

RINGRAZIAMENTI

Tanti i 'debiti' che si contraggono durante un lungo percorso di ricerca come questo. Il primo è quello con il mio maestro, il prof. Geminello Preterossi, verso cui va la mia profonda gratitudine per il suo generoso sostegno ai miei studi e per il suo magistero scientifico e umano. Tanto ho imparato da lui in questi anni e tanto spero ancora di imparare. Il secondo è quello verso la comunità di studiosi che anima il Laboratorio Hans Kelsen del Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università degli studi di Salerno, felice intuizione di un grande mentore dell'Accademia come il prof. Alfonso Catania e di sua moglie, la prof.ssa Laura Bazzicalupo. Di questa 'comunità' mi preme ricordare, tra gli altri, i proff.ri G. Bisogni, V. Giordano, F. Mancuso, S. Pietropaoli, A. Tucci e i dottori Anna Cavaliere, Alfredo D'Attorre e Sandro Luce. Verso tutti loro nutro un profondo sentimento di stima e affetto. Desidero poi ricordare qui, insieme a quella del laboratorio Kelsen, anche un'altra grande 'famiglia' come quella dell'Istituto italiano per gli studi filosofici di Napoli, che mi ha visto suo membro come borsista di ricerca in anni passati, e verso cui serbo altrettanta riconoscenza. Desidero infine rivolgere un doppio pensiero speciale: a Carmen, per la sua puntigliosa opera di revisione del testo e per la sua dolcissima presenza nella mia quotidianità e al dottor Pasquale Mastrolia, dottorando di ricerca in diritto penale dell'Università degli studi di Pavia, per il dialogo che ha voluto intrattenere con il sottoscritto sui temi di questo libro e per la sua amicizia. Questo lavoro è dedicato alla memoria di mio zio Luigi.

CAPITOLO 1

LA DOGMATICA DEL SOGGETTO

Sommario: 1. La «*Person im Recht*». – 2. Soggetto naturale vs soggetto della comunicazione (sociale). – 2.1. Normativismo e teoria dei sistemi. – 3. Significato del ‘ruolo’ e aspettativa normativa. – 4. Una particolare rilettura del comma 1, art. 27, Cost. – 4.1. *In medio stat virtus*.

Nel dibattito giuridico degli ultimi anni, poche elaborazioni riguardanti le funzioni e la natura del reato, e della pena, sono emerse e hanno suscitato altrettante discussioni quanto quelle provocate dalle teorie formulate da Günther Jakobs, le quali si sono dovute scontrare con una serie di attacchi e critiche, anche feroci, di una parte della comunità degli studiosi. La ragione di reazioni così accese – pur non mancando, soprattutto nella letteratura internazionale¹, valutazioni di taglio positivo – sicuramente è da riscontrare nella natura fortemente polemica, a tratti, per alcuni esponenti della dottrina, addirittura *eretica*, della posizione jakobsiana rispetto al canone interpretativo tradizionale². Tale tendenza deviante si manifesterebbe, soprattutto, riguardo al modo di configurare i soggetti – la loro capacità penale – laddove, in alcuni punti, nello schema binario³ che si sostiene, si arriva ad affermare che,

¹ Per un riepilogo, nell’ampio contesto internazionale, della ricezione in lingua spagnola delle tesi funzionaliste di Jakobs si v. J.M. SILVA SANCHEZ, *La influencia de la obra de Günther Jakobs en el espacio jurídico-penal hispanoablante*, in *InDret. Revista para el Analisis del Derecho*, 1, 2019, pp. 1-20.

² Col riferimento ad un “canone tradizionale” intendiamo riferirci, come detto, da un lato, a quella lunghissima tradizione che, dipartendo dalla stagione illuminista, arriva a cristallizzarsi nell’elaborazione della scuola classica di diritto penale; dall’altro, guardando al contesto tedesco, al modello sistematico del Beling con la sua tripartizione e la fondazione della teoria del reato sulla figura del *Tatbestand*. Sulla scuola classica di diritto penale cfr. S. VINCIGUERRA, *Le fonti culturali del diritto penale italiano*, Cedam, Padova, 2008.

³ Cfr. M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al “nemico”*, in *Cass. pen.*, 2, 2006, p. 736: «Secondo una logica binaria non ci sono sfumature tra il nemico e l’amico o fra il cittadino e

lo Stato può procedere secondo due diverse modalità contro i delinquenti: può configurarli alla stregua di persone che delinquono, che come tali hanno commesso un errore; ovvero come individui ai quali si deve impedire, mediante il ricorso alla coazione, di distruggere l'ordinamento giuridico⁴.

Questa (netta) suddivisione in due opposti modelli di reazione rappresenterebbe una via ineludibile, per evitare, all'interno del sistema penale, sovrapposizioni pericolose. Di seguito, tale scelta interpretativa (e, guardando all'ambito ordinamentale, tale indirizzo suggerito di politica del diritto) viene percorsa immaginando un differente processo di qualificazione giuridica a carico degli agenti o potenziali agenti del reato, il quale tende a configurare per essi, in qualche modo, un duplice *status*, non più unico ed esclusivo ma duale e oppositivo: da una parte viene collocato il cittadino, la persona (in diritto), dall'altra, il nemico. Tutto ciò, in particolare la legittimazione dello stigma legale rivolto contro alcuni – definiti addirittura non-persone (*Unpersonen*) – ha ricordato, immediatamente, a molti, esperimenti considerati un lontano ricordo, anticaglie pericolose di uno strumentario penalistico “maledetto”, legato ai momenti più bui dello scorso secolo, retaggio di un passato che si credeva sepolto⁵.

il nemico; si tratterebbe di due categorie incomunicabili, di logiche inconciliabili: l'una di dialogo e l'altra di guerra, l'una rispettosa di tutti i diritti fondamentali e politici, l'altra no. Il diritto penale del nemico, pertanto, andrebbe circoscritto ai fenomeni dove veramente l'autore del reato viene solo considerato come un nemico da combattere: si da escludere questa etichetta tutte le volte che non si possa dire (o ammettere) che lo Stato intervenga con uno scopo di mera neutralizzazione, di lotta o di annientamento». In tal senso, «Ci sarebbe pertanto un binario puro, depurato di questi elementi, riguardante i cittadini, e uno selettivamente destinato agli *hostes*, agli *aliens*».

⁴G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico*, in M. DONINI, M. PAPA (a cura di), *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 21-22.

⁵Si v. G. LICCI, *Lexicon essenziale del linguaggio penalistico di lingua tedesca*, Celid, Torino, 2012, p. 34: «La teorizzazione del diritto penale del nemico» si osserva, «è, sotto certi aspetti, erede della teorizzazione del diritto penale d'autore (*Täterstrafrecht*), molto diffusa nella Germania degli anni trenta. Il *Täterstrafrecht*, al pari del *Willensstrafrecht* a base psicologico-antropologica, gode di scarso prestigio nella letteratura italiana, la cui opzione per il diritto penale dell'offesa (*Erfolgsstrafrecht*), riversata nel codice del 1930, è (anche) fondata sulla preoccupazione che – nella mente del giudice – l'autore prenda il posto della condotta deviante, accreditando condanne di soggetti dalla personalità inquietante, ma in realtà non responsabili del preciso episodio concreto a loro attribuito nel capo di imputazione. In ragione di questo pregiudizio, il diritto penale del Nemico costituisce, in Italia, un modello rifiutato». In realtà, nella costruzione jakobsiana, non esiste alcun riferimento alla dimensione psicologico-antropologica del (soggetto di) reato, opponendosi invece, in essa, natura (dell'uomo) e diritto. In tal senso, come diremo, c'è molto più Luhmann o Kelsen che Dahm in Jakobs. Detto ciò, sulla considerazione dell'individuo come non-persona si rimanda innanzitutto a G. JAKOBS, *Individuum und Person. Strafrechtliche Zurechnung und die Ergeb-*

Cercheremo di chiarire come, in verità, la prestazione jakobsiana, muovendosi, per lo più, lungo un perimetro concettuale ben circoscritto, ossia il funzionalismo sistemico di matrice luhmanniana, vada determinando una rilettura (in parte) nuova, e originale del diritto penale, la quale si salda con una dinamica reale dello stesso⁶: stabilire parentele strette, quindi, tra tale prestazione e altre, definite anch'esse dal giudizio degli studiosi come "eretiche" rispetto al canone garantista, può essere fuorviante, laddove non si comprendano appieno le linee di continuità/discontinuità con il passato.

Pertanto, occorre nuovamente⁷ riconoscere che il nucleo dell'impianto teorico, affrontato in queste pagine, è da rintracciare, primariamente, all'interno della discussione relativa alla teoria dei sistemi luhmanniana. Non appaia pleonastico ricordarlo ancora una volta: altre forme di genitura concettuale, infatti, diverse dal *funzionalstrukturalismo* del sociologo di Bielefeld, sebbene possano trovare ospitalità nella riflessione⁸, non rappresentano certo un immediato riferimento dell'indagine jakobsiana su forma e funzioni del diritto penale. Tale rilievo è importante perché, nonostante emergano, in superficie, vari punti di contatto, il funzionalismo penale segue un'elaborazione diversa da indirizzi dogmatici del passato – ci riferiamo, qui, per lo più, al positivismo criminologico – che a esso sono stati accostati; sicché, l'edificio concettuale messo su dal giuspenalista di Bonn viene propriamente edificato con i materiali della sociologia sistemica.

Iniziando a ragionare sulla teoria dei sistemi, centrale è, in essa, l'idea che l'intero universo sociale (non sfugge, quindi, la "cittadella" del diritto) sia una forma di spazialità composita e complessa per cui, data questa genealogia, è necessario che la società sia "pensata" come costellata da sottosistemi e strutture in grado di assorbirne – verbalizzandola – l'eterogeneità della misura.

Lungo questa prospettiva, il problema della *stabilizzazione* diviene il punto principale della scienza penale: la società, nel suo essere uno spazio non liscio

nisse moderner Hirnforschung, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2, 2005, pp. 247-266. Sull'argomento si v. inoltre M. PAVARINI, *La neutralizzazione degli uomini inaffidabili. La nuova disciplina della recidiva e altro ancora sulla guerra alle Unpersonen*, in *Studi sulla questione criminale*, 2, 2006, pp. 7-29. Più in generale, sulla nascita e l'affermazione del c.d. diritto penale autoritario, nelle forme del *Täterstrafrecht* e del *Willensstrafrecht*, caratteristico della stagione nazifascista, M. PIFFERI, *Problemi costituzionali del diritto penale tra riformismo e ascesa del paradigma autoritario*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XLVIII, 2019, pp. 309-353.

⁶ *In primis* la tendenza verso la settorializzazione/parcellizzazione dell'ordinamento penalistico in diverse parti contrapposte.

⁷ Cfr. *supra* Introduzione.

⁸ E, in effetti, come già detto e come vedremo puntualmente, riferimenti continui emergono dal discorso jakobsiano alle teorie di Kelsen e di Hegel.

ma striato, percorso dalla connessione continua di azioni tra loro interdipendenti, delimitate nei confronti di un ambiente a esse esterno, necessita di un codice unitario. L'agire umano individuale (nel suo sostrato *naturalistico*) è pensabile solo se iscritto nelle griglie di questo codice che tende a filtrarlo; ancora, andando più in profondità, può dirsi che l'azione (umana) tende a svanire dietro la "forma" di un "ruolo", il quale è prestabilito proprio da questo (unitario) codice di riferimento. Scrive sempre Luhmann:

Le persone, dunque, si condensano come effetto secondario della necessità di risolvere il problema della doppia contingenza sociale, se si deve in qualche modo pervenire alla costruzione di sistemi sociali. Questo spiega la disciplina della pazienza, la limitazione del repertorio di comportamenti ammessi, la necessità di rimanere quello che si era finto di essere. Questo spiega anche l'allusione a un lato nascosto al quale si potrebbe passare nell'ambito delle possibilità ulteriori di cui un sistema psichico dispone. La forma stessa non serve quindi a soddisfare dei bisogni psichici, bensì risolve – insieme con altre referenze – dei problemi che riguardano tutti i sistemi sociali⁹.

Senza, per ora, insistere troppo, e nello specifico, sulla c.d. *Rollentheorie*¹⁰ – comunque decisiva ai fini della nostra ricognizione sul concetto funzionalista di Persona – si può, però, immediatamente affermare che Jakobs riprende da Luhmann l'immagine di un diritto penale attratto nel più profondo *formalismo*, ordinato secondo l'opposizione sistemi psichici/sistemi sociali¹¹: la società (della quale l'ordinamento giuridico è un sottosistema), dunque, seguendo lo spartito funzionalista, non appare composta dai singoli soggetti presi nella loro individualità, ma esclusivamente da ruoli (nei quali ogni singolo è via via "incardinato") orientati in senso omogeneo¹². L'insieme di questi ruoli, il loro sviluppo e

⁹ N. LUHMANN, *Che cos'è la comunicazione?*, a cura di A. Cevolini, Mimesis, Milano-Udine, 2018, p. 139.

¹⁰ Per una teoria del ruolo sociale si rimanda, oltre che a Luhmann (e a Jakobs), anche a R. DAHRENDORF, *Homo sociologicus. Uno studio sulla storia, il significato e la critica della categoria di ruolo sociale*, a cura di P. Massimi, Armando, Roma, 1989. Il concetto di «ruolo» afferma Cornacchia «è invalso nelle scienze sociali come contrassegno di strutture sociali di azione o posizioni che stanno alla base del sistema (e quindi dell'ordinamento che lo formalizza) che involgono determinati diritti e obblighi, e orientano le aspettative di comportamento dei consociati: *status* o ruoli sono dunque concetti di relazione, che connettono le aspettative culturali con le condotte ad esse relative». L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 350.

¹¹ Cfr. N. LUHMANN, *Che cos'è la comunicazione?*, cit., p. 143.

¹² L'idea di una strutturazione in ruoli della società, che si rifletterebbe direttamente nell'ambito penale, viene sottolineata anche da J.I.P. ROCHEFORT, *Rol social y sistema jurídico*

il loro disciplinamento, ai fini della *stabilizzazione* complessiva del sistema (giuridico), viene ordinato secondo uno schema interpretativo specifico, ovvero quello *funzionalista*¹³. Tutto ciò segna in profondità, e non potrebbe essere altrimenti, la grammatica penalistica, riorientandone il *telos*.

Col funzionalismo penale, quindi, troviamo una dottrina che ripone al centro del discorso la “componente interna ovvero quella teleologica”, su quella “personalistica”¹⁴: in quest’ottica la pena sarà il solo mezzo attraverso cui la società potrà dirsi compiuta o, più correttamente, *giuridicamente realizzata*¹⁵.

penal. Acerca de la incorporación de estructuras sociales en una teoría funcionalista del derecho penal, in E. MONTEALEGRE LYNETT (a cura di), *El Funcionalismo en Derecho penal. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 39-61.

¹³ Si v. di nuovo N. LUHMANN, *op. ult. cit.*, pp. 139 e ss: «La teoria funzionale dei sistemi», osserva sempre il sociologo di Bielefeld, «che si sta facendo luce non solo nella scienza sociale, ma anche nella moderna biologia, nella tecnica dei sistemi a regolazione automatica e nella teoria psicologica della personalità, non è più comprensibile in base a premesse ontologiche. Per essa, la stabilità è non più la vera essenza di un sistema che esclude altre possibilità, ma, al contrario, la stabilizzazione del sistema viene concepita come un problema da risolvere in vista di un ambiente mutevole, indipendente dal sistema, ostile, e quindi rende indispensabile un costante orientamento ad altre possibilità. Così la stabilità non deve essere più intesa come una sostanza immutabile, ma come una relazione tra sistema e ambiente, come invarianza relativa delle strutture del sistema e dei confini del sistema di fronte a un ambiente mutevole». Jakobs riprende, da tale discorso, l’idea che la pena lavori (nel sotto sistema giuridico) come struttura in grado di assorbire le delusioni e permettere la stabilizzazione; in tal senso, il sistema giuridico, non fondandosi su premesse ontologiche definite, è costantemente obbligato a ricercare una stabilità interna attraverso l’operatività delle strutture (nel caso di specie: le norme penali). Cfr. G. JAKOBS, *Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und „alteuropäischem“ Prinzipiendenken*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 4, 1995, pp. 843 e ss.

¹⁴ Al contrario del funzionalismo penale muovono, come detto, su diversi aspetti, costruzioni eredi del c.d. ‘classicismo penale’. In queste si fa prevalere una dimensione *esterna*, della *penalità*, ancorata alla valorizzazione della persona (rispetto al simulacro della *norma*); in tal senso si v. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, (1989) 2011, pp. 893-894.

¹⁵ Emerge, così, la forte valorizzazione di uno statuto ‘tecnocratico’ della penalità – tale per cui la stabilizzazione delle norme diventa l’esclusivo obiettivo verso cui la leva sanzionatoria si aziona. Cfr. di nuovo A. BARATTA, *La teoria della prevenzione-integrazione. Una “nuova” fondazione della pena all’interno della teoria sistemica*, in *Dei delitti e delle pene*, 2, 1984, p. 18: «Secondo Jakobs, (...) la dogmatica giuridica segue la regolamentazione data dal sistema giuridico positivo. Così come questa regolamentazione, essa è dunque funzionale alla riproduzione e alla conservazione della realtà sociale. Questa tendenza inserisce la teoria della prevenzione-integrazione nel contesto di un modello *tecnocratico* e la contrappone a teorie che rispondono invece ad un modello critico della relazione tra scienza sociale e tecnica giuridica». Su questo si v. anche R. BARTOLI, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Giappichelli,

La (singola) persona viene, così, per lo più oscurata¹⁶, schermata dall'obiettivo strumentale¹⁷ della tutela delle norme (intese come regimi di aspettativa¹⁸); ancora, sullo stesso punto: se una norma è tutelabile (e tutelata) in virtù, semplicemente¹⁹, del suo essere una *struttura sociale istituzionalizzata*, ovvero, garantita da regimi di aspettative giuridiche che, pur disattese, reagiscono con l'as-

Torino, 2005, p. 46. In senso contrario all'interpretazione di Baratta muove l'analisi di E. PENARANDA RAMOS, C. J. SUAREZ GONZÁLEZ, M. CANCIO MELIÁ, *Un nuevo sistema del Derecho penal. Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs*, Ad-hoc, Buenos Aires, 1999.

¹⁶ Si v. G. JAKOBS, *Die Idee der Normativierung in der Strafrechtsdogmatik*, in M. CANCIO MELIÁ (a cura di), *Sobre la normativización de la dogmática jurídico penal*, Thomson Civitas, Madrid, 2003, pp. 15 e ss. Esiste, come accennato, nel modello jakobsiano, una distanza chiara tra la dimensione singola dell'individuo con una "propria" coscienza, e la società intesa come "sistema di comunicazione". Le aspettative normative sono rivolte non a individui, ma a soggetti "costruiti" al livello della comunicazione sociale definiti come "Persone-in-diritto".

¹⁷ Orbene, è in virtù, proprio, di tale strumentalità, che può riconoscersi, tra le altre cose, il *funzionalismo penale* come *species* del nichilismo (giuridico)? In verità quella del nichilismo giuridico, è una via interpretativa emersa da anni in dottrina, e molto arata, soprattutto sul versante giusprivatistico, non certo ascrivibile da principio a Jakobs e al campo della sua proposta teorica. Volendo, comunque, avanzare l'ipotesi di un confronto, si può partire dalla considerazione circa l'elevato grado di *neutralità (relativismo)* della costruzione del giuspenalista di Bonn. Nella prospettiva sistemica, infatti, la tutela penale non coinvolge beni o valori determinati, ascrivibili al soggetto, ma, anzi, qualsiasi dimensione "individualistico/valoriale" della tutela è rifiutata. La pena, come detto, "si limita" a mantenere stabile la struttura normativa. La persona è il *mezzo* dunque, non il *fine* della tutela (penale). Cfr. N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Laterza, Roma-Bari, 2005. Sullo stesso argomento v. anche V. POSSENTI, *Nichilismo giuridico. L'ultima parola?*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2012 e B. ROMANO, *Fondamentalismo funzionale e nichilismo giuridico. Postumanesimo «noia» globalizzazione. Lezioni 2003-2004*, Giappichelli, Torino, 2004. In chiave critica del paradigma M. BARCELONA, *Critica del nichilismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 2006.

¹⁸ Cfr. S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA, G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Il Mulino, Bologna, 2017, p. 255. Qui, evidentemente, per norma «non si intende la disposizione scritta rinvenibile nel codice penale o nelle leggi speciali, ma piuttosto un'aspettativa: a) l'ordinamento si attende che i consociati, in una determinata situazione, si comportino in un certo modo; b) di riflesso, ogni consociato si può legittimamente attendere che gli altri si comporteranno in quel modo. Inoltre, un'aspettativa non meramente fattuale (c.d. *cognitiva*) ma **normativa**: ossia, provvista di tutela da parte dell'ordinamento, in particolare, di quella tutela che si realizza attraverso la minaccia della sanzione per il caso di delusione dell'aspettativa stessa».

¹⁹ Cfr. G. JAKOBS, *Die Idee der Normativierung in der Strafrechtsdogmatik*, cit., pp. 15 e ss. Messa così la questione, la scienza penale appare indifferente di fronte alla sfera politica e al mutamento che questa determina nella gerarchia dei valori. In questo senso è Jakobs stesso a dichiarare che la sua dogmatica opera una descrizione *neutra* di fenomeni reali.

sorbimento della delusione provocata dalla lesione dell'aspettativa, dato tale presupposto, lo strumento penalistico sarà qualificato, *nella sua essenza costitutiva*, come una mera tecnica di reazione contro qualsiasi tentativo di perturbazione sociale²⁰. Nulla di più, nulla di meno²¹.

Ci preme segnalare, allora, come questione centrale nella discussione intorno al funzionalismo penale di Günther Jakobs, l'abbandono (in esso) dell'idea del soggetto individuale: come osserveremo, secondo la linea teorica qui discussa, il soggetto titolare di capacità penale è tale non in quanto uomo, *ente singolo naturale* ma in quanto soggetto (generico) della comunicazione. Pertanto, la soggettività giuridica dell'essere umano è accessibile solo attraverso una comunicazione (sociale) nella quale essa si (auto)rappresenta. In questa direzione riemerge un immediato collegamento con la teoria dei sistemi di Luhmann, secondo la quale

Il sistema giuridico di una società è costituito da tutte le comunicazioni sociali che vengono formulate con riferimento al diritto. Al sistema del diritto appartengono non solo quelle comunicazioni che si svolgono nell'ambito di procedimenti regolati attraverso il diritto, ma anche comunicazioni della vita quotidiana, nella misura in cui esse pongano questioni di diritto oppure facciano valere o respingano pretese con riferimento al diritto²².

²⁰ Nel funzionalismo penale ritroveremmo, quindi, diversi aspetti di una teoria (giuridica) nichilista: l'abbandono di qualsiasi prospettiva *contenutistica*, ovvero, di una precisa assiologia di valori/principi da difendere, o rilanciare; la conferma di un unico *telos* (sotteso al diritto) orientato alla stabilità dell'ordine sociale, che può benissimo sussumersi nel discorso della tecnica; il sublimarsi della *forma* intesa come crocevia fondamentale dell'intera esperienza giuridica e, soprattutto, il relativismo dell'approccio che pone in crisi il dogma dell'unitarietà. Dietro la concezione della norma (penale) come regime di aspettative giuridiche si celerebbe, dunque, l'estremo stadio di un pensiero, al tempo, formalista e relativista. Ancora, sul piano terminologico, la formula stessa "funzionalismo penale" richiama quella famiglia di parole, come indicate da Irti, *funzione, funzionamento, funzionario, funzionare*, «le quali tutte esprimono la capacità di una macchina o la posizione del soggetto nell'operare e dispiegarsi di essa. La macchina funziona *senza riguardo ad uno od altro contenuto*. Non importa il perché ed il che cosa, ma soltanto il *come*: non importa la verità, ma soltanto la *validità* della norma giuridica. Il valore della norma, la sua efficacia obbligatoria e costrittiva, non dipende da un punto di appoggio ultraterreno o da un dato e specifico contenuto. Essa *vale se è prodotta dalla macchina secondo prestabilite procedure*. L'esistenza del diritto è chiusa nella funzionalità di una forma, priva di qualsiasi determinazione contenutistica». N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, cit., p. 34.

²¹ Cfr. L. EUSEBI, *La pena «in crisi». Il recente dibattito sulla funzione della pena*, Morcelliana, Brescia, 1990. È chiaro che, in quest'ottica, perdono valore quelle istanze *umanitarie* proprie della prevenzione speciale positiva su cui la nostra stessa Costituzione elabora la sua assiologia penalistica.

²² N. LUHMANN, *La differenziazione del diritto*, a cura di R. De Giorgi, Il Mulino, Bologna, 1990, p. 61.

In questo caso, la comunicazione viene intesa come *medium* che attraversa i soggetti, la loro sfera di *competenza*, e funge da collante dello spazio giuridico. Addirittura si afferma²³ che, senza un processo di comunicazione, non si generano soggetti liberi. È la *comunicazione sociale* a definire, dunque, la struttura del soggetto come persona (in diritto), come soggetto libero. Insomma, come si detaglierà meglio in seguito, il concetto di comunicazione²⁴, mutuato dalla teoria dei sistemi luhmanniana, permea di sé l'intera *Straftheorie* e *Verbrechens-theorie* jakobsiane, contribuendo a quella de-individualizzazione/de-naturalizzazione degli assi principali del reato evocata all'inizio.

Volendo porre un punto fermo nella discussione, da cui ripartire ogni volta, si può riconoscere, allora, che, contestato nella sua distanza dai crismi della tradizione illuminista (*Gegenaufklärung*), il castello teorico, messo su dal giuspenalista di Bonn, rispecchia uno spazio ben definito della scienza e del diritto penale contemporanei e in questo spazio, messa da parte la persona singola con le sue esigenze di protezione²⁵, emerge, come vedremo, (quasi) egemone l'immagine della pena pensata in chiave di difesa/promozione, da una parte contro i rischi potenziali per la tenuta dell'ordinamento²⁶, dall'altra per il consolidamento strutturale di questo.

²³ Cfr. G. JAKOBS, *op. ult. cit.*, pp. 15 e ss. Su questo v. anche J. HABERMAS, *Verità e giustificazione*, tr. it. a cura di M. Carpitella, Laterza, Roma-Bari, 2001, in particolare pp. 181 e ss.

²⁴ Si v. sempre G. JAKOBS, *op. ult. cit.*; inoltre si v. anche ID., *Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und „alteuropäischem“ Prinzipiendenken*, cit.; ID., *Schuld und Prävention*, Mohr, Tübingen, 1976; ID., *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*, Schöningh, Paderborn, 1996. Quando parliamo di *comunicazione* intendiamo esclusivamente la comunicazione di tipo giuridico (o personale). Non rileva, infatti, quella di tipo "strumentale", quella, cioè, legata al mondo della natura o dei sensi. In questa direzione, come osserveremo, il soggetto è persona-in-diritto (dunque soggetto titolare di capacità penale) non per via del suo "comunicare-con-gli-altri" in virtù di processi fisici e/o psicologici, ma grazie al suo essere titolare di un ruolo sociale che interagisce con altri ruoli (sociali). La comunicazione, dunque, veicola sé stessa attraverso il soggetto incardinato in un ruolo.

²⁵ Col rischio evidente della sua strumentalizzazione. In tema si v. F. PALAZZO, *Introduzione ai principi del diritto penale*, Giappichelli, Torino, 1999; G. DE VERO, *Introduzione al diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2002; nella letteratura tedesca segnaliamo E.A. WOLFF, *Das neuere Verständnis von Generalprävention und seine Tauglichkeit für eine Antwort auf Kriminalität*, in *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, 4, 1985, pp. 786-830.

²⁶ Soprattutto in riferimento alla capacità dello stesso di farsi garante dei processi economico/finanziari. Su questo si v. R. RAMPIONI, *Diritto penale dell'economia e principi informatori del sistema penale*, in R. RAMPIONI (a cura di), *Diritto penale dell'economia*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 1-20. Sulla questione si segnala anche il contributo di T. WEIGEND, *Dove va il diritto penale? Problemi e tendenze evolutive nel XXI secolo*, in *Criminalia*, 9, 2014, pp. 75-88.

Così, appare sulla scena il pericolo di un fine *anti umanitario* che, se nella storia è stato diverse volte ascritto al penale, tanto da definirne icasticamente la natura di “terribile diritto”, ora, sotto una nuova luce, rideterminerebbe questo “terribile diritto” come “funzione tecnica di stabilità” (dell’ordine giuridico-sociale); simile curvatura (del significato della norma penale) se può definire, per certi aspetti, l’esito di tutta la prestazione funzionalista, tende, però, allo stesso tempo, a “ridimensionare” quel tessuto di matrice personalistica proprio di ogni ordinamento orientato alla sfera dell’individuo.

Muovendo esattamente dai seguenti due punti, la presente indagine dovrà indagare, allora, sullo sfondo dell’analisi sulla *Theorie* jakobsiana, la natura triadica del rapporto tra (funzioni della) pena, individuo e società, così come tale rapporto tende a svilupparsi nel presente²⁷; ciò servirà a prendere cognizione di un preciso campo dialettico, che è percorso dalla tensione tra da due ‘poli’ che (non) si vogliono compatibili²⁸: nello specifico, da una parte starebbe la preminenza del singolo, dall’altra quella dell’ordinamento sociale e giuridico. Si tratta di comprendere, cioè, partendo da Jakobs,

se nella cornice in cui ora è calata l’esperienza giuridica, in particolare quella di tipo penale, che è la più intensamente riflettente il rapporto problematico tra il potere e il cittadino, la persona umana abbia riacquisito il suo posto cruciale, come inizio e centro dell’esperienza giuridica, ovvero sia rimasta inconcussa la pretesa della modernità, di configurare costitutivamente il soggetto giuridico attraverso il sistema sociale di potere, che si avvale strettamente delle norme giuridiche per esercitare il suo controllo sociale a partire dall’ipotesi del conflitto inesorabile tra gli interessi contrapposti di una moltitudine di individui anomici ed estranei reciprocamente gli uni agli altri²⁹.

²⁷ Cfr. T. VORMBAUM, *Storia moderna del diritto penale tedesco. Una introduzione*, tr. it. a cura di G. Oss e S. Porro, Cedam, Padova, 2013, p. 345.

²⁸ Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la persona*, Wolters Kluwer Cedam, Padova, 2016, pp. 40-41. Da una parte, infatti, come ricorda l’A., starebbe il *personalismo* il quale, «afferma il *primato della persona umana* come uomo-valore, uomo-persona, uomo-fine, come tale non strumentalizzabile, in funzione di alcun interesse extra o ultrapersonale. Che è punto di incontro di ogni “umanesimo”, metafisico e non metafisico, religioso o laico, che pur sempre riconosca all’essere umano una sua *intrinseca dignità* (oggettiva e non selettiva in rapporto all’età dello sviluppo, alla qualità della sua salute, alla capacità di intervento sociale e di produttività economica), e che ne fa un soggetto fine in sé e mai un oggetto-mezzo»; dall’altro, e in opposizione, l’*utilitarismo*, che presuppone «il *primato dell’utile* extra o ultrapersonale e, conseguentemente, concepisce l’uomo come uomo-oggetto, uomo-massa, uomo-mezzo, come tale strumentalizzabile in funzione dell’utilitarismo statale-collettivistico della Ragion di Stato, dell’utilitarismo maggioritario della “felicità dei più” a scapito dei “pochi” o dell’utilitarismo individualistico-egoistico della “maggiore felicità propria” secondo un soggettivismo tendenzialmente illimitato».

²⁹ M. RONCO, *L’offuscamento della persona*, in *L’Ircocervo. Rivista elettronica italiana di metodologia giuridica, teoria generale del diritto e dottrina dello stato*, 1, 2015, pp. 68-69.

Tradotto in un programma di lavoro, l'obiettivo è porre in questione, in un primo stadio di approfondimento del sistema funzionalista, la categoria di Persona-in-diritto (*Person im Recht*), per poi rovesciare il guanto e passare, nel capitolo seguente, a quella di Nemico (*Feind*). Si cercherà, poi, sempre nel secondo capitolo, di verificare la polisemia del concetto di *Feindstrafrecht*, che allo schema della *Person im Recht* direttamente si riferisce, tentando di evidenziarne i (diversi) punti di attrito con un modello di diritto penale costituzionalmente orientato³⁰.

La chiarificazione del concetto di *Person im Recht*, nella sua matrice teorica, è importante perché apre da un lato il discorso sul soggetto (di reato) e, dall'altro, sull'intero *System der strafrechtlichen Zurechnung* jakobsiano. Ponendo un rapido sguardo al diritto positivo, tenderemo, inoltre, di "far interagire" il discorso con istituti sedimentati nell'ordinario tessuto penalistico, italiano e tedesco, come quelli del tentativo (*Versuch*), della recidiva, della pericolosità sociale e della capacità a delinquere. Tuttavia, sebbene quello del *Feindstrafrecht* sia un crocevia fondamentale nella sistematica jakobsiana, divenuto nel tempo bersaglio delle critiche e tema giuridico controverso (quasi "indicibile"), esso è, sembra giusto riconoscerlo, solo un tassello in un architrave molto più complesso in cui, a essere ripensato, e messo in discussione, è l'intero sistema categoriale classico del diritto penale³¹. Prima di giungere, allora, al 'sottosistema' del nemico, bisogna procedere alla chiarificazione di tutta una serie di questioni ad esso prodromiche.

1. La «*Person im Recht*»

La discussione toccherà, qui, dunque, la relazione tra i poli del diritto penale e della persona, ragionando sul grado di astrazione della capacità penale del soggetto³² (di reato) così come essa viene sviluppata nella dogmatica funziona-

³⁰ Su quest'ultimo si v. S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA, G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 39.

³¹ Cfr. M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 97-98.

³² Cfr. S. VINCIGUERRA, *Diritto penale italiano. Concetto, Fonti, Validità, Interpretazione*, Cedam, Padova, 2009, pp. 26. Come si ricorda, «Nel nostro diritto penale esistono differenti nozioni di capacità penale e non una nozione unitaria: ritenere il contrario equivarrebbe ad operare una semplificazione non consentita dalla complessità del nostro ordinamento penale». Guardando *più in là*, ossia all'ordinamento giuridico spagnolo (art. 19 c.p.) e tedesco (§ 19 c.p.), sul tema della capacità va riscontrata una soluzione in parte simile, anche se non del tutto convergente, con quella proposta dal nostro ordinamento; infatti, «l'elemento comune è dato dalla fissazione dell'età minima per l'attribuzione della responsabilità penale a quattordici anni,

lista; nello specifico, è proprio dal modello teorico, costruito da Jakobs intorno alla capacità penale³³ del soggetto³⁴ – visto alternativamente ora come cittadino (*Bürger*), ora come nemico (*Feind*) – che in molti hanno insistito, prendendone le distanze. Ciò considerato, passiamo a discutere dello statuto del soggetto (di reato) inteso come *Person im Recht*. A interessare, è, rispetto a esso, la presa di coscienza di una dimensione “limitrofa” a genealogie concettuali ben sedimen-

ed anche dalla determinazione, contenuta in entrambi i casi in leggi speciali, di un trattamento particolare per i soggetti imputabili infradiciottenni, ma diversa è la disciplina relativa proprio a questi ultimi soggetti, che nel nostro ordinamento ottengono (ex art. 98 c.p.) un’obbligatoria diminuzione di pena, mentre in Spagna ed in Germania si preferisce fare ricorso alle sanzioni di volta in volta ritenute dal giudice più idonee ai fini del recupero sociale del condannato». G. FORNASARI, A. MENGHINI, *Percorsi europei di diritto penale*, Cedam, Padova, 2012, p. 64.

³³ Sulla quale si v. anche B. PETROCELLI, *La colpevolezza*, Cedam, Padova, 1962, pp. 13 e 15. Portando il discorso (sulla capacità penale) sul piano più strettamente dogmatico, ritroviamo, quindi, in una definizione risalente, ma, tuttora, attualissima, del concetto, quella dell’A. secondo cui «la capacità giuridica penale non può essere definita se non in relazione alla capacità giuridica in genere e come aspetto di essa. Come la capacità giuridica in genere è l’insieme delle condizioni per le quali è riconosciuta al soggetto la possibilità di divenire titolare di una situazione di diritto e di obbligo, o, più brevemente, di fungere da soggetto di un rapporto giuridico, così la capacità giuridica penale è l’insieme delle condizioni per le quali un soggetto può divenire titolare di diritti e obblighi nel campo del diritto penale, o, più brevemente, fungere da soggetto di un rapporto giuridico penale». In verità, lo stesso autore più in là dichiara che «Pur non negandosi da alcuno la possibilità di un siffatto concetto unitario, in realtà, conformemente alla più immediata e sentita esigenza della dogmatica penale, lo studio della capacità giuridica penale viene ormai prevalentemente orientato verso una più ridotta e specifica configurazione, che è quella della capacità al reato, la capacità cioè a porre in essere fatti da cui consegue l’effetto giuridico della pena». Pertanto, intesa come capacità al reato, le caratteristiche della capacità (penale) sono: «qualità di persona umana, capacità di intendere e di volere, assenza di cause speciali che escludono la riferibilità della norma penale al soggetto. La determinazione di tali elementi conduce subito ad escludere che la capacità possa», conclude il Petrocelli, «come pure alcuni ritengono, identificarsi con la imputabilità, questa altro non essendo che una parte di quella. Intesa la capacità come attitudine a porre in essere azioni aventi effetti giuridici penali, si può avere un soggetto capace di intendere e volere, e tuttavia sfornito della capacità giuridica penale, come appunto nel caso di immunità».

³⁴ Cfr. T. PADOVANI, *Diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 119: «la qualità di persona fisica» si sostiene, «pur essendo requisito necessario per divenire soggetto attivo del reato, non sarebbe sufficiente. I soggetti non imputabili e i soggetti “immuni” dovrebbero considerarsi infatti privi di “capacità penale”, la quale si riferirebbe pertanto soltanto alle persone fisiche suscettibili di essere punite. La nozione di “capacità penale” così restrittivamente concepita, appare tuttavia ambigua. I soggetti non imputabili, pur non potendo essere sottoposti a pena, sono pur sempre in grado di commettere un reato rilevante ai fini delle misure di sicurezza». Jakobs procede in direzione di una assoluta *normativizzazione* del soggetto (di reato) e della sua capacità penale, non rilevando affatto, il requisito, la qualità, di persona fisica anzi opponendo *normatività* (della persona) a *naturalità* (dell’individuo). Cfr. G. JAKOBS, *Individuum und Person. Strafrechtliche Zurechnung und die Ergebnisse moderner Hirnforschung*, cit., pp. 256 e ss.

tate nella cultura giuridica tradizionale e, solo apparentemente, lontane dalla riflessione sistemica. Ragionando sullo sfondo del soggetto/persona, innanzitutto, è bene ricordare che esso non è mai stato pienamente assunto – come invece nella dottrina civilistica moderna – dal diritto e da (certa) scienza penale. Nota, puntualmente, su questo, Eusebi:

Pur essendo palese che la pena viene esistenzialmente vissuta da una persona, il diritto penale in buona sostanza, non tiene conto della persona (e addirittura preclude ex art. 220 c.p.p. qualsiasi conoscenza effettiva sulla persona) nel momento in cui la pena viene determinata³⁵.

E ancora, nella medesima direzione, dichiara lo stesso autore che: «Le persone – agenti del reato ma anche vittime – sono le grandi assenti nel processo penale»³⁶.

In verità si farebbe un errore (e un grave torto verso chi l'ha promossa) se si ritenesse che, negli ultimi cinquant'anni, nessuno, nel campo della dogmatica, abbia seriamente riflettuto sulla dimensione *personalistica* del diritto penale, mentre al contrario, ciò è avvenuto, in Italia soprattutto³⁷, con l'opera di Bricola³⁸ e dei suoi allievi, i quali hanno cercato di convertire, sul piano di una rigorosa lettura costituzionale, le categorie penali classiche. Questo ha prodotto una teoria del reato, e della pena, incentrata proprio sui valori *personalistici* espressi nella Carta fondamentale, solo in minima parte introiettati dal codice Rocco del '30, dalla tutela della dignità dell'individuo alla priorità accordata ai fini di rieducazione del reo. Simile esito è stato possibile, soprattutto, perché, com'è stato evidenziato, «Quella italiana è una delle poche costituzioni che affrontano *ex professo* il tema della responsabilità penale»³⁹.

Di conseguenza, prendendo le mosse da tale disegno, si è arrivati ad affermare, tratteggiando uno schema dai contorni precisi, che «dalla Costituzione

³⁵ L. EUSEBI, *Appunti critici su un dogma: prevenzione mediante retribuzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4, 2006, p. 1166.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ Sebbene anche in Germania si è sviluppato, come vedremo, negli anni, un indirizzo di matrice 'personalistica' in riferimento alla teoria del bene (giuridico). Cfr. per questo M. MARX, *Zur Definition des Begriffs «Rechtsgut». Prolegomene einer materialen Verbrechenlehre*, C. Heymann Verlag, Köln-Berlin-Bonn-München, 1972.

³⁸ Cfr. M. DONINI, voce *Teoria del reato*, in *Dig. disc. pen.*, IV ed., Utet, Torino, 1999, p. 228. Questa, in qualche modo, segna uno spartiacque per la scienza penalistica italiana, al principio degli anni '70, perché, andando al di là delle strettoie dell'indirizzo tecnico-giuridico, «riassume in sé tutte le principali istanze dell'approccio costituzionalistico, in forma compiuta e originale di sintesi, ma anche di progetto per il successivo ventennio».

³⁹ S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA, G. DE SIMONE, *op. ult. cit.*, p. 201.

emerge la qualificazione del reato come illecito personale, da intendersi nel senso che la sua imputazione ad un soggetto deve essere sempre condizionata alla possibilità da parte di questi di conoscere la norma incriminatrice e alla presenza di un coefficiente soggettivo identificabile quanto meno nella colpa»⁴⁰.

Tutto ciò, nel tempo, è stato puntualmente ripreso anche dalla nostra Corte costituzionale che ha plasmato e reso inscalfibile quel *processo di personalizzazione* delle categorie (a cominciare dalla colpevolezza⁴¹) già sedimentatosi in dottrina. È evidente, altresì, come una simile operazione ermeneutica (da parte della Corte e degli interpreti) sulla struttura generale del reato, nella sua piena cristallizzazione costituzionale, si sia saldata con la lunga tradizione dell'Illuminismo⁴² (e della scuola classica di diritto penale), sublimatasi nel tempo in un modello di garanzie ineludibili. Di fatto, però, un simile indirizzo è (in parte) mancato in Germania. Come afferma Donini,

È tuttavia doveroso ricordare che, se sono ben rappresentate a livello internazionale importanti analisi sui rapporti fra diritto penale e Costituzione, un vero orientamento costituzionalistico al diritto penale, quale esperienza collettiva, come esiste in Italia, non è dato riscontrarlo né in Germania, né in Spagna, né in America Latina⁴³.

Bisogna, quindi, subito segnalare, limitandoci al panorama giuridico tedesco, una 'lacuna' nel discorso di una parte della dottrina, la quale ha, finanche nel più recente passato, elaborato le categorie concettuali del diritto penale, facendo

⁴⁰ F. BRICOLA, *Teoria generale del reato. Estratto dal Noviss. Dig. it.*, Utet, Torino, 1973, p. 59.

⁴¹ Il riferimento è alla storica sentenza n. 364/1988 della Consulta che ha, tra l'altro, fortemente messo in discussione tutta una serie di ipotesi/casi di responsabilità oggettiva previsti, al tempo, dal nostro codice penale. Ricordarla è importante perché, insieme all'apparire e all'affermarsi della teoria generale bricoliana, «è partendo da questo momento ideale che si intensifica la percezione, oggi molto netta, di disporre di una koiné culturale: l'approccio costituzionalistico (sia pur recepito con diversi accenti) quale metodo trasversale alle principali scuole penali». M. DONINI, voce *Teoria del reato*, cit., p. 228.

⁴² Cfr. G. MARRA, 'Diritto penale moderno' v. 'Diritto penale ultraliberale'. *Note su immagini francofortesi nella gius-penalistica spagnola*, in *Studi urbinati di scienze giuridiche politiche ed economiche*, 3-4, 2016, p. 285. «Risultato» questo, come si osserva, «reso possibile dalla strategica predisposizione nel corso del tempo di plurime linee di difesa (legalità, offensività, colpevolezza, ecc.). Principi la cui forza è stata in prima istanza affidata alle virtù del pensiero razionale, giusnaturalistico, prima, e sistematico, poi. Stagioni alle quali, in Italia, è succeduta, con maggiore efficacia, dopo la parentesi garantisticamente poco virtuosa del tecnicismo giuridico, la Santa Alleanza stretta con i tratti dell'esperienza costituzionale».

⁴³ M. DONINI, *L'eredità di Bricola e il costituzionalismo penale come metodo. Radici nazionali e sviluppi sovranazionali*, in *Dir. pen. cont.*, 2, 2012, p. 64.

poco o scarso riferimento al quadro costituzionale a esse sotteso⁴⁴ – addirittura negandone, in alcuni casi, qualsivoglia capacità euristica⁴⁵. Questo, dunque, nonostante l'esistenza di una Costituzione evoluta come il *Grundgesetz*, dove, tra l'altro, sono precisate una serie di questioni cruciali per l'economia del sistema penalistico⁴⁶.

In concreto, allora, l'operazione di Jakobs non solo s'inserisce in una data

⁴⁴ Su questo si v. ancora M. DONINI, voce *Teoria del reato*, cit., p. 227. Ciononostante, sul nesso diritto penale/Costituzione, com'è riconosciuto anche dall'A., in Germania si notano ricerche e studi di rilievo. «Ma essi si accompagnano, in quel Paese, a indirizzi non esegetico-giuspositivistici – come viceversa ha amato presentarsi spesso l'approccio costituzionalistico –, quanto piuttosto contrassegnati da stili di pensiero che molto risentono di riflessioni filosofiche, di argomentazioni di ampio respiro ermeneutico, e comunque (se ad es. criminologiche, sociologiche, ecc.) metapositive». Insomma, a mancare in Germania sarebbe un approccio *strettamente* “positivistico” al *Grundgesetz*, analogo a quello della scuola italiana, utile, se fondato sul (solo) dato normativo, nell'interpretazione delle categorie penali classiche.

⁴⁵ Cfr. G. MARRA, *'Diritto penale moderno' v. 'Diritto penale ultraliberale'. Note su immagini francofortesi nella gius-penalistica spagnola*, cit., p. 312: «Il riferimento ad un così pregnante ruolo della Costituzione nella definizione dei fondamenti del diritto di punire» si osserva, «se da un lato accomuna la riflessione a stili argomentativi ben conosciuti nell'esperienza italiana» (si allude, ovviamente, innanzitutto alla pubblicazione del lavoro bricoliano relativo alla Teoria generale del reato del 1973), «dall'altro segna un ulteriore tratto differenziale rispetto alla riflessione francofortese»; dunque, un tratto differenziale rispetto ad un asse centrale della dogmatica tedesca contemporanea, «i cui interpreti mostrano una sostanziale indifferenza nei confronti di questa funzione del *Grundgesetz*, ritenendo il testo privo di sufficienti indicazioni operative di merito; quando non esprimono un dichiarato sospetto per la sostanziale politicità che intride quella fonte normativa, resa palese, si dice, soprattutto dagli obblighi di criminalizzazione che dalla stessa possono ricavarsi». Si v., su tale refrattarietà alla Costituzione come possibile strumento ermeneutico del diritto penale ordinario, tra gli autori della “Scuola Francofortese”, W. HASSEMER, *Perché punire è necessario*, tr. it. a cura di D. Siciliano, Il Mulino, Bologna, 2012.

⁴⁶ Su questo si v. A. CAVALIERE, *Diritto penale “del nemico” e “di lotta”: due insostenibili legittimazioni per una differenziazione, secondo tipi d'autore, della vigenza dei principi costituzionali*, in A. GAMBERINI, R. ORLANDI (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Monduzzi editore, Bologna, 2007, p. 275. C'è da dire, comunque, che, nel *Grundgesetz*, lacuna una analoga struttura di principi penalistici così come quelli delineati in modo netto dalla nostra Costituzione. Su questa “mancanza” si v. tra gli altri K. VOLK, *Introduzione al diritto penale tedesco. Parte generale*, Cedam, Padova, 1993, pp. 19 e 22 laddove si osserva che «Per il settore del *diritto sostanziale* siamo costretti fin dall'inizio a valorizzare principi costituzionali generali ed esaminare diritti fondamentali in rapporto alla loro rilevanza penale; non esistono norme speciali con riferimento al diritto penale – salvo il principio di legalità (Art. 103, co. 2 Cost.). Non ci si può aspettare, quindi, (...) di trovare direttive molto significative ed espressive». E ancora, si afferma un po' polemicamente: «Retribuzione, intimidazione, miglioramento, prevenzione, risocializzazione – la Costituzione riprende tutti questi luoghi comuni delle teorie penali, li chiama “aspetti” e li mette insieme senza ordinarli».