCESCO, Giovannangelo, *Punibilità*, Torino, 2016
- DE FRANCESCO, Giovannangelo, *Crepuscolo di dogmi? Appunti sparsi su di una problematica 'moderna'*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 2017, 1-25
- DE FRANCESCO, Vittorio, *La prevenzione generale tra normatività ed empiria*, in A. CASTALDO, V. DE FRANCESCO, M. DEL TUFO, S. MANACORDA, L. MONACO, *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, Napoli, 2013 (stampa 2014), 15-78
- DELL'ASTA, Adriano, *Dostoevskij e l'al di là della legge e della trasgressione della legge*, in G. FORTI, C. MAZZUCATO, A. VISCONTI (a cura di) (con il Gruppo di Ricerca del Centro Studi "Federico Stella" sulla Giustizia penale e la Politica criminale), *Giustizia e letteratura*, I, Milano, 2012, 70-83
- DELMAS-MARTY, Mireille, *Dal codice penale ai diritti dell'uomo* (1986), trad. di A. Bernardi, Milano, 1992
- DE MAGLIE, Cristina, *Punire le condotte immorali?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 938-960
- DE MAGLIE, Cristina, *Il declino dell'"harm principle"*, in A. CAVALIERE, C. LONGOBARDO, V. MASARONE, F. SCHIAFFO, A. SESSA (a cura di), *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, Napoli, 2017, 433-446
- DEMURO, Gian Paolo, *Il dolo*, II, *L'accertamento*, Milano, 2010
- DE SANTIS, Giovanni, *La tutela penale dell'ambiente dopo la legge n. 68/2015: un percorso compiuto a metà?*, in *Resp. civ. e prev.*, 2015, 2075-2104
- DE SANTIS, Giovanni, *Il nuovo volto del diritto penale dell'ambiente*, Roma, 2017
- DETZNER, Madeleine, *Rückkehr zum "klassischen Strafrecht" und die Einführung einer Beweislastumkehr. Eine Untersuchung zur Entwicklung des Wirtschaftsstrafrechts am Beispiel des Subventionsbetrugs gem. §§ 264, 263 StGB*, Frankfurt am Main, 1998
- DE VERO, Giancarlo, *L'incerto percorso e le prospettive di approdo dell'idea di prevenzione generale positiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 439-452
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas*, Valencia, 1990
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *Symbolisches Strafrecht und die Wirkungen der Strafe*, in *ZStW*, 2001, 516-538
- DI GIOVINE, Ombretta, *L'interpretazione nel diritto penale. Tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006

- DI GIOVINE, Ombretta, *Un diritto penale empatico? Diritto penale, bioetica e neuroetica*, Torino, 2009
- DI GIOVINE, Ombretta, *In difesa del c.d. decreto Balduzzi (ovvero: perché non è possibile ragionare di medicina come se fosse diritto e di diritto come se fosse matematica)*, in *www.archiviopenale.it*, 1/2014, 1-23
- DI MARTINO, Alberto, *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, Milano, 1998
- DI MARTINO, Alberto, «*Rivoltarsi nella feccia di Romolo*». *Lessico di legge, situazioni di stallo, aporie del “trattamento”*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 4/2015, 285-294
- DODARO, Giandomenico, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2012
- DOLCINI, Emilio, *Leggi penali ‘ad personam’, riserva di legge e principio costituzionale di eguaglianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 50-70
- DONINI, Massimo, *Teoria del reato. Una Introduzione*, Padova, 1996
- DONINI, Massimo, *La riforma della legislazione penale complementare: il suo significato «costituente» per la riforma del codice*, in ID. (a cura di), *La riforma della legislazione penale complementare. Studi di diritto comparato*, Padova, 2000, 3-59
- DONINI, Massimo, *Per un codice penale di mille incriminazioni: progetto di depenalizzazione in un quadro del “sistema”*, in *Dir. pen. e proc.*, 2000, 1652-1657
- DONINI, Massimo, *Il volto attuale dell’illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004
- DONINI, Massimo, *Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*, in A. GAMBERINI, R. ORLANDI (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Bologna, 2007, 131-178
- DONINI, Massimo, “*Danno*” e “*offesa*” nella c.d. tutela penale dei sentimenti. *Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell’“offense” di Joel Feinberg*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1546-1593
- DONINI, Massimo, *Democrazia e scienza penale nell’Italia di oggi: un rapporto possibile?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 1067-1098
- DONINI, Massimo, *Tecnicismo giuridico e scienza penale cent’anni dopo. La prolusione di Arturo Rocco (1910) nell’età dell’europeismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2010, 127-178
- DONINI, Massimo, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 4/2013, 4-43
- DONINI, Massimo, *Il diritto penale come etica pubblica. Considerazioni sul politico quale “tipo d’autore”*, Modena, 2014

- DONINI, Massimo, *Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 2/2015, 236-250
- DONINI, Massimo, *Critica dell'antigiuridicità e collaudo processuale delle categorie. I bilanciamenti d'interessi dentro e oltre la giustificazione del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 698-734
- DONINI, Massimo, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2016, 1-37
- DONINI, Massimo, *Il progetto 2015 della Commissione Caselli. Sicurezza alimentare e salute pubblica nelle linee di politica criminale della riforma dei reati agroalimentari*, in *Dir. agroal.*, 2016, 207-259
- DONINI, Massimo, *La situazione spirituale della ricerca giuridica penalistica. Profili di diritto sostanziale*, in M. MANTOVANI, F. CURI, S. TORDINI CAGLI, V. TORRE, M. CAIANIELLO (a cura di), *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, Bologna, 2016, 15-44
- DONINI, Massimo, *An impossible exchange? Prove di dialogo tra civil e common lawyers su legalità, morale e teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 14-47
- DONINI, Massimo, *Massimo Pavarini e la scienza penale. Ovvero, sul valore conoscitivo dell'antimoderno sentimento della compassione applicato allo studio della questione criminale*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2017, 1-20
- DONINI, Massimo, PAVARINI, Massimo (a cura di), *Sicurezza e diritto penale*, Bologna, 2011
- DOVAL PAIS, Antonio, *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*, Valencia, 1999
- ENGISCH, Karl, *Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht*, in K. ENGISCH, R. MAURACH (a cura di), *Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag 15.10.1953*, München, Berlin, 1954, 127-163
- EUSEBI, Luciano, *La «nuova» retribuzione*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, 93-135
- EUSEBI, Luciano, *Oltre la prospettiva del diritto penale «minimo»*, in U. CURI, G. PALOMBARINI (a cura di), *Diritto penale minimo*, Roma, 2002, 185-202
- EUSEBI, Luciano, *Formula di Frank e dolo eventuale in Cass., S.U., 24 aprile 2014 (ThyssenKrupp)*, in M. BERTOLINO, G. UBERTIS (a cura di), *Prova scientifica, ragionamento probatorio e decisione giudiziale. Atti del Convegno (Milano, 10-11/10/2014)*, Napoli, 2015, 165-188

- EUSEBI, Luciano, *L'insostenibile leggerezza del testo: la responsabilità perduta della progettazione politico-criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1668-1688
- EUSEBI, Luciano, *Nemmeno la Corte di giustizia dell'Unione europea può erigere il giudice a legislatore*, in C. PAONESSA, L. ZILLETTI (a cura di), *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie. I nuovi scenari della soggezione al diritto dell'Unione europea: a proposito della sentenza della Corte di Giustizia Taricco*, Pisa, 2016, 93-100
- EUSEBI, Luciano, *Su violenza e diritto penale*, in E.M. AMBROSETTI (a cura di), *Studi in onore di Mauro Ronco*, Torino, 2017, 114-129
- FALCINELLI, Daniela, *Dal diritto penale "emozionale" al diritto penale "etico". Il garantismo costituzionale contro l'illusione di giustizia del populismo penale*, in S. ANASTASIA, M. ANSELMI, D. FALCINELLI, *Populismo penale: una prospettiva italiana*, Milano, 2015, 21-96
- FASANI, Fabio, *Terrorismo islamico e diritto penale*, Milano, 2016
- FEINBERG, Joel, *The Expressive Function of Punishment*, in H. GROSS, A. VON HIRSCH (a cura di), *Sentencing*, New York, Oxford, 1981, 23-36
- FERRAJOLI, Luigi, *Il «diritto penale del nemico» e la dissoluzione del diritto penale*, in *Quest. giust.*, 2006, 797-812
- FERRAJOLI, Luigi, *L'abuso del diritto penale nella società della paura*, in S. MOCCIA, A. CAVALIERE (a cura di), *Il modello integrato di scienza penale di fronte alle nuove questioni sociali*, Napoli, 2016, 99-120
- FERRANTE, Massimo Luigi, *Il pericolo del populismo penale nelle sue varie forme*, in www.dirittifondamentali.it, 2017, 1-33
- FIANDACA, Giovanni, *Il «bene giuridico» come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in A.M. STILE (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, Napoli, 1985, 3-56
- FIANDACA, Giovanni, *Concezioni e modelli di diritto penale tra legislazione, prassi giudiziaria e dottrina*, in *Quest. giust.*, 1991, 13-55
- FIANDACA, Giovanni, *La nuova legge anti-droga tra sospetti di incostituzionalità e discrezionalità legislativa*, in *Foro it.*, 1991, I, 2630-2637
- FIANDACA, Giovanni, *Controllo di razionalità e legislazione penale*, in M. BASCIU (a cura di), *Diritto penale, controllo di razionalità e garanzie del cittadino. Atti del XX Congresso Nazionale della Società Italiana di Filosofia Giuridica e Politica (Verona, 3-5/10/1996)*, Padova, 1998, 137-162
- FIANDACA, Giovanni, *Il sistema penale tra utopia e disincanto*, in S. CANESTRARI (a cura di), *Il diritto penale alla svolta di fine millennio. Atti del Convegno in ricordo di Franco Bricola (Bologna, 18-20 maggio 1995)*, Torino, 1998, 50-55

- FIANDACA, Giovanni, *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*, Bologna, 2007, 179-197
- FIANDACA, Giovanni, *Rocco: è plausibile una de-specializzazione della scienza penalistica?*, in *Criminalia*, 2010, 179-206
- FIANDACA, Giovanni, *Intorno a «scopi» e «funzioni» nel diritto penale*, in A. CASTALDO, V. DE FRANCESCO, M. DEL TUFO, S. MANACORDA, L. MONACO (a cura di), *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, Napoli, 2013 (stampa 2014), 107-129
- FIANDACA, Giovanni, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, 95-121
- FIANDACA, Giovanni, *Legislatore e dottrina penalistica: è ancora possibile un dialogo?*, in *Criminalia*, 2015, 17-20
- FIANDACA, Giovanni, *Prima lezione di diritto penale*, Bari, 2017
- FIANDACA, Giovanni, *Sulla giurisprudenza costituzionale in materia penale, tra principi e democrazia*, in *Cass. pen.*, 2017, 13-35
- FIANDACA, Giovanni, FRANCOLINI, Giovanni (a cura di), *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, Torino, 2008
- FIANDACA, Giovanni, MUSCO, Enzo, *Perdita di legittimazione del diritto penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 23-63
- FIANDACA, Giovanni, MUSCO, Enzo, *Diritto penale. Parte generale*, VII ed., Bologna, 2014
- FINCKE, Martin, *Das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des Strafrechts*, Berlin, 1975
- FIORE, Carlo, *Ciò che è vivo e ciò che è morto nella dottrina finalistica. Il caso italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 380-394
- FIORE, Carlo, *I limiti di espressione dell'antagonismo politico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 893-901
- FIORE, Carlo, FIORE, Stefano, *Diritto penale. Parte generale*, V ed., Torino, 2016
- FIORE, Stefano, *La teoria generale del reato alla prova del processo. Spunti per una ricostruzione integrata del sistema penale*, Napoli, 2007
- FIORE, Stefano, *Verso una nuova rilevanza penale dello sfruttamento di manodopera. Simbolismo ed effettività della risposta punitiva*, in *Agricoltura Istituzioni Mercati*, 2/2011, 83-98
- IORELLA, Antonio, *Pluralità di fonti e complessità del sistema penale*, in C.E. PALIERO, S. MOCCIA, G. DE FRANCESCO, G. INSOLERA, M. PELISSE-

BIBLIOGRAFIA

- RO, R. RAMPIONI, L. RISICATO (a cura di), *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, Napoli, 2016, 335-340
- FLETCHER, George P., *Grammatica del diritto penale* (1998), trad. ed ed. it. a cura di M. PAPA, Bologna, 2004
- FLETCHER, George P., *Linguaggio e diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 445-453
- FLOR, Roberto, *Autore (diritto di) (diritto penale)*, in *Enc. dir. Annali*, X, Milano, 2017, 111-135
- FLORA, Giovanni, *Valori costituzionali, «diritto penale dei professori» e «diritto penale dei giudici»*, in S. CANESTRARI (a cura di), *Il diritto penale alla svolta di fine millennio. Atti del Convegno in ricordo di Franco Bricola (Bologna, 18-20 maggio 1995)*, Torino, 1998, 326-329
- FOFFANI, Luigi, *Infedeltà patrimoniale e conflitto d'interessi nella gestione d'impresa. Profili penalistici*, Milano, 1997
- FOFFANI, Luigi, ORLANDI Renzo (a cura di), *Diritto e processo penale fra separazione accademica e dialettica applicativa*, Bologna, 2016
- FONDAROLI, Désirée, *Illecito penale e riparazione del danno*, Milano, 1999
- FONDAROLI, Désirée, *L'accertamento della responsabilità penale secondo il paradigma del "caso per caso" ed il "circo mediatico-giudiziario". Il nuovo particolarismo giuridico*, in *Arch. pen.*, 2014, 135-146
- FORNASARI, Gabriele, *Il concetto di economia pubblica nel diritto penale. Spunti esegetici e prospettive di riforma*, Milano, 1994
- FORNASARI, Gabriele, *Conquiste e sfide della comparazione penalistica*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, *Teoria del diritto penale, criminologia e politica criminale*, Milano, 2006, 265-282
- FORNASARI, Gabriele, *È davvero impossibile un nuovo codice penale?*, in L. STORTONI, G. INSOLERA (a cura di), *Gli ottant'anni del codice Rocco*, Bologna, 2012, 259-266
- FORNASARI, Gabriele, *Il significato della riforma dei delitti di corruzione (e incidenze "minori" su altri delitti contro la P.A.)*, in *Giur. it.*, 2012, 2690-2694
- FORNASARI, Gabriele, *Il dilemma etico del male minore. Una lettura penalistica dei temi della "carrellologia"*, in M. MANTOVANI, F. CURI, S. TORDINI CAGLI, V. TORRE, M. CAIANIELLO (a cura di), *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, Bologna, 2016, 205-218
- FORNASARI, Gabriele, *Offensività e postmodernità. Un binomio inconciliabile?*, dattiloscritto per la Relazione svolta al Convegno «I principi del diritto

- penane nella postmodernità» (Università Roma Tre, 10-11/11/2017), in corso di pubblicazione in *Riv. it. dir. proc. pen.*
- FORNASARI, Gabriele, PESCE, Francesca, *Il legislatore alla scuola della razionalità (tra luci e ombre). Il modello di analisi economica del diritto penale applicato ad alcune esperienze legislative*, in *Ind. pen.*, 2016, 404-434
- FORTI, Gabrio, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano, 2000
- FORTI, Gabrio, *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale. Tra visioni «liberali» e paternalismi giuridici*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci, I, Teoria del diritto penale, criminologia e politica criminale*, Milano, 2006, 283-341
- FORTI, Gabrio, *Le ragioni extrapenali dell'osservanza della legge penale: esperienze e prospettive*, in A. CASTALDO, V. DE FRANCESCO, M. DEL TUFO, S. MANACORDA, L. MONACO (a cura di), *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, Napoli, 2013 (stampa 2014), 157-188
- FORTI, Gabrio, *Le tinte forti del dissenso nel tempo dell'ipercomunicazione pulviscolare. Quale compito per il diritto penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1034-1060
- FORTI, Gabrio, BERTOLINO, Marta (a cura di), *La televisione del crimine. Atti del Convegno «La rappresentazione televisiva del crimine» (Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano - Università degli Studi di Milano-Bicocca, 15-16/5/2003)*, Milano, 2005
- FORZATI, Francesco, *Il finanziamento illecito ai partiti politici. Tecniche di tutela ed esigenze di riforma*, Napoli, 1998
- FRANCOLINI, Giovanni, *Abbandonare il bene giuridico? Una prospettiva procedurale per la legittimazione del diritto penale*, Torino, 2014
- GALLO, Marcello, *Il senso di una paroletta*, in *Crit. dir.*, 2013, 278-282
- GALLO, Marcello, *Torniamo ai principi*, in *Crit. dir.*, 2014, 333-335
- GALLO, Marcello, *Quando i principi affossano i principi*, in *Crit. dir.*, 2016, 24-30
- GALLO, Marcello, *Le fonti rivisitate. Appunti di diritto penale*, Torino, 2017
- GAMBERINI, Alessandro, *Percorsi autoritari ed esiti simbolici della riforma della legittima difesa*, in G. INSOLERA (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, Padova, 2006, 67-91
- GARGANI, Alberto, *Premessa a D.l. 23.2.2009 n. 11, conv., con modif., in l. 23.4.2009 n. 38 – Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori*, in *Legisl. pen.*, 2009, 415-427

- GARGANI, Alberto, *Tra sanzioni amministrative e nuovi paradigmi punitivi: la legge delega di 'riforma della disciplina sanzionatoria' (art. 2 l. 28.4.2014 n. 67)*, in *www.la legislazione penale.eu*, 2015, 1-25
- GARGANI, Alberto, *Le plurime figure di disastro: modelli e involuzioni*, in *Cass. pen.*, 2016, 2705-2718
- GARGANI, Alberto, *Profili di responsabilità penale degli operatori della protezione civile: la problematica delimitazione delle posizioni di garanzia*, in M. GESTRI (a cura di), *Disastri, protezione civile e diritto: nuove prospettive nell'Unione europea e in ambito penale*, Milano, 2016, 207-239
- GELARDI, Michele, *Il dolo specifico*, Padova, 1996
- GEPHART, Werner, *Symbol und Sanktion. Zur Theorie der kollektiven Zurechnung von Paul Fauconnet*, Opladen, 1997
- GIUNTA, Fausto, *Effetti e prospettive della depenalizzazione alla luce di una verifica empirica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, 729-755
- GLOZZI, Ettore, *Legalità e populismo. I limiti delle concezioni scettiche del diritto e della democrazia*, Milano, 2011
- GRANDI, Ciro, *Neuroscienze e responsabilità penale. Nuove soluzioni per problemi antichi?*, Torino, 2016
- GRECO, Luíís, *Lesione di un diritto anziché lesione di un bene giuridico?*, in A. CAVALIERE, C. LONGOBARDO, V. MASARONE, F. SCHIAFFO, A. SESSA (a cura di), *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, Napoli, 2017, 327-338
- GROSSO, Carlo Federico, *Il fascino discreto della conservazione (considerazioni in margine all'asserita crisi del principio di riserva di legge in materia penale)*, in *Criminalia*, 2011, 125-137
- GUARNIERI, Carlo, INSOLERA, Gaetano, ZILLETTI, Lorenzo, *Prefazione*, in IID. (a cura di), *Anatomia del potere giudiziario. Nuove concezioni, nuove sfide*, Roma, 2016, 7-8
- GUASTINI, Riccardo, *Interpretare e argomentare*, Milano, 2011
- GUERINI, Tommaso, *Intervento*, in G. INSOLERA, N. MAZZACUVA, T. GUERINI (a cura di), *Trascrizioni del Seminario Lavori in corso (Bologna, 17/3/2016)*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2016, 32-36 (dibattito su *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*)
- GÜNTHER, Klaus, *Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe. Eine neue Straftheorie jenseits von Vergeltung und Prävention?*, in C. PRITTWITZ, M. BAURMANN, K. GÜNTHER, L. KUHLEN, R. MERKEL, C. NESTLER, L. SCHULZ (a cura di), *Festschrift für Klaus Lüderssen. Zum 70. Geburtstag am 2. Mai 2002*, Baden-Baden, 2002, 205-219

- GUSFIELD, Joseph R., *Symbolic Crusade. Status Politics and the American Temperance Movement*, Urbana, 1963
- GUZMÁN DALBORA, José Luis, *Sul significato intrinseco e sul valore attuale della teoria del bene giuridico nell'opera di Birnbaum*, in *Dir. pen. XXI sec.*, 2010, 371-391
- HAMEL, Roman, *Strafen als Sprechakt. Die Bedeutung der Strafe für das Opfer*, Berlin, 2009
- HAMM, Rainer, *Ein neuer Fall von symbolischem Strafrecht: «Graffitigesetz»*, in *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Winfried Hassemer zum sechzigsten Geburtstag*, Baden-Baden, 2000, 56-64
- HASSEMER, Winfried, *La prevenzione nel diritto penale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1986, 417-452
- HASSEMER, Winfried, *Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz* (1989), in ID., *Strafen im Rechtsstaat*, Baden-Baden, 2000, 170-188
- HASSEMER, Winfried, *Interkulturelles Strafrecht*, in R. ZACZYK, M. KÖHLER, M. KAHLO (a cura di), *Festschrift für E.A. Wolff zum 70. Geburtstag am 1.10.1998*, Berlin, Heidelberg, New York, 1998, 101-123
- HASSEMER, Winfried, *Das Symbolische am symbolischen Strafrecht*, in B. SCHÜNEMANN, H. ACHENBACH, W. BOTTKKE, B. HAFFKE, H.-J. RUDOLPHI (a cura di), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, Berlin, New York, 2001, 1001-1019
- HASSEMER, Winfried, *Welche Zukunft hat das Strafrecht?*, in G. DUTTGE, G. GEILEN, L. MEYER-GÖBNER, G. WARDA (a cura di), *Gedächtnisschrift für Ellen Schlüchter*, Köln, Berlin, Bonn, München, 2002, 133-160
- HASSEMER, Winfried, *Perché punire è necessario. Difesa del diritto penale* (2009), trad. ed ed. it. a cura di D. SICILIANO, Bologna, 2012
- HEFENDEHL, Roland, *Mit langem Atem: Der Begriff des Rechtsguts. Oder: Was seit dem Erscheinen des Sammelbandes über die Rechtsgutstheorie geschah*, in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2007, 1-14
- HEGENBARTH, Rainer, *Symbolische und instrumentelle Funktionen moderner Gesetze*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1981, 201-204
- HEGER, Martin, *Der Tod des Beschuldigten vor Rechtskraft des Urteils und die Unschuldsumutung. Kristian Kühl zum 65. Geburtstag*, in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2009, 45-63
- HILL, Hermann, *Einführung in die Gesetzgebungslehre*, Heidelberg, 1982
- HOERSTER, Norbert, *Strafwürdigkeit und Moral in der Angelsächsischen Rechtsphilosophie*, in *ZStW*, 1970, 538-570

- HORN, Hans-Detlef, *Experimentelle Gesetzgebung unter dem Grundgesetz*, Berlin, 1989
- HOVEN, Elisa, *Was macht Straftatbestände entbehrlich? – Plädoyer für eine Entrümpelung des StGB*, in *ZStW*, 2017, 334-348
- INSOLERA, Gaetano, *Ordine pubblico e ordine democratico: le stagioni dell'emergenza*, in *Crit. dir.*, 2003, 19-26
- INSOLERA, Gaetano, *L'evoluzione della politica criminale tra garantismo ed emergenze. Dagli anni '60 all'emergenza mafiosa*, in M. DONINI, L. STORTONI (a cura di), *Il diritto penale tra scienza e politica. Nel ricordo di Franco Bricola vent'anni dopo*, Bologna, 2015, 9-21
- INSOLERA, Gaetano, *Cassandra e il grande potere giudiziario*, in C. PAONESSA, L. ZILLETTI (a cura di), *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie. I nuovi scenari della soggezione al diritto dell'Unione europea: a proposito della sentenza della Corte di Giustizia Taricco*, Pisa, 2016, 139-143
- INSOLERA, Gaetano, *Dall'imprevedibilità del diritto all'imprevedibilità del giudizio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1999-2004
- INSOLERA, Gaetano, *Intervento*, in G. INSOLERA, N. MAZZACUVA, T. GUERINI (a cura di), *Trascrizioni del Seminario Lavori in corso (Bologna, 17/3/2016)*, in www.penalecontemporaneo.it, 2016, 36-38 (dibattito su *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*)
- INSOLERA, Gaetano, *I percorsi di una egemonia*, in C. GUARNIERI, G. INSOLE-RA, L. ZILLETTI (a cura di), *Anatomia del potere giudiziario. Nuove concezioni, nuove sfide*, Roma, 2016, 86-89
- INSOLERA, Gaetano, *La produzione del "penale": tra governo e parlamento maggioritario*, in www.penalecontemporaneo.it, 2016, 1-13
- INSOLERA, Gaetano, *Perché non possiamo non dirci liberali*, in *Ind. pen.*, 2017, 3-6
- INSOLERA, Gaetano, *Qualche riflessione sul diritto penale nella "Democrazia del leader"*, in A. CAVALIERE, C. LONGOBARDO, V. MASARONE, F. SCHIAFFO, A. SESSA (a cura di), *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, Napoli, 2017, 161-175
- INSTITUT FÜR KRIMINALWISSENSCHAFTEN FRANKFURT A.M. (a cura di), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, New York, Paris, Wien, 1995
- IRTI, Natalino, *L'età della decodificazione*, IV ed., Milano, 1999
- IRTI, Natalino, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016
- ITALIA, Vittorio, *I simboli nelle leggi*, Milano, 2018

- JÄGER, Matthias, *Symbolisches Strafrecht – expressive Kriminalpolitik: Die Reform der Sexualdelikte*, in INSTITUT FÜR KRIMINALWISSENSCHAFTEN UND RECHTSPHILOSOPHIE FRANKFURT A.M. (a cura di), *Irrwege der Strafgesetzgebung*, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Wien, 1999, 49-73
- JAKOBS, Günther, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, II ed., Berlin, New York, 1991
- JAKOBS, Günther, *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*, Bologna, 2007, 109-129
- JAKOBS, Günther, *Sistema dell'imputazione penale* (2012), trad. di L. Cornacchia, Napoli, 2017
- JANNUZZI, Elena, REGI, Annalisa, *Il reato di falso in attestazioni e relazioni: un delitto fantasma?*, in www.penalecontemporaneo.it, 2017, 99-110
- JESCHECK, Hans-Heinrich, WEIGEND, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, V ed., Berlin, 1996
- JUNG, Heike, *Was ist Strafe? Ein Essay*, Baden-Baden, 2002
- KARGL, Walter, *Die Funktion des Strafrechts in rechtstheoretischer Sicht. Schlußfolgerungen aus dem Milgram-Experiment*, Heidelberg, 1995
- KAUFMANN, Arthur, *Über den "Wesensgehalt" der Grund- und Menschenrechte*, in *Arch. f. Rechts- und Sozialphilosophie*, 1984, 384-399
- KINDERMANN, Harald, *Symbolische Gesetzgebung*, in D. GRIMM, W. MAIHOFFER (a cura di), *Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik*, Opladen, 1988, 222-245
- KRATZSCH, Dietrich, *Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht. Ansätze zur Reform des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs und der Regeln der Gesetzesanwendung*, Berlin, 1985
- KREY, Volker, *Keine Strafe ohne Gesetz. Einführung in die Dogmengeschichte des Satzes "nullum crimen, nulla poena sine lege"*, Berlin, 1983
- KUNZ, Karl-Ludwig, *Kriminalwissenschaften und gesellschaftliche Sicherheit*, in G. DUTTGE, G. GEILEN, L. MEYER-GÖBNER, G. WARDA (a cura di), *Gedächtnisschrift für Ellen Schlichter*, Köln, Berlin, Bonn, München, 2002, 727-742
- KUNZ, Karl-Ludwig, *Zur Symbolik des Strafrechts*, in D. DÖLLING, B. GÖTTING, B.-D. MEIER, T. VERREL (a cura di), *Verbrechen – Strafe – Resozialisierung. Festschrift für Heinz Schöch zum 70. Geburtstag am 20. August 2010*, Berlin, New York, 2010, 353-367
- LANZI, Alessio, *Il flebile incrocio tra illuminismo, legalità e diritto penale dell'economia*, in *Ind. pen.*, 2016, 1-8

- LANZI, Alessio, *Fra il legislatore apparente e il giudice sovrano*, in *Ind. pen.*, 2016, 679-683
- LEHNE, Werner, *Symbolische Politik mit dem Strafrecht. Versuch einer Reinterpretation des Diskurses um symbolisches Strafrecht*, in *Kriminologisches Journal*, 1994, 210-224
- LEHNE, Werner, *Symbolische Politik und politischer Protest – das Beispiel Hafenstrafße*, in D. FREHSEE, G. LÖSCHPER, G. SMAUS (a cura di), *Konstruktion der Wirklichkeit durch Kriminalität und Strafe*, Baden-Baden, 1997, 117-133
- LICCI, Giorgio, *Modelli nel diritto penale. Filogenesi del linguaggio penalistico*, II ed., Torino, 2014
- LICCI, Giorgio, *Figure del diritto penale. Il sistema italiano*, IV ed., Torino, 2017
- LO MONTE, Elio, *Diritto penale e tutela dell'ambiente. Tra esigenze di effettività e simbolismo involutivo*, Milano, 2004
- LO MONTE, Elio, *Art. 612-bis c.p. e "Stalking occupazionale": un rimedio solo apparente*, in *Lavoro e previdenza oggi*, 2009, 1-24
- LO MONTE, Elio, *Politiche neo-liberiste e questione criminale nella post-modernità (dall'atrofia dello Stato sociale di diritto all'ipertrofia dello Stato penale)*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2010, 727-778
- LO MONTE, Elio, *Il commiato dalla legalità: dall'anarchia legislativa al 'piroettismo' giurisprudenziale*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 4/2013, 219-240
- LO MONTE, Elio, *Repetita (non) iuvant: una riflessione 'a caldo' sulle disposizioni penali di cui al recente d.l. n. 93/13, con. in l. n. 119/13, in tema di 'femminicidio'*, in www.penalecontemporaneo.it, 2013, 1-20
- LO MONTE, Elio, *Art. 659 c.p.: una fattispecie contro il disturbo delle persone che finisce per disturbare solo il giudice*, in www.giurisprudenzapenale.com, 4/2017, 1-6
- LONGOBARDO, Carlo, *Sistematica e politica criminale: un ritorno, poco auspicabile, all'irriducibilità del binomio? (Aa. Vv., La riforma della legislazione penale complementare. Studi di diritto comparato. A cura di M. Donini, CEDAM, Padova, 2000)*, in *Crit. dir.*, 2002, 382-397
- LONGOBARDO, Carlo, *Il diritto penale tra essere e valore: per un recupero dei principi costituzionali nel diritto penale*, in A. CAVALIERE, C. LONGOBARDO, V. MASARONE, F. SCHIAFFO, A. SESSA (a cura di), *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, Napoli, 2017, 279-291

- LOSAPPIO, Giuseppe, *Depenalizzazione, tranquillità personale e inquinamento acustico. L'art. 659 e la delega per la depenalizzazione delle contravvenzioni del c.p.*, in www.penalecontemporaneo.it, 2015, 1-26
- LOSAPPIO, Giuseppe, *Formula BARD e accertamento del dolo eventuale*, in www.penalecontemporaneo.it, 2017, 1-15
- LÜDERSSEN, Klaus, *Die Steuerungsfunktion des Gesetzes. Überformung oder Gegensteuerung zur Entwicklungstendenz einer Gesellschaft – am Beispiel der stufenweisen Ersetzung der Freiheitsstrafe*, in D. GRIMM, W. MAIHOFFER (a cura di), *Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik*, Opladen, 1988, 151-170
- LÜDERSSEN, Klaus, *Über das Irrationale im Strafrecht*, in R. ZACZYK, M. KÖHLER, M. KAHLO (a cura di), *Festschrift für E.A. Wolff zum 70. Geburtstag am 1.10.1998*, Berlin, Heidelberg, New York, 1998, 325-335
- LÜDERSSEN, Klaus, *Die Wiederkehr der „Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken“ – eine Warnung*, in U. EBERT, P. RIEß, C. ROXIN, E. WAHLE (a cura di), *Festschrift für Ernst-Walter Hanack zum 70. Geburtstag am 30. August 1999*, Berlin, New York, 1999, 487-499
- LÜDERSSEN, Klaus, *Il declino del diritto penale*, a cura di L. EUSEBI, Milano, 2005
- LUHMANN, Niklas, *La realtà dei mass media* (1996), Milano, 2000
- LUNGHINI, Giacomo, *Problemi probatori e diritto penale sostanziale. Un'introduzione*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci, I, Teoria del diritto penale, criminologia e politica criminale*, Milano, 2006, 409-436
- LUZZATI, Claudio, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990
- MADER, Luzius, *Experimentelle Gesetzgebung*, in D. GRIMM, W. MAIHOFFER (a cura di), *Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik*, Opladen, 1988, 211-221
- MAGNANI, Vera, *Hic sunt dracones. Le patologie correlate al lavoro e l'istituto dell'accertamento alternativo nel diritto penale comparato*, in corso di pubblicazione in G. DE FRANCESCO, G. MORGANTE (a cura di), *Il diritto penale di fronte alle sfide della «società del rischio». Un difficile rapporto tra nuove esigenze di tutela e classici equilibri di sistema (Atti del VI Ginnasio dei Penalisti, Scuola Superiore Sant'Anna, Pisa, 18-19/3/2016)*
- MAIELLO, Vincenzo, *Il delitto di depistaggio: dietro l'esigenza di una nuova tipicità criminosa le insidie del diritto penale simbolico*, in www.lalegislationepenale.eu, 2016, 2-20

- MANES, Vittorio, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005
- MANES, Vittorio, *La riforma della disciplina sanzionatoria in materia di stupefacenti. Frasarario essenziale alla luce dei principi di offensività, proporzione e ragionevolezza*, in G. INSOLERA (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, Padova, 2006, 95-131
- MANES, Vittorio, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012
- MANES, Vittorio, “Common law-isation del diritto penale”? Trasformazioni del *nullum crimen* e sfide prossime future, in *Cass. pen.*, 2017, 955-976
- MANES, Vittorio, *Profili e confini dell’illecito para-penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 988-1007
- MANES, Vittorio, *Dalla “fattispecie” al “precedente”. Appunti di “deontologia ermeneutica”*, in www.penalecontemporaneo.it, 2018, 1-33
- MANGIONE, Angelo, *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e politica criminale*, Padova, 2001
- MANNA, Adelmo, *Legislazione «simbolica» e diritto penale: a proposito del recente d.d.l. governativo, ormai definitivamente approvato, sugli stupefacenti*, in *Pol. dir.*, 1990, 217-249
- MANNA, Adelmo, *Tutela penale della personalità*, Bologna, 1993
- MANNA, Adelmo, *La donna nel diritto penale*, in *Ind. pen.*, 2005, 851-887
- MANNA, Adelmo, *La dottrina tra legislazione e giurisprudenza nel sistema penale*, in *Criminalia*, 2013, 389-408
- MANNA, Adelmo, *Alcuni recenti esempi di legislazione penale compulsiva e di ricorrenti tentazioni circa l’utilizzazione di un diritto penale simbolico*, in www.penalecontemporaneo.it, 2016, 7-13 (dibattito su *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*)
- MANNA, Adelmo, *Il lato oscuro del diritto penale*, Pisa, 2017
- MANNOZZI, Grazia, *Le parole del diritto penale: un percorso ricostruttivo tra linguaggio per immagini e lingua giuridica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1431-1473
- MANTOVANI, Ferrando, *Il vero «diritto penale minimo»: la riduzione della criminalità?* (2005), in ID., *Umanità e razionalità del diritto penale*, Padova, 2008, 1127-1139
- MANTOVANI, Ferrando, *La «perenne crisi» e la «perenne vitalità» della pena. E la «crisi di solitudine» del diritto penale*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci, II, Teoria della pena. Teoria del reato*, Milano, 2006, 1171-1211

BIBLIOGRAFIA

- MANTOVANI, Ferrando, *Il codice deontologico del giovane cultore del diritto penale*, in *Criminalia*, 2013, 645-649
- MANTOVANI, Ferrando, *Stupidi si nasce o si diventa? Compendio di stupidologia*, Pisa, 2015
- MANTOVANI, Ferrando, *Diritto penale. Parte generale*, X ed., Milano, 2017
- MANTOVANI, Ferrando, *Lo smembramento dei controlli sociali e i degenerativi aumenti e peggioramenti della criminalità e del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1167-1173
- MANTOVANI, Marco, *Contributo ad uno studio sul disvalore di azione nel sistema penale vigente*, Bologna, 2014
- MANZIN, Maurizio, *Il petrarchismo giuridico. Filosofia e logica del diritto agli inizi dell'umanesimo*, Padova, 1994
- MANZIN, Maurizio, *Per un approccio multidisciplinare allo studio del principio di non contraddizione*, in F. PUPPO (a cura di), *La contraddizione che non consente. Forme del sapere e valore del principio di non contraddizione*, Milano, 2010, 9-20
- MARINO, Giuseppe, *Il sistema antiterrorismo alla luce della l. 43/2015: un esempio di "diritto penale del nemico"?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1388-1426
- MARINUCCI, Giorgio, *Il reato come 'azione'. Critica di un dogma*, Milano, 1971
- MARINUCCI, Giorgio, *L'abbandono del codice Rocco: tra rassegnazione e utopia* (1981), in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, 327-347
- MARINUCCI, Giorgio, *Relazione di sintesi*, in A.M. STILE (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, Napoli, 1985, 327-364
- MARINUCCI, Giorgio, *Il diritto penale messo in discussione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 1040-1047
- MARRA, Gabriele, *Prevenzione, efficienza e sussidiarietà penalistica*, in A. BONDI, G. MARRA, P. POLIDORI (a cura di), *Il prezzo del reato. La pena in una prospettiva interdisciplinare*, Torino, 2010, 131-164
- MARTIELLO, Gianfranco, *Diritto penale dell'intermediazione finanziaria*, Pisa, 2017
- MASARONE, Valentina, *Politica criminale e diritto penale nel contrasto al terrorismo internazionale. Tra normativa interna, europea ed internazionale*, Napoli, 2013
- MASERA, Luca, *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale. Gestione del dubbio e profili causali*, Milano, 2007

BIBLIOGRAFIA

- MATTEVI, Elena, *Una giustizia più riparativa. Mediazione e riparazione in materia penale*, Napoli, 2017
- MATTHEUDAKIS, Matteo Leonida, *Il guidatore trasgressore semplice, quello collezionista di reati (magari professionista), quello sconsiderato e quello sprovveduto... eventualmente in fuga: anatomia dell'irragionevolezza*, in www.archiviopenale.it, 1/2017, 1-52
- MAUGERI, Anna Maria, *Lo stalking tra necessità politico-criminale e promozione mediatica*, Torino, 2010
- MAYER, Hellmuth, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Stuttgart, 1967
- MAZZACUVA, Francesco, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017
- MAZZACUVA, Nicola, *Criminalità organizzata ed attività economica: il fenomeno del riciclaggio*, in AA.VV., *Verso un nuovo codice penale. Itinerari - Problemi - Prospettive*, Milano, 1993, 379-402
- MAZZACUVA, Nicola, *A proposito della «interpretazione creativa» in materia penale: nuova «garanzia» o rinnovata violazione di diritti fondamentali?*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci, I, Teoria del diritto penale, criminologia e politica criminale*, Milano, 2006, 437-453
- MAZZACUVA, Nicola, *Intervento*, in G. INSOLERA, N. MAZZACUVA, T. GUERINI (a cura di), *Trascrizioni del Seminario Lavori in corso (Bologna, 17/3/2016)*, in www.penalecontemporaneo.it, 2016, 39-41 (dibattito su *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*)
- MAZZACUVA, Nicola, *Se la pena fa ancora spettacolo: talune riflessioni "fuori dal coro"*, in A. VALENTI, *L'inarrestabile spettacolo della giustizia penale*, Bologna, 2017, 73-77
- MELCHIONDA, Alessandro, *Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, Padova, 2000
- MELCHIONDA, Alessandro, *La deflazione penalistica nell'era del giusto processo*, in UNIONE DELLE CAMERE PENALI ITALIANE (a cura di), *Riscrivere il Codice Penale. I fondamenti*, Pisa, 2014, 86-98
- MENGHINI, Antonia, *L'omicidio stradale. Scelte di politica criminale e frammentazione del sistema*, Napoli, 2016
- MENGOLI, Giancarlo, *La crisi del diritto nell'evoluzione della società italiana*, in *Rivista medica italiana di psicoterapia ed ipnosi*, 2014, 173-182
- MENGGONI, Luigi, *Dogmatica giuridica*, in *Enc. giur.*, vol. XII, Roma, 1989, 1-9
- MERLI, Antonella, *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico. Il problema. Le fonti. Le tecniche di tutela*, Napoli, 2006

- MEYER-GOSSNER, Lutz, *Jurist mit schlechtem Gewissen?*, in M. HEGER, B. KELKER, E. SCHRAMM (a cura di), *Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag*, München, 2014, 61-68
- MEZZETTI, Enrico, *Prove tecniche del legislatore su una rivisitazione del rapporto autore/vittima in funzione riparatoria o riconciliativa*, in *Cass. pen.*, 2016, 3094-3104
- MICHELETTI, Dario, *Il paternalismo penale giudiziario e le insidie della Bad Samaritan Jurisprudence*, in *Criminalia*, 2011, 275-312
- MILITELLO, Vincenzo, *Diritto penale del rischio e rischi del diritto penale fra scienza e società*, in C.D. SPINELLIS, N. THEODORAKIS, E. BILLIS, G. PAPA-DIMITRAKOPOULOS (a cura di), *Europe in crisis: crime, criminal justice, and the way forward. Essays in honour of Nestor Courakis*, Athens, 2017, 223-238
- MOCCIA, Sergio, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, II ed., Napoli, 1997
- MOCCIA, Sergio, *La 'promessa non mantenuta'. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001
- MOCCIA, Sergio, *Impressioni rapsodiche suscitate da un (capo)lavoro di Massimo Nobili* (Massimo Nobili, *L'immoralità necessaria. Citazioni e percorsi nei mondi della giustizia*, il Mulino, Bologna, 2009), in *Crit. dir.*, 2012, 136-141
- MOCCIA, Sergio, *Riflessioni sparse su persona, pena e processo*, in M. AMISANO, M. CATERINI (a cura di), *Persona, pena, processo. Scritti in memoria di Tommaso Sorrentino raccolti sotto la direzione di Marcello Gallo*, Napoli, 2012, 111-118
- MOCCIA, Sergio, *Uno spartito per più voci*, in S. MOCCIA, A. CAVALIERE (a cura di), *Il modello integrato di scienza penale di fronte alle nuove questioni sociali*, Napoli, 2016, 203-208
- MONACO, Lucio, PALIERO, Carlo Enrico, *Variazioni in tema di "crisi della sanzione": la diaspora del sistema commisurativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 421-456
- MORGANTE, Gaetana, *Il reato come elemento del reato. Analisi e classificazione del concetto di reato richiamato dalla fattispecie penale*, Torino, 2013
- MORGANTE, Gaetana, *Tempus non regit actum. La parabola discendente del principio di affidamento nella successione "patologica" tra garanti*, in www.lalegislazionepenale.eu, 2017, 1-50
- MORUZZI, Sebastiano, *Vaghezza. Confini, cumuli e paradossi*, Roma, Bari, 2012

- MÜLLER, Jens Christian, *Die Legitimation des Rechtes durch die Erfindung des symbolischen Rechtes*, in *Kriminologisches Journal*, 1993, 82-97
- MÜLLER-DIETZ, Heinz, *Grundfragen des strafrechtlichen Sanktionensystems*, Heidelberg, 1979
- MÜLLER-DIETZ, Heinz, *Vom intellektuellen Verbrechensschaden – Eine nicht nur historische Reminiszenz –*, in *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1983, 481-496
- MÜLLER-TUCKFELD, Jens Christian, *Integrationsprävention. Studien zu einer Theorie der gesellschaftlichen Funktion des Strafrechts*, Frankfurt am Main, 1998
- MUSCO, Enzo, *Consenso e legislazione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 80-92
- MUSCO, Enzo, *Dedicato a Franco Bricola*, in S. CANESTRARI (a cura di), *Il diritto penale alla svolta di fine millennio. Atti del Convegno in ricordo di Franco Bricola (Bologna, 18-20 maggio 1995)*, Torino, 1998, 87-94
- MUSCO, Enzo, *L'illusione penalistica*, Milano, 2004
- NAUCKE, Wolfgang, *Notizen zur relativen Verbindlichkeit des Strafrechts*, in R. ZACZYK, M. KÖHLER, M. KAHLO (a cura di), *Festschrift für E.A. Wolff zum 70. Geburtstag am 1.10.1998*, Berlin, Heidelberg, New York, 1998, 361-372
- NEPPI MODONA, Guido, *Tecnicismo e scelte politiche nella riforma del codice penale*, in *Dem. e dir.*, 1977, 661-684
- NEVES, Marcelo, *Symbolische Konstitutionalisierung*, Berlin, 1998
- NOLL, Peter, *Ideologie und Gesetzgebung*, in W. MAIHOFFER (a cura di), *Ideologie und Recht*, Frankfurt am Main, 1969, 63-82
- NOLL, Peter, *Gesetzgebungslehre*, Reinbek bei Hamburg, 1973
- NOLL, Peter, *Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung*, in *ZStW*, 1980, 73-79
- NOLL, Peter, *Symbolische Gesetzgebung*, in *ZSchwR*, 1981, 347-364
- NOTARO, Domenico, *Autorità indipendenti e norma penale. La crisi del principio di legalità nello Stato policentrico*, Torino, 2010
- NOTARO, Domenico, *In foro illecito versari. L'abuso del processo fra dimensione etica e risposta penale*, Torino, 2015
- NUVOLONE, Pietro, *Il sistema del diritto penale*, II ed., Padova, 1982
- PADOVANI, Tullio, *Il confine conteso. Metamorfosi dei rapporti tra concussione e corruzione ed esigenze "improcrastinabili" di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 1302-1318
- PADOVANI, Tullio, *Alla ricerca di una razionalità penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1087-1092

- PADOVANI, Tullio, *Sicurezza pubblica: quel collasso dei codici “figlio della rincorsa” all’ultima emergenza*, in *Guida al Diritto Il Sole-24 Ore*, 36/2013, 10-11
- PADOVANI, Tullio, *Diritto penale del nemico*, Pisa, 2014
- PADOVANI, Tullio, *Jus non scriptum e crisi della legalità nel diritto penale*, Napoli, 2014
- PADOVANI, Tullio, *Riflessioni conclusive*, in G. DE FRANCESCO, A. GARGANI (a cura di), *Evoluzione e involuzioni delle categorie penalistiche. Atti del Convegno di Pisa (8-9 maggio 2015)*, Milano, 2017, 249-252
- PADOVANI, Tullio, STORTONI, Luigi, *Diritto penale e fattispecie criminose. Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Bologna, 2006
- PAGLIARO, Antonio, *Principio di legalità e indeterminatezza della legge penale* (1969), in ID., *Il diritto penale fra norma e società. Scritti 1956-2008*, III, *Altri scritti – I*, Milano, 2009, 289-302
- PAGLIARO, Antonio, *Riserva di legge, elementi normativi e questioni pregiudiziali* (1977), in ID., *Il diritto penale fra norma e società. Scritti 1956-2008*, III, *Altri scritti – I*, Milano, 2009, 389-401
- PAGLIARO, Antonio, *Regole della citazione faziosa* (1984), in ID., *Il diritto penale fra norma e società. Scritti 1956-2008*, IV, *Altri scritti – II*, Milano, 2009, 579-580
- PAGLIARO, Antonio, *Verso un nuovo codice penale? Itinerari - Problemi - Prospettive* (1992), in ID., *Il diritto penale fra norma e società. Scritti 1956-2008*, III, *Altri scritti – I*, Milano, 2009, 13-24
- PAGLIARO, Antonio, *Relazione di sintesi*, in S. CANESTRARI (a cura di), *Il diritto penale alla svolta di fine millennio. Atti del Convegno in ricordo di Franco Bricola (Bologna, 18-20 maggio 1995)*, Torino, 1998, 330-335
- PAGLIARO, Antonio, *Funzioni della pena criminale*, in *Cass. pen.*, 2016, 1846-1852
- PALAZZO, Francesco, *Tecnica legislativa e formulazione della fattispecie penale in una recente circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri*, in *Cass. pen.*, 1987, 230-253
- PALAZZO, Francesco, *Legge penale*, in *Dig. Disc. Pen.*, VII, Torino, 1993, 338-370
- PALAZZO, Francesco, *Sulle funzioni delle norme definitorie*, in A. CADOPPI (coord.), *Omnis definitio in iure periculosa? Il problema delle definizioni legali nel diritto penale*, Padova, 1996, 381-390
- PALAZZO, Francesco, *La politica criminale nell’Italia repubblicana*, in L. VIOLANTE (a cura di), *Storia d’Italia. Annali 12. La criminalità*, Torino, 1997, 849-890

- PALAZZO, Francesco, *Il diritto penale tra giustizia e legalità*, in *Scritti in onore di Antonio Cristiani. Omaggio della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Pisa*, Torino, 2001 (stampa 2002), 589-597
- PALAZZO, Francesco, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, in *Quest. giust.*, 2006, 666-686
- PALAZZO, Francesco, *Laicità del diritto penale e democrazia «sostanziale»*, in *Quad. cost.*, 2010, 437-453
- PALAZZO, Francesco, *Codice penale 1930: un passato (ancora) senza futuro*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2011, 1-6
- PALAZZO, Francesco, *La scienza giuridica di fronte alla giurisprudenza (Diritto Penale)*, in *Riv. it. sc. giur.*, 4/2013, 143-173
- PALAZZO, Francesco, *Attuali inquietudini della scienza penale tra utopismo e realismo*, in C.E. PALIERO, S. MOCCIA, G. DE FRANCESCO, G. INSOLERA, M. PELISSERO, R. RAMPIONI, L. RISICATO (a cura di), *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, Napoli, 2016, 305-317
- PALAZZO, Francesco, *Corso di diritto penale. Parte generale*, VI ed., Torino, 2016
- PALAZZO, Francesco, *Il principio di legalità tra Costituzione e suggestioni sovranazionali*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 2016, 1-11
- PALAZZO, Francesco, *Principio di legalità e giustizia penale*, in *Cass. pen.*, 2016, 2695-2704
- PALAZZO, Francesco, *Vassalli, maestro di diritto penale*, in *Giuliano Vassalli nel centenario della nascita. Atti della giornata in ricordo del Presidente emerito della Corte costituzionale (Palazzo della Consulta, 10 dicembre 2015)*, Milano, 2017, 27-35
- PALIERO, Carlo Enrico, «Minima non curat praetor». *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985
- PALIERO, Carlo Enrico, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 430-544
- PALIERO, Carlo Enrico, *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 849-922
- PALIERO, Carlo Enrico, *Metodologie de lege ferenda: per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 510-561
- PALIERO, Carlo Enrico, *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed 'effetti penali' dei media)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 467-538
- PALIERO, Carlo Enrico, *L'economia della pena (un work in progress)*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*,

- I, *Teoria del diritto penale, criminologia e politica criminale*, Milano, 2006, 539-610
- PALIERO, Carlo Enrico, *Oggettivismo e soggettivismo nel diritto penale italiano. Lezioni del corso di diritto penale progredito*, a cura di C. PERINI, F. CONSULICH, Milano, 2006
- PALIERO, Carlo Enrico, *La società punita: del come, del perché, e del per cosa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1516-1545
- PALIERO, Carlo Enrico, *L'agorà e il palazzo. Quale legittimazione per il diritto penale?*, in *Criminalia*, 2012, 95-117
- PALIERO, Carlo Enrico, *Verità e distorsioni nel racconto 'mediatico' della giustizia. Uno sguardo d'insieme*, in G. FORTI, C. MAZZUCATO, A. VISCONTI (a cura di) (con il Gruppo di Ricerca del Centro Studi "Federico Stella" sulla Giustizia penale e la Politica criminale), *Giustizia e letteratura*, I, Milano, 2012, 667-676
- PALIERO, Carlo Enrico, *La giustizia indifferente. "Etica" e "caso" nel Kubrick 'criminalista'*, in *Criminalia*, 2013, 73-91
- PALIERO, Carlo Enrico, *Il diritto liquido. Pensieri post-delmasiani sulla dialettica delle fonti penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1099-1132
- PALIERO, Carlo Enrico, *La laicità penale alla sfida del "secolo delle paure"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1154-1191
- PALMIERI, Giuseppe Maria, *La prevalenza di interessi patrimoniali nella disciplina del riciclaggio e la punibilità dell'autoriciclaggio come simbolica incriminazione del bis* in eadem, in *Ind. pen.*, 2016, 57-77
- PAPA, Michele, *Le qualificazioni giuridiche multiple nel diritto penale. Contributo allo studio del concorso apparente di norme*, Torino, 1997
- PAPA, Michele, *La tipicità iconografica della fattispecie e l'interpretazione del giudice. La tradizione illuministica e le sfide del presente*, in G. COCCO (a cura di), *Per un manifesto del neoilluminismo penale. Libertà individuali e principi penalistici. Libertà individuali e nuove morali di Stato. Il diritto penale economico in tempo di crisi. La questione dei reati associativi*, Milano, Padova, 2016, 149-162
- PAPA, Michele, *Fantastic voyage. Attraverso la specialità del diritto penale*, Torino, 2017
- PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, *La justificación de las leyes penales*, Valencia, 2013
- PASCULLI, Lorenzo, «Harm», «offence» and «offesa» in the English and the Italian criminal law. For a constitutionalisation of a unitary principle of harm in the English legal system, also as criterion of judicial interpretation, in *Dir. pen. XXI sec.*, 2016, 302-349

BIBLIOGRAFIA

- PAVARINI, Massimo, *Parte prima*, in M. DONINI, M. PAVARINI, *Silète poenologi in munere alieno!*, in M. PAVARINI (a cura di), *Silète poenologi in munere alieno! Teoria della pena e scienza penalistica, oggi*, Bologna, 2006, 11-25
- PAVARINI, Massimo, *Un arte abyecto. Ensayo sobre el gobierno de la penalidad*, Buenos Aires, 2006
- PAVARINI, Massimo, *Introduzione al libro «Dei delitti e delle pene». Origine delle pene* (Dei delitti e delle pene, § I), in *Dir. pen. XXI sec.*, 2014, 233-244
- PEDRAZZI, Cesare, *Ontologia fuori luogo (A proposito di una contravvenzione punita con la multa)* (1957), in ID., *Diritto penale, I, Scritti di parte generale*, Milano, 2003, 351-358
- PEDRAZZI, Cesare, *Interessi economici e tutela penale* (1985), in ID., *Diritto penale, III, Scritti di diritto penale dell'economia. Problemi generali. Diritto penale societario*, Milano, 2003, 187-200
- PEDRAZZI, Cesare, *Diritto penale* (1990), in ID., *Diritto penale, I, Scritti di parte generale*, Milano, 2003, 147-179
- PEDRINI, Federico, *Le "clausole generali". Profili teorici e aspetti costituzionali*, Bologna, 2013
- PELISSERO, Marco, *Contrasto al terrorismo internazionale e il diritto penale al limite*, in *Quest. giust. (Gli speciali)*, 2016, 99-112
- PERINI, Chiara, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, 2010
- PERINI, Chiara, *Fake news e post-verità tra diritto penale e politica criminale*, in www.penalecontemporaneo.it, 2017, 1-14
- PERUZZI, Angelo, *Definizioni. La cartografia dei concetti*, Milano, 1983
- PERUZZI, Angelo, *Definizione*, Firenze, 1997
- PESCE, Francesca, *Alle radici di un difficile binomio: analisi economica e diritto penale*, in *Ind. pen.*, 2011, 29-68
- PESCE, Francesca, *Analisi economica delle leggi per la lotta contro i reati sessuali negli Stati Uniti d'America. Efficienza versus simbolismo del diritto penale*, in *Dir. pen. XXI sec.*, 2015, 137-165
- PESCE, Francesca, *Omofobia e diritto penale: al confine tra libertà di espressione e tutela di soggetti vulnerabili. Le prospettive possibili in Italia e le soluzioni nell'Unione Europea*, in www.penalecontemporaneo.it, 2015, 1-38
- PHILIPPS, Lothar, *Unbestimmte Rechtsbegriffe und Fuzzy Logic. Ein Versuch zur Bestimmung der Wartezeit nach Verkehrsunfällen (§ 142 Abs. 2 StGB)*, in F. HAFT, W. HASSEMER, U. NEUMANN, W. SCHILD, U. SCHROTH (a cura

- di), *Strafgerichtsbarkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 1993, 265-280
- PIANA, Daniela, *Magistrati. Una professione al plurale*, Roma, 2010
- PIANA, Daniela, *La giustizia e i suoi saperi. Professionalità al servizio del giusto processo*, Roma, 2017
- PICOTTI, Lorenzo, *Il dolo specifico. Un'indagine sugli 'elementi finalistici' delle fattispecie penali*, Milano, 1993
- PICOTTI, Lorenzo, *Proporzionevolezza fra i delitti e le pene* (Dei delitti e delle pene, § VI), in *Dir. pen. XXI sec.*, 2014, 261-283
- PIERGALLINI, Carlo, *Depenalizzazione e riforma del sistema sanzionatorio nella materia degli alimenti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 1450-1472
- PIOTTO, Alessandro Maria, *Par. 3*, in S. MILONE, A.M. PIOTTO, *Gli interventi della l. n. 69/2015 sui delitti contro la p.a. e l'associazione di tipo mafioso: "molto rumore per nulla"?*, in www.lalegislazionepenale.eu, 2016, 5-9
- PLANTAMURA, Vito, *La tutela penale dei dati personali*, in V. PLANTAMURA, A. MANNA (a cura di), *Diritto penale e informatica*, Bari, 2007, 127-146
- PLANTAMURA, Vito, *Lo stalker, il pervertito e il clandestino: il ritorno del tipo d'autore nel diritto penale del terzo millennio*, in *Ind. pen.*, 2012, 371-410
- POLIDORI, Paolo, *Sensibilità economica e sensibilità giuridica nell'analisi del crimine*, in A. BONDI, G. MARRA, P. POLIDORI (a cura di), *Il prezzo del reato. La pena in una prospettiva interdisciplinare*, Torino, 2010, 75-101
- POPITZ, Heinrich, *Über die Präventivwirkung des Nichtwissens* (1968), in ID., *Soziale Normen*, Frankfurt am Main, 2006, 158-174
- POZUELO PÉREZ, Laura, *La política criminal mediática. Génesis, desarrollo y costes*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo, 2013
- PRITTWITZ, Cornelius, *Kriminalpolitik in der Mediengesellschaft – Eine Skizze* –, in R. MICHALKE, W. KÖBERER, J. PAULY, S. KIRSCH (a cura di), *Festschrift für Rainer Hamm zum 65. Geburtstag am 24. Februar 2008*, Berlin, 2008, 575-585
- PROSDOCIMI, Salvatore, *Dolus eventualis. Il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali*, Milano, 1993
- PROVERA, Alessandro, *Razionalità del crimine e significato della pena in Dostoevskij*, in G. FORTI, C. MAZZUCATO, A. VISCONTI (a cura di) (con il Gruppo di Ricerca del Centro Studi "Federico Stella" sulla Giustizia penale e la Politica criminale), *Giustizia e letteratura*, I, Milano, 2012, 84-89
- PUGLISI, Giuseppe, *A margine della c.d. "aggravante di negazionismo": tra occasioni sprecate e legislazione penale simbolica*, in www.penalecontemporaneo.it, 2016, 1-36

BIBLIOGRAFIA

- PULITANÒ, Domenico, *Illiceità espressa e illiceità speciale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, 65-124
- PULITANÒ, Domenico, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976
- PULITANÒ, Domenico, *Politica criminale*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, 3-51
- PULITANÒ, Domenico, *Etica e politica del diritto penale ad 80 anni dal codice Rocco*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 486-520
- PULITANÒ, Domenico, *Ragionevolezza e diritto penale*, Napoli, 2012
- PULITANÒ, Domenico, *Discrasie nel mondo penalistico*, in A. CASTALDO, V. DE FRANCESCO, M. DEL TUFO, S. MANACORDA, L. MONACO (a cura di), *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, Napoli, 2013 (stampa 2014), 341-352
- PULITANÒ, Domenico, *Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, in *Criminalia*, 2013, 123-146
- PULITANÒ, Domenico, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 29-58
- PULITANÒ, Domenico, *Diritto penale*, VI ed., Torino, 2015
- PULITANÒ, Domenico, *Due approcci opposti sui rapporti fra Costituzione e CEDU in materia penale. Questioni lasciate aperte da Corte cost. n. 49/2015*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 2/2015, 318-324
- PULITANÒ, Domenico, *La cultura giuridica e la fabbrica delle leggi*, in www.penalecontemporaneo.it, 2015, 1-11
- PULITANÒ, Domenico, *Offensività del reato (principio di)*, in *Enc. dir. Annali*, VIII, Milano, 2015, 665-685
- PULITANÒ, Domenico, *Intervento*, in www.penalecontemporaneo.it, 2016, 3-7 (dibattito su *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*)
- PULITANÒ, Domenico, *Quali ermeneutiche per il diritto penale?*, in *Ars interpretandi*, 2/2016, 45-59
- PULITANÒ, Domenico, *Diritto penale*, VII ed., Torino, 2017
- PULITANÒ, Domenico, *Il giudice e la legge penale*, in *Quest. giust.*, 2/2017, 149-158
- PULITANÒ, Domenico, *Riferimenti a valori nel lavoro del giurista*, in A. CAVALLIERE, C. LONGOBARDO, V. MASARONE, F. SCHIAFFO, A. SESSA (a cura di), *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, Napoli, 2017, 211-223
- PULITANÒ, Domenico, *Selezione punitiva fra diritto e processo*, in G. DE FRANCESCO, A. GARGANI (a cura di), *Evoluzione e involuzioni delle categorie penalistiche. Atti del Convegno di Pisa (8-9 maggio 2015)*, Milano, 2017, 227-247

- PUPPE, Ingeborg, *Vom Umgang mit Definitionen in der Jurisprudenz* (1989), in EAD., *Strafrechtsdogmatische Analysen*, Göttingen, 2006, 79-99
- PUPPE, Ingeborg, *Gespräch in einem Wartezimmer über die Macht und die Wissenschaft*, in R. ZACZYK, M. KÖHLER, M. KAHLO (a cura di), *Festschrift für E.A. Wolff zum 70. Geburtstag am 1.10.1998*, Berlin, Heidelberg, New York, 1998, 417-428
- PUPPE, Ingeborg, *Strafrecht als Kommunikation. Leistungen und Gefahren eines neuen Paradigmas in der Strafrechtsdogmatik*, in E. SAMSON, F. DENCKER, P. FRISCH, H. FRISTER, W. REIB (a cura di), *Festschrift für Gerald Grünwald zum siebzigsten Geburtstag*, Baden-Baden, 1999, 469-494
- PUPPO, Federico, *Logica fuzzy e diritto penale nel pensiero di Mireille Delmas-Marty*, in *Criminalia*, 2009, 631-656
- PUPPO, Federico, *Dalla vaghezza del linguaggio alla retorica forense. Saggio di logica giuridica*, Padova, 2012
- PUPPO, Federico, *Metodo, pluralismo, diritto. La scienza giuridica tra tendenze 'conservatrici' e 'innovatrici'*, Roma, 2013
- RAGIMOV, Ilham, *La moralità della pena* (2016), Torino, 2016
- RAVASI, Gianfranco, *Che cos'è l'uomo? Sentimenti e legami umani nella Bibbia*, Cinisello Balsamo, 2011
- RAVASI, Gianfranco, *Populismo*, in *Il Sole 24 Ore Domenica*, 29/1/2017, 23
- RIONDATO, Silvio, *Plurivocità persuasiva di fonti e formanti del diritto penale*, in A. CASTALDO, V. DE FRANCESCO, M. DEL TUFO, S. MANACORDA, L. MONACO (a cura di), *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, Napoli, 2013 (stampa 2014), 1315-1326
- RIPPA, Fabrizio, *Alla ricerca della tipicità difficile: le prime applicazioni del 'nuovo' delitto di scambio elettorale politico-mafioso*, in *Ind. pen.*, 2016, 702-742
- RISICATO, Lucia, *Gli elementi normativi della fattispecie penale. Profili generali e problemi applicativi*, Milano, 2004
- RISICATO, Lucia, *Introduzione*, in www.penalecontemporaneo.it, 2016, 2 (dibattito su *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*)
- ROMANO, Mario, *Secolarizzazione, diritto penale moderno e sistema dei reati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 477-508
- ROMANO, Mario, *Legislazione penale e consenso sociale*, in *Jus*, 1985, 413-429
- ROMANO, Mario, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Art. 1-84, III ed., Milano, 2004

BIBLIOGRAFIA

- ROMANO, Mario, *Un'introduzione*, in G. FORTI, C. MAZZUCATO, A. VISCONTI (a cura di) (con il Gruppo di Ricerca del Centro Studi "Federico Stella" sulla Giustizia penale e la Politica criminale), *Giustizia e letteratura*, I, Milano, 2012, 592-595
- ROMANO, Mario, *Ripensare il diritto penale (a dieci anni dalla scomparsa di Federico Stella)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1-13
- ROSS, Christoph, *Die Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums nach § 17 StGB im Spiegel der BGH-Rechtsprechung. Zugleich ein Beitrag zur Analyse latenter richterlichen Wertungen in Entscheidungsgründen*, Berlin, 2000
- ROXIN, Claus, *Il fondamento politico-criminale delle dottrine generali del diritto penale*, in A. CAVALIERE, C. LONGOBARDO, V. MASARONE, F. SCHIAFFO, A. SESSA (a cura di), *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, Napoli, 2017, 5-21
- RUGANI, Andrea, *La due anni di "autorociclaggio": una fattispecie-simbolo tra incertezze ermeneutiche e marginalità applicativa*, in www.lalegislazionepenale.eu, 2017, 1-33
- RUGA RIVA, Carlo, *Il lavavetri, la donna col burqa e il sindaco. Prove atecniche di "diritto penale municipale"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 133-148
- RUGA RIVA, Carlo, *Il nuovo disastro ambientale: dal legislatore ermetico al legislatore logorroico*, in *Cass. pen.*, 2016, 4635-4648
- RUGA RIVA, Carlo, *L'impianto della legge n. 48/2017, la nozione di "sicurezza urbana" e le sanzioni previste per la sua violazione*, in C. RUGA RIVA, R. CORNELLI, A. SQUAZZONI, P. RONDINI, B. BISCOTTI, *La sicurezza urbana e i suoi custodi (il sindaco, il questore e il prefetto). Un contributo interdisciplinare sul c.d. decreto Minniti*, in www.penalecontemporaneo.it, 2017, 1-11
- SACCO, Rodolfo, *Formante*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. Civ.*, VIII, Torino, 1992, 438-442
- SALVADORI, Ivan, *I reati di possesso. Un'indagine dogmatica e politico-criminale in prospettiva storica e comparata*, Napoli, 2016
- SAUER, Wilhelm, *Juristische Methodenlehre. Zugleich eine Einleitung in die Methodik der Geisteswissenschaften*, Stuttgart, 1940
- SBRICCOLI, Mario, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, in L. VIOLANTE (a cura di), *Storia d'Italia. Annali 14. Legge Diritto Giustizia*, Torino, 1998, 485-551
- SCHEERER, Sebastian, *Atypische Moralunternehmer*, in *Kriminologisches Journal*, 1986 (1. supplemento), 133-156

- SCHIAFFO, Francesco, *Il diritto penale tra scienza e scientismo: a proposito di un noto caso di scuola. Una nota (e un dubbio) sul metodo della scienza del diritto penale*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci, II, Teoria della pena. Teoria del reato*, Milano, 2006, 1779-1829
- SCHIAFFO, Francesco, *Le minime ragioni della legislazione penale simbolica: la criminalità mediata*, in *Crit. dir.*, 2010, 127-144
- SCHIAFFO, Francesco, *La creazione della insicurezza in Italia e negli USA: gli esiti istituzionali tra effetti simbolici e disastri reali*, in A. CASTALDO, V. DE FRANCESCO, M. DEL TUFO, S. MANACORDA, L. MONACO (a cura di), *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, Napoli, 2013 (stampa 2014), 1327-1347
- SCHILD, Wolfgang, *Die staatliche Strafmaßnahme als Symbol der Strafwürdigkeit*, in R. ZACZYK, M. KÖHLER, M. KAHLO (a cura di), *Festschrift für E.A. Wolff zum 70. Geburtstag am 1.10.1998*, Berlin, Heidelberg, New York, 1998, 429-441
- SCHMIDHÄUSER, Eberhard, *Strafgesetzliche Bestimmtheit: eine rechtsstaatliche Utopie*, in P. SELMER, I. VON MÜNCH (a cura di), *Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens*, Berlin, New York, 1987, 231-247
- SCHROEDER, Friedrich-Christian, *Symbolisches Strafrecht – symbolische Straftaten*, in F. HERZOG, U. NEUMANN (a cura di), *Festschrift für Winfried Hassemer*, Heidelberg, 2010, 617-623
- SCOLETTA, Marco, *Le parole sono importanti? “Fatti materiali”, false valutazioni di bilancio e limiti all’esegesi del giudice penale*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 4/2016, 163-173
- SEIBERT, Thomas-Michael, *Plädoyer für symbolisches Strafrecht*, in C. PRITTWITZ, M. BAURMANN, K. GÜNTHER, L. KUHLEN, R. MERKEL, C. NESTLER, L. SCHULZ (a cura di), *Festschrift für Klaus Lüderssen. Zum 70. Geburtstag am 2. Mai 2002*, Baden-Baden, 2002, 345-357
- SEMINARA, Sergio, *Appunti in tema di tentativo e di concorso di persone nel reato*, in C. DE MAGLIE, S. SEMINARA (a cura di), *La riforma del codice penale. La parte generale. Atti del Convegno (Pavia, 10-12/5/2001)*, Milano, 2002, 221-230
- SEMINARA, Sergio, *Sul metodo tecnico-giuridico e sull’evoluzione della penalistica italiana nella prima metà del XX secolo*, in *Studi in onore di Mario Romano, I*, Napoli, 2011, 575-616
- SEMINARA, Sergio, *Il delitto tentato*, Milano, 2012
- SERENI, Andrea, *L’ente guardiano. L’autorganizzazione del controllo penale*, Torino, 2016

- SESSA, Antonino, *Sicurezza dei minori e violenza massmediale: le ragioni della politica criminale*, in E.R. ZAFFARONI, M. CATERINI (a cura di), *La sovranità mediatica. Una riflessione tra etica, diritto ed economia*, Padova, 2014, 199-229
- SESSA, Antonino, *Ostinata criminalizzazione della clandestinità e tenuta democratica del sistema: fondamento e limiti alle opzioni della politica criminale simbolica*, in www.penalecontemporaneo.it, 2016, 19-27 (dibattito su *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*)
- SESSA, Antonino, *Controllo dei flussi migratori e sistema penale: la politica criminale delle “non scelte” alla prova della tenuta democratica del sistema*, in *Dir. pen. e proc.*, 2017, 522-532
- SESSA, Antonino, *La fisiologica sistematicità dell'emergenza: tendenze autoritarie nel diritto giurisprudenziale penale compulsivo*, in A. CAVALIERE, C. LONGOBARDO, V. MASARONE, F. SCHIAFFO, A. SESSA (a cura di), *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, Napoli, 2017, 309-322
- SGUBBI, Filippo, *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, Bologna, 1990
- SGUBBI, Filippo, *Il diritto penale incerto ed efficace*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 1193-1200
- SGUBBI, Filippo, *Presentazione* di G. INSOLERA (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, Padova, 2006, XI-XVIII
- SGUBBI, Filippo, *Il testo della rei gestae expositio del magistrato d'accusa al Capo dell'ufficio (detto anche nella vulgata il Vangelo secondo il Procuratore o Pubblico Ministero)*, in *Crit. dir.*, 2011, 308-311
- SGUBBI, Filippo, *Il principio di stretta legalità tra giurisprudenza nazionale e comunitaria*, in A. MANNA (a cura di), *Il principio di stretta legalità tra giurisprudenza nazionale e comunitaria. Convegno Nazionale dell'UCPI (Prato, 22/4/2016)*, Pisa, 2016, 133-136
- SGUBBI, Filippo, *Osservando oggi il diritto penale: brevi riflessioni*, in M. MANTOVANI, F. CURI, S. TORDINI CAGLI, V. TORRE, M. CAIANIELLO (a cura di), *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, Bologna, 2016, 83-86
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, II ed., Montevideo, Buenos Aires, 2010
- SIRACUSA, Licia, *La competenza comunitaria in ambito penale al primo banco di prova: la direttiva europea sulla tutela penale dell'ambiente*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2008, 863-902

- SORBELLO, Pietro, *Politica criminale ed osservanza delle regole. Riflessioni su limiti e possibilità di conversione al razionale dei comportamenti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1914-1948
- SOTIS, Carlo, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007
- SOTIS, Carlo, *Intervento*, in www.penalecontemporaneo.it, 2016, 14-19 (dibattito su *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*)
- SPENA, Alessandro, *Esiste il paternalismo penale? Un contributo al dibattito sui principi di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1209-1248
- STANGL, Wolfgang, *Staatliche Normgenese und symbolischer Interaktionismus*, in *Kriminologisches Journal*, 1986 (1. supplemento), 121-132
- STASIO, Donatella, *La «necessità» di prendere posizione contro il populismo penale*, in www.questionegiustizia.it, 2017, 1
- STEINERT, Heinz, *Über symbolisches und instrumentelles Strafrecht*, in D. FREHSEE, G. LÖSCHPER, G. SMAUS (a cura di), *Konstruktion der Wirklichkeit durch Kriminalität und Strafe*, Baden-Baden, 1997, 101-116
- STELLA, Federico, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, III ed., Milano, 2003
- STELLA, Federico, *La giustizia e le ingiustizie*, Bologna, 2006
- STILE, Alfonso M. (a cura di), *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, Napoli, 1991
- STORTONI, Luigi, *L'introduzione nel sistema penale dell'errore scusabile di diritto: significati e prospettive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 1313-1350
- STORTONI, Luigi, *Le nuove norme contro l'intolleranza: legge o proclama?*, in *Crit. dir.*, 1994, 14-20
- STORTONI, Luigi, FOFFANI, Luigi (a cura di), *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo. L'analisi critica della Scuola di Francoforte. Atti del Convegno (Toledo, 13-15 aprile 2000)*, Milano, 2004
- STRADELLA, Elettra, *La libertà di espressione politico-simbolica e i suoi limiti: tra teorie e "prassi"*, Torino, 2008
- STRADELLA, Elettra, *Recenti tendenze del diritto penale simbolico*, in E. D'ORLANDO, L. MONTANARI (a cura di), *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale. Atti del seminario svoltosi a Udine il 7 novembre 2008*, Torino, 2009, 201-241
- STÜBINGER, Stephan, *Das "idealisierte" Strafrecht. Über Freiheit und Wahrheit in der Straftheorie und Strafprozessrechtslehre*, Frankfurt am Main, 2008

- STUCKENBERG, Carl-Friedrich, *Rechtsgüterschutz als Grundvoraussetzung von Strafbarkeit?*, in *ZStW*, 2017, 349-362
- STUCKENBERG, Carl-Friedrich, *Strafe und Zurechnung bei Paul Fauconnet*, in *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 2017, 174-187
- SUMMERER, Kolis, *Il ruolo del comportamento alternativo lecito nel giudizio di evitabilità dell'evento*, in M. MANTOVANI, F. CURI, S. TORDINI CAGLI, V. TORRE, M. CAIANIELLO (a cura di), *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, Bologna, 2016, 265-284
- SWOBODA, Sabine, *Die Lehre vom Rechtsgut und ihre Alternativen*, in *ZStW*, 2010, 24-50
- TENORIO TAGLE, Fernando, *Il delitto e il controllo del delitto nella post-modernità* (2014), Bologna, 2015
- TEOBALDELLI, Désirée, *La responsabilità penale delle persone giuridiche: una valutazione di carattere economico*, in A. BONDI, G. MARRA, P. POLIDORI (a cura di), *Il prezzo del reato. La pena in una prospettiva interdisciplinare*, Torino, 2010, 199-227
- TIEDEMANN, Klaus, *Zum Verhältnis von Allgemeinem und Besonderem Teil des Strafrechts*, in G. ARZT, G. FEZER, U. WEBER, E. SCHLÜCHTER, D. RÖSSNER (a cura di), *Festschrift für Jürgen Baumann zum 70. Geburtstag 22. Juni 1992*, Bielefeld, 1992, 7-20
- TORDINI CAGLI, Silvia, *Il paternalismo legislativo*, in *Criminalia*, 2011, 313-337
- TORRE, Valeria, *Linee guida e tassatività*, in M. MANTOVANI, F. CURI, S. TORDINI CAGLI, V. TORRE, M. CAIANIELLO (a cura di), *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, Bologna, 2016, 309-326
- TRAPANI, Mario, *Creazione giudiziale della norma penale e suo controllo politico. Riflessioni su Cesare Beccaria e l'interpretazione della legge penale 250 anni dopo*, in www.archiviopenale.it, 1/2017, 1-90
- TRIBE, Laurence H., *Processo e matematica: precisione e rituale nel procedimento giudiziario*, in F. STELLA (a cura di), *I saperi del giudice. La causalità e il ragionevole dubbio*, Milano, 2004, 181-257
- TRIPODI, Andrea Francesco, *Informazioni privilegiate e statuto penale del mercato finanziario*, Padova, 2012
- VALENTI, Alessandro, *L'informazione a confronto con il processo penale*, in ID., *L'inarrestabile spettacolo della giustizia penale*, Bologna, 2017, 13-57
- VALLINI, Antonio, *Antiche e nuove tensioni tra colpevolezza e diritto penale artificiale*, Torino, 2003
- VANDELLI, Luciano, *Psicopatologia delle riforme quotidiane. Le turbe delle istituzioni: sintomi, diagnosi e terapie*, Bologna, 2006

- VENEZIANI, Marcello, *Alla luce del mito. Guardare il mondo con altri occhi*, Venezia, 2017
- VENTUROLI, Marco, *La vittima nel sistema penale. Dall'oblio al protagonismo?*, Napoli, 2015
- VERVAELE, John A.E., *La legislazione anti-terrorismo negli Stati Uniti: inter arma silent leges?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 739-779
- VIGANÒ, Francesco, *La Consulta e la tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su Corte cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, Pres. Criscuolo, Red. Lattanzi, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 2/2015, 333-343
- VIGANÒ, Francesco, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2016, 1-43
- VINCIGUERRA, Sergio, *Diritto penale italiano*, I, *Concetto, fonti, validità, interpretazione*, II ed., Padova, 2009
- VINCIGUERRA, Sergio, *Sull'intralcio all'amministrazione della giustizia delle interpretazioni discordanti e il suggerimento di qualche rimedio*, in *Dir. pen. XXI sec.*, 2014, 195-208
- VIOLANTE, Luciano, *Populismo e plebeismo nelle politiche criminali*, in *Criminalia*, 2014, 197-207
- VIOLANTE, Luciano, *La crisi del giudice "bocca della legge" e l'emergere di nuove concezioni di ruolo giudiziario*, in C. GUARNIERI, G. INSOLERA, L. ZILLETTI (a cura di), *Anatomia del potere giudiziario. Nuove concezioni, nuove sfide*, Roma, 2016, 15-36
- VOGEL, Benjamin, *Zur Bedeutung des Rechtsguts für das Gebot strafgesetzlicher Bestimmtheit*, in *ZStW*, 2016, 139-172
- VOGLIOTTI, Massimo, *Legalità*, in *Enc. dir. Annali*, VI, Milano, 2013, 371-435
- VOGLIOTTI, Massimo, *Lo scandalo dell'ermeneutica per la penalistica moderna*, in *Quad. fior. st. pens. giur. mod.*, 2015, tomo I, 131-181
- VOGLIOTTI, Massimo, *Il giudice al tempo dello scontro tra paradigmi*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2016, 1-18
- VOLK, Klaus, *L'analisi economica del diritto penale*, in A. BONDI, G. MARRA, P. POLIDORI (a cura di), *Il prezzo del reato. La pena in una prospettiva interdisciplinare*, Torino, 2010, 257-264
- VON DEWITZ, Clivia, *NS-Gedankengut und Strafrecht. Die §§ 86, 86a StGB und § 130 StGB zwischen der Abwehr neonazistischer Gefahren und symbolischen Strafrecht*, Berlin, 2006
- VON LISZT, Franz, *La teoria dello scopo nel diritto penale (1905)*, a cura di A.A. CALVI, Milano, 1962

BIBLIOGRAFIA

- VORMBAUM, Moritz, *Strafbare Nationalismus-Kritik? Zur Verunglimpfung staatlicher Symbole (§ 90a I Nr. 2 StGB)*, in *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 2016, 609-624
- VOß, Monika, *Symbolische Gesetzgebung. Fragen zur Rationalität von Strafgesetzgebungsakten*, Ebelsbach, 1989
- WEIGEND, Thomas, *Dove va il diritto penale? Problemi e tendenze evolutive nel XXI secolo*, in *Criminalia*, 2014, 75-88
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, BAILONE, Matías, *Delito y espectáculo. La criminología de los medios de comunicación*, in E.R. ZAFFARONI, M. CATERINI (a cura di), *La sovranità mediatica. Una riflessione tra etica, diritto ed economia*, Padova, 2014, 125-149
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, 1992
- ZILLETTI, Lorenzo, *Introduzione: gli incompatibili*, in C. GUARNIERI, G. INSOLETTA, L. ZILLETTI (a cura di), *Anatomia del potere giudiziario. Nuove concezioni, nuove sfide*, Roma, 2016, 9-12
- ZIPF, Heinz, *Politica criminale* (1980), trad. it. di A. BAZZONI, Milano, 1989
- ZIRULIA, Stefano, *Esposizione a sostanze tossiche e imputazione causale. Nuovi scenari del diritto penale della modernità*, Roma, 2015
- ZUCCALÀ, Giuseppe, *Sul preteso principio di necessaria offensività del reato*, in *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, III, Milano, 1984, 1687-1706
- ZUCCALÀ, Giuseppe, *Due questioni attuali sul bene giuridico: la pretesa dimensione «critica» del bene e la pretesa necessaria offesa ad un bene*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, *Teoria del diritto penale, criminologia e politica criminale*, Milano, 2006, 791-834

COLLANA DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

1. *Il GEIE «italiano» tra impresa e società* - ALESSIO BARTOLACELLI (2014)
2. *Sovranità e autonomia finanziaria negli ordinamenti composti. La norma costituzionale come limite e garanzia per le dimensioni della spesa pubblica territoriale* - FLAVIO GUELLA (2014)
3. *La dimensione proprietaria delle indicazioni geografiche. Uno studio di diritto comparato* - MATTEO FERRARI (2015)
4. *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita* - SIMONE PENASA (2015)
5. *Diritto e teologia alle soglie dell'età moderna. Il problema della potentia Dei absoluta in Giordano Bruno. Prefazione di Diego Quagliani* - MASSIMILIANO TRAVERSINO (2015)
6. *La successione a titolo particolare nel diritto controverso* - PAOLA WIDMANN (2015)
7. *Contributo allo studio del filtro in appello* - SILVANA DALLA BONTÀ (2015)
8. *«BONUS IUDEX». Saggi sulla tutela della giustizia tra Medioevo e prima età moderna* - CECILIA NATALINI (2016)
9. *BANNITI NOSTRI TEMPORIS. Studi su bando e consuetudine nel diritto comune* - CHRISTIAN ZENDRI (2016)

10. *L'elemento normativo nella fattispecie penale. Questioni sistematiche e costituzionali* - SERGIO BONINI (2016)
11. *L'omicidio stradale. Scelte di politica criminale e frammentazione del sistema* - ANTONIA MENGHINI (2016)
12. *L'abbandono mero degli immobili* - CARLO BONA (2017)
13. *Il decreto legislativo di attuazione statutaria nelle Regioni ad autonomia speciale* - MATTEO COSULICH (2017)
14. *Una giustizia più riparativa. Mediazione e riparazione in materia penale* - ELENA MATTEVI (2017)
15. *Il femminicidio come fattispecie penale. Storia, comparazione, prospettive* - EMANUELE CORN (2017)
16. *L'illecito dell'amministrazione. Questioni attuali e spunti ricostruttivi alla luce dell'indagine comparata* - SILVIA PELLIZZARI (2017)
17. *Contrasto al lavoro infantile e decent work* - MATTEO BORZAGA (2018)
18. *Retroattività e diritti reali* - CARLO BONA (2018)
19. *Fallimento e arbitrato rituale. Profili di interrelazione e autonomia tra i due procedimenti* - LAURA BACCAGLINI (2018)
20. *La funzione simbolica nel diritto penale del bene giuridico* - SERGIO BONINI (2018)