



# Criminalia

*Annuario di scienze penalistiche*

## *Comitato di direzione*

Stefano Canestrari, Giovanni Canzio,  
Adolfo Ceretti, Cristina de Maglie,  
Luciano Eusebi, Alberto Gargani,  
Fausto Giunta, Renzo Orlandi, Michele Papa,  
Ettore Randazzo, Francesca Ruggieri

## *Coordinatore*

Fausto Giunta

## *Comitato di redazione*

Alessandro Corda, Dario Micheletti,  
Daniele Negri, Caterina Paonessa  
Vito Velluzzi

## *Coordinatore*

Dario Micheletti

## *Direttore responsabile*

Alessandra Borghini

[www.edizioniets.com/criminalia](http://www.edizioniets.com/criminalia)

Registrazione Tribunale di Pisa 11/07 in data 20 Marzo 2007

# Criminalia

*Annuario di scienze penalistiche*

2014



Edizioni ETS



[www.edizioniets.com](http://www.edizioniets.com)

© Copyright 2015  
EDIZIONI ETS  
Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa  
[info@edizioniets.com](mailto:info@edizioniets.com)  
[www.edizioniets.com](http://www.edizioniets.com)

ISBN 978-884674304-6  
ISMN 1972-3857

## INDICE

### **Primo Piano**

- MARTA BERTOLINO  
*Dall'organizzazione all'individuo: crimine economico e personalità,  
una relazione da scoprire* 15
- MICHELE TARUFFO  
*Aspetti del precedente giudiziale* 37
- DIRK VAN ZYL SMIT  
*La pena dell'ergastolo in un mondo globalizzato* 59
- THOMAS WEIGEND  
*Dove va il diritto penale? Problemi e tendenze evolutive nel XXI secolo* 75

### **I grandi temi** *Garanzie e garantismo*

- ALBERTO DI MARTINO  
*Una legalità per due? Riserva di legge, legalità CEDU e giudice-fonte* 91
- LUIGI FERRAJOLI  
*Cos'è il garantismo* 129
- FRANCESCO MORELLI  
*Le garanzie processuali nella morsa dell'ambiguità:  
contro la giurisprudenza delle interpretazioni mancate* 143
- GIORGIO PINO  
*L'insostenibile leggerezza della legalità penale* 167

**I grandi temi** *Il discorso di Papa Francesco  
all'Associazione internazionale di diritto penale*

FILIPPO MAGGI  
*Una convergenza (laica) tra sacro e profano* 187

LUCIANO VIOLANTE  
*Populismo e plebeismo nelle politiche criminali* 197

**Tavola rotonda**

*Il processo penale italiano a venticinque anni dalla riforma del codice*  
Nota introduttiva di Renzo Orlandi 211

*Ne discutono:*

ANTONELLA MARANDOLA

DANIELE NEGRI

LUCA PISTORELLI

FRANCESCO SBISÀ

FRANCESCO ZACCHÈ

**Opinioni a confronto**

*I molti volti del disastro*  
Nota introduttiva di Alberto Gargani 251

DAVID BRUNELLI  
*Il disastro populistico* 254

STEFANO CORBETTA  
*Il "disastro innominato": una fattispecie "liquida" in bilico tra vincoli  
costituzionali ed esigenze repressive* 275

GAETANO RUTA  
*Problemi attuali intorno al disastro innominato* 293

---

**Il punto su... Problematiche penali della sicurezza sul lavoro**

JOSÉ L. GONZÁLEZ CUSSAC

*La responsabilità colposa per gli infortuni sul lavoro nell'ordinamento penale spagnolo*

307

DARIO MICHELETTI

*La responsabilità esclusiva del lavoratore per il proprio infortunio. Studio sulla tipicità passiva nel reato colposo*

323

OSCAR MORALES

*Questioni fondamentali riguardo al trattamento degli infortuni sul lavoro nel diritto penale spagnolo*

365

CARLO PIERGALLINI

*Colpa e attività produttive: un laboratorio di diritto "cedevole"*

387

CATY VIDALES RODRÍGUEZ

*I reati contro la sicurezza e l'igiene sul lavoro nella legislazione spagnola*

401

**Il punto su... Segretezza della camera di consiglio e diritto all'informazione**

RENATO BRICCHETTI

*La segretezza della camera di consiglio tornata d'attualità*

421

MARGHERITA CASSANO

*Il segreto della camera di consiglio*

425

**Dibattito Il vilipendio al Capo dello Stato, oggi**

ANTONIO GULLO

*Eguaglianza, libertà di manifestazione del pensiero e tutela differenziata dell'onore: un equilibrio ancora sostenibile?*

435

CATERINA PAONESSA

*Né critiche, né scherzi sul Quirinale? Brevi riflessioni a margine delle "offese all'onore o al prestigio del Presidente della Repubblica"*

455

PAOLO VERONESI  
*L'offesa all'onore e al prestigio del Capo dello Stato:  
sui chiaroscuri di una normativa e di una giurisprudenza da ricalibrare* 483

**Diritto vivente** *Il luogo pubblico e aperto al pubblico "virtuale"*

GIULIA CHECCACCI  
*Facebook come un luogo pubblico:  
un caso di "analogia digitale" in malam partem* 503

GIOVANNI TUZET  
*Luoghi, siti, bacheche. Un caso di interpretazione estensiva* 513

**Antologia**

CRISTIANO CUPELLI  
*Equivoci trionfalistici e letture correttive.  
Ancora sulle recenti questioni di costituzionalità in malam partem* 521

OMBRETTA DI GIOVINE  
*A proposito di un recente dibattito su "verità e diritto penale"* 539

FAUSTO GIUNTA  
*Questioni scientifiche e prova scientifica tra categorie sostanziali  
e regole di giudizio* 561

GIANFRANCO MARTIELLO  
*L'uso delle armi da fuoco da parte della polizia nell'attuale  
esperienza giuridica tedesca* 589

RENZO ORLANDI  
*Il metodo della ricerca. Le istanze del formalismo giuridico e  
l'apporto delle conoscenze extranormative* 619

MICHELE PAPA  
*"A chi legge": l'incipit visionario Dei delitti e delle pene* 637

MARIO PISANI  
*La crudeltà: variazioni sul tema* 653

## TABLE OF CONTENTS

### **On the front page**

MARTA BERTOLINO

*From the organisation to the individual: economic crime and personhood,  
a relationship to be discovered* 15

MICHELE TARUFFO

*Some aspects of the judicial precedent* 37

DIRK VAN ZYL SMIT

*Life imprisonment in a globalised world* 59

THOMAS WEIGEND

*Where is the criminal law heading toward?  
Problems and evolutionary trends in the 21st century* 75

### **Big themes** *Guarantees and guarantism*

ALBERTO DI MARTINO

*A principle of legality for two? Statute monopoly, EctHR legality  
and the judge as a source of law* 91

LUIGI FERRAJOLI

*What guarantism really is* 129

FRANCESCO MORELLI

*Procedural guarantees caught in the grips of ambiguity:  
against case law of missed interpretations* 143

GIORGIO PINO

*The unbearable lightness of penal legality* 167

**Big themes** *Pope Francis' speech to the delegation  
of the International Association of Penal Law*

FILIPPO MAGGI  
*A (lay) convergence between sacred and profane* 187

LUCIANO VIOLANTE  
*Populism and proletarianism in penal policies* 197

**Roundtable**

*The Italian criminal trial twenty-five years after the reform  
of the Code of Criminal Procedure*  
Foreword by Renzo Orlandi 211

*Discussants:*

ANTONELLA MARANDOLA

DANIELE NEGRI

LUCA PISTORELLI

FRANCESCO SBISÀ

FRANCESCO ZACCHÈ

**Confronting opinions**

*The many facets of the crime of disaster*  
Foreword by Alberto Gargani 251

DAVID BRUNELLI  
*The populist disaster* 254

STEFANO CORBETTA  
*The "nameless disaster": a "liquid" offence hanging in the balance  
between constitutional restrictions and demands for repression* 275

GAETANO RUTA  
*Current issues regarding the offence of nameless disaster* 293

---

**Focus on...** *Current issues regarding the relationship  
between the criminal law and workplace safety*

JOSÉ L. GONZÁLEZ CUSSAC  
*Liability for criminal negligence regarding workplace accidents  
in the Spanish legal system* 307

DARIO MICHELETTI  
*The exclusive liability of the worker for his own injury.  
A study on 'passive actus reus' in crimes of negligence* 323

OSCAR MORALES  
*Fundamental questions on the treatment of workplace injuries  
in the Spanish criminal law* 365

CARLO PIERGALLINI  
*Criminal negligence and manufacturing activities:  
a laboratory of "collapsing" law* 387

CATY VIDALES RODRÍGUEZ  
*Offences against workplace safety and health in the Spanish legislation* 401

**Focus on...** *The secrecy of the deliberation room and the right to information*

RENATO BRICCHETTI  
*The revamped attention to the secrecy of the deliberation room* 421

MARGHERITA CASSANO  
*The secrecy of the deliberation room* 425

**Opinion exchange on** *Contempt of the Head of State, today*

ANTONIO GULLO  
*Equality, freedom of speech and differentiated protection of honor:  
a still defensible balance?* 435

CATERINA PAONESSA  
*No criticism or joke on the Quirinal? Brief remarks on the criminal offence  
of "contempt of the honor and prestige of the Head of State"* 455

PAOLO VERONESI <i>Contempt of the honor and prestige of the Head of State: on lights and darks of a statutory regulation to be fine-tuned</i>	483
<b>Case law</b> <i>The public space open to the “virtual” public</i>	
GIULIA CHECCACCI <i>Facebook as a public space: a case of extension of the application of the criminal law in malam partem by “digital analogy”</i>	503
GIOVANNI TUZET <i>Sites, websites, and walls. A case of extensive interpretation</i>	513
<b>Anthology</b>	
CRISTIANO CUPELLI <i>Triumphalist misinterpretations and remedial interpretations. Some additional remarks on recent questions of constitutionality in malam partem</i>	521
OMBRETTA DI GIOVINE <i>Observations on a recent debate on “truth and the criminal law”</i>	539
FAUSTO GIUNTA <i>Scientific questions and scientific evidence between categories of substantive criminal law and standards of decision-making</i>	561
GIANFRANCO MARTIELLO <i>The use of firearms by police in the current experience of the German legal system</i>	589
RENZO ORLANDI <i>The research method. The instances of legal formalism and the contribution of extra-legal knowledge</i>	619
MICHELE PAPA <i>“To the reader”: the visionary introduction to On Crimes and Punishments</i>	637
MARIO PISANI <i>Cruelty: variations on the theme</i>	653

## **Primo Piano**



THOMAS WEIGEND

DOVE VA IL DIRITTO PENALE?  
PROBLEMI E TENDENZE EVOLUTIVE NEL XXI SECOLO <sup>(\*)</sup>

Il diritto penale ha una sua relativa stabilità. Non si muove per salti bruschi e tuttavia si muove. Differenti vettori imprimono diverse direzioni al suo evolversi. In uno studio di qualche anno fa, WOLFGANG FRISCH ha approfondito i molteplici influssi che allo sviluppo del diritto penale e processuale provengono da condizioni e comportamenti collettivi, rilevando come i mutamenti sociali si riflettano o possano riflettersi sul diritto penale<sup>1</sup>. Fattori essenziali di tali mutamenti andrebbero individuati nel “modificarsi dei fondamenti sociali della penalità e nel coevo trasformarsi della stessa criminalità”<sup>2</sup>. Non è mia intenzione approfondire ulteriormente questa eccellente analisi. Mi limiterò a spingere lo sguardo oltre il primo decennio del XXI secolo, affrontando l’interrogativo, in quale direzione si evolva il diritto penale nei prossimi decenni, diciamo fino al 2040. Al riguardo, mi affiderò alla metafora del diritto penale come un fiume che scorre lento e che, sulla scorta di quanto è dato osservare nel tempo presente, lascia intuire dove sfocerà<sup>3</sup>.

*I. Ruolo della dogmatica penale*

Volgendo lo sguardo indietro di circa cinquant’anni, verso la metà del secolo scorso, è dato scorgere un diritto penale improntato all’ideologia socialista imperante in alcuni Stati europei. Un diritto penale estraneo sia per lessico sia per contenuti alla nostra attuale sensibilità. Ma anche negli ordinamenti che, da allora, non hanno subito grandi sconvolgimenti politici si nota uno spostamento di punto focale con riguardo sia alla legislazione penale sia alle correlate discussioni dottrinali. Gli anni Cinquanta e Sessanta appaiono segnati da diatribe, filosoficamente motivate<sup>4</sup>, per un verso, intorno alla sistematica e alla teoria del reato e, per altro verso,

<sup>(\*)</sup> Traduzione dal tedesco a cura del prof. Renzo Orlandi.

<sup>1</sup> W. FRISCH, *Gesellschaftlicher Wandel als formende Kraft und als Herausforderung des Strafrechts*, in *Festschrift für Heike Jung*, 2007, 189.

<sup>2</sup> *Loc. ult. cit.*, 210.

<sup>3</sup> Analogo spunto in L. KUHLEN, in *Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts*, a cura di U. NEUMANN e C. PRITZWITZ, 2000, 111

<sup>4</sup> W. FRISCH, in *Goldammer’s Archiv für Strafrecht*, 2007, 255, nonché in *Die Bedeutung der Rechtsdogmatik für die Rechtsentwicklung*, a cura di R. STÜRNER, 2010, 178 ha giustamente richiamato

intorno allo scopo della pena. Sul terreno dogmatico, vale a dire con riguardo alla ricerca sistematica dei presupposti della responsabilità penale e dei loro reciproci rapporti, la Germania ha conquistato nel corso dei secoli XIX e XX una riconosciuta posizione dominante<sup>5</sup>; ciò spiega perché manuali e monografie tedesche siano state tradotti in molte lingue; non solo: anche le categorie concettuali e i temi posti dalla dogmatica tedesca sono divenuti articoli di successo da esportare e da imitare all'estero<sup>6</sup>. Accese discussioni sugli scopi della pena non ci sono state per verità solo in Germania. Tuttavia, ciò che ha caratterizzato il dibattito tedesco è stato ed è tuttora il forte influsso proveniente dalle correnti filosofiche del XIX secolo – da Kant a Franz von Liszt – oltre che dalle conoscenze empiriche della ricerca criminologica. Ad esempio, a partire dagli anni Sessanta e Settanta del secolo scorso, si è discusso se i risultati della ricerca trattamentale possano o meno supportare la prevenzione speciale attraverso la sanzione penale<sup>7</sup> e ci si è altresì chiesti quale ruolo giochi la deterrenza nel sistema delle sanzioni penali. In questa discussione WOLFGANG FRISCH è intervenuto con numerose prese di posizione nel corso del tempo<sup>8</sup>, soprattutto in tema di commisurazione della pena, sempre dichiarandosi a favore del principio di colpevolezza, contro le opzioni preventive<sup>9</sup>.

Se gettiamo uno sguardo nel futuro, possiamo facilmente pronosticare che anche fra trenta o quarant'anni in Germania si parlerà e si controverterà intorno alla pena, alle sue finalità e ci si confronterà sulla “corretta” struttura del reato. Tuttavia simili questioni non occuperanno il centro del dibattito come accaduto nel secolo scorso e io dubito altresì che su questo terreno ci attendano nuove fondamentali scoperte<sup>10</sup>.

l'attenzione sulla lunga tradizione delle questioni “dogmatiche” a partire dalle discussioni intorno all'attribuzione di responsabilità presso i giusnaturalisti del XVII secolo. Sul tema dell'imputazione di responsabilità penali si veda W. FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988.

<sup>5</sup> Numerosi esempi di dogmatica “felicitemente riuscita”, specialmente con riguardo alla prima metà del XX secolo, sono forniti da W. FRISCH, *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, in *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart*, a cura di A. ESER, W. HASSEMER, B. BURKHARDT, 2000, 165 ss.

<sup>6</sup> Cfr. B. SCHÜNEMANN, in *Festschrift für C. Roxin*, 2001, 1 ss.; nonché H.J. HIRSCH, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2004, 835.

<sup>7</sup> In particolare, sulla questione attinente alla possibilità e affidabilità di prognosi individuali cfr. W. FRISCH, *Prognoseentscheidungen im Strafrecht*, 1983, 22 ss.

<sup>8</sup> In *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 1987, 361 ss.; nonché in: C. ROXIN-G. WIDMAIER (a cura di), *50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft*, Bd. IV, 2000, 269; e ancora, in *Festschrift für Müller-Dietz*, 2001, 237; in W. FRISCH, A. VON HIRSCH, H. J. ALBRECHT (a cura di), *Tatproportionalität*, 2003, 3; e in *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 2009, 385.

<sup>9</sup> Cfr. da ultimo W. FRISCH, in *Goldammer's Archiv*, cit. 390.

<sup>10</sup> In termini critici sulla produttività della dogmatica penale tedesca si esprime B. BURKHARDT, *Die Strafrechtswissenschaft im Blick anderer Wissenschaften und der Öffentlichkeit*, in *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart*, cit., 129. Per argomenti più affidabili vedi tuttavia C. ROXIN, *Die Strafrechtswissenschaft vor den Aufgaben der Zukunft*, *ivi*, 379.

Per quanto concerne il dibattito tedesco sulle finalità della pena, le divergenze sono già cessate<sup>11</sup>. Approcci di tipo puramente comportamentale non hanno quasi più fautori. Trovano invece adesioni teorie “assolute” della pena, nel senso propugnato dalla filosofia idealistica<sup>12</sup>; guadagna altresì terreno l’idea della proporzione fra fatto e sanzione come criterio commisurativo adeguato<sup>13</sup>. Ma soprattutto l’idea di una perequazione fra colpevolezza e sanzione si arricchisce di una componente “sociale”, nella misura in cui la giusta sanzione è intesa come mezzo per restaurare la coesione sociale, non per riaffermare il valore della norma violata<sup>14</sup>. Anche W. FRISCH, all’esito di una paziente e completa analisi, si è orientato nel senso di una teoria “combinata”, il cui fondamento egli ravvisa nell’esigenza di giustizia: si tratta, in primo luogo, di “assicurare la certezza delle situazioni giuridiche”, oltre che di “rimuovere le situazioni di contrarietà al diritto con il mezzo simbolico della pena”; la pena è dunque irrogata “nel nome della libertà”<sup>15</sup>. Quest’ultima frase troverebbe oggi d’accordo tutti i cultori tedeschi del diritto penale. Resta con ciò certamente insoluto il faticoso compito – peraltro aggravato dalle più recenti riforme in tema di mediazione (§ 46a StGB) e di collaborazione giudiziaria (§46b StGB) – di tradurre le grandi visioni teoriche nella moneta spicciola dei criteri commisurativi e del relativo contenuto. Persino domande significative come quelle concernenti il rilievo da attribuire alla recidiva in un diritto penale della colpevolezza sono rimaste finora inspiegate. W. FRISCH ha da anni intrapreso il compito di abbozzare una “parte speciale” del diritto sanzionatorio<sup>16</sup>, senza tuttavia trovare molti seguaci<sup>17</sup>.

L’alta reputazione della dogmatica penale, specialmente nella versione tedesca, non dipende solo dalla statura dei suoi protagonisti. Essa è altresì conseguenza del suo riconosciuto valore quale fonte normativa, prima delle codificazioni ottocentesche, e quale ispiratrice di contributi teorici alla redazione dei codici. Nell’opinione – stando alla quale la punibilità di un ubriaco non imputabile

<sup>11</sup> Sul punto, da ultimo, si veda la panoramica offerta da T. HÖRNLE, *Straftheorien*, Tübingen 2011.

<sup>12</sup> Ad es. M. KÖHLER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2<sup>a</sup> ed., Berlin 1997, 37 ss. e, più di recente, M. PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, Tübingen 2012, 90 ss.

<sup>13</sup> Cfr., al riguardo, T. HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, 1999; *Einleitung, Hintergrund, Grundlinien und Probleme der Lehre von der tatproportionalen Strafe*, in W. FRISCH-A. VON HIRSCH, H. J. ALBRECHT, *Tatproportionalität*, Heidelberg 2003.

<sup>14</sup> Cfr. G. JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2<sup>a</sup> ed. 1991, 6 ss.; per una teoria “associata” con forte enfasi sulle finalità preventive della pena si veda inoltre C. ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner, Teil I*, 4<sup>a</sup> ed., München 2006, 37 s.

<sup>15</sup> W. FRISCH, *Schwächen und berechtigte Aspekte der Theorie der positiven Generalprävention*, in B. SCHÜNEMANN, A. VON HIRSCH, N. JAREBORG, *Positive Generalprävention*, Heidelberg, 1998, 143.

<sup>16</sup> W. FRISCH, *Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik*, in *ZStW*, 1987, 751.

<sup>17</sup> Si veda tuttavia F. STRENG, *Strafrechtliche Sanktionen: die Strafzumessung und ihre Grundlagen*, 3<sup>a</sup> ed. 2012, 261 ss.

(diversamente da quanto stabilisce il § 20 StGB) possa fare leva sulla categoria dell'*actio libera in causa*<sup>18</sup> – riecheggia l'idea di una scienza penale capace di sostituirsi alla legislazione ponendosi in posizione sovraordinata alla stessa. Di fatto, la dogmatica penale – intesa come filosofia pratica orientata alla legge<sup>19</sup> – non vive più oggi di vita propria; può solo sforzarsi di seguire le sinuosità della legislazione, spianando eventuali contrasti<sup>20</sup>. Quando, invece, ripiega su posizioni critiche contro un'ipotetica “illiceità” della legislazione o della giurisprudenza, la dogmatica mantiene sì la propria purezza, ma finisce col cedere ad attitudini nostalgiche condannandosi a una sterile protesta<sup>21</sup>.

Nemmeno il rapporto fra dogmatica penale di stile accademico e giurisprudenza è privo di tensioni. Diversamente che in altri Stati, i giudici tedeschi tengono in grande considerazione le elaborazioni teoriche dei grandi commentari, dei principali manuali e dei contributi degli autori più accreditati; si è giunti al punto di organizzare un *forum* di discussione e confronto attraverso il *Karlsruher Strafrechtsdialog*<sup>22</sup>. Raramente i giudici tedeschi sono rimproverabili di non confrontarsi<sup>23</sup>, nelle loro motivazioni, con le diverse opinioni dottrinali maturate intorno alle principali questioni giuridiche e di limitarsi a esporre le opinioni di quegli autori che appoggiano la soluzione data in sentenza<sup>24</sup>. Si aggiunga che la giurisprudenza rifugge dall'aderire a teorie troppo rigide, manifestando la propria preferenza piuttosto per gli orientamenti che lasciano un margine interpretativo per la soluzione del caso: col che si spiega, ad esempio, l'attestarsi della giurisprudenza su una “valutazione complessiva” nel quadro della teoria “soggettiva” a proposito

<sup>18</sup> Si veda ad esempio J. WESSELS, W. BEULKE, H. SATZGER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 44<sup>a</sup> ed. 2014, nr. 415.

<sup>19</sup> Al riguardo cfr. W. FRISCH, *Zur Bedeutung der Rechtsdogmatik für die Entwicklung des Strafrechts*, in *Die Bedeutung der Rechtsdogmatik für die Rechtsentwicklung*, cit., 176.

<sup>20</sup> Lo ammette anche C. ROXIN *Die Strafrechtswissenschaft vor den Aufgaben der Zukunft*, cit. 384-387, che per il resto afferma convintamente l'alto valore dell'approccio dogmatico. Per contro, B. SCHÜNEMANN, in *Festschrift Herzberg*, 2008, 45, parla della dogmatica penale come di un “quarto potere”, certamente solo in rapporto con la giurisprudenza che essa si limita a controllare, senza esercitare un vero dominio. Analogamente H. RADTKE, *Gestörte Wechselbezüge? - Zum Verhältnis von Strafrechtswissenschaft und Rechtsprechung*, in *ZStW* 2007, 73 ss.

<sup>21</sup> Nello stesso senso W. FRISCH, *Zur Bedeutung der Rechtsdogmatik*, cit., 187.

<sup>22</sup> I materiali sono pubblicati in *Strafprozessrechtspraxis und Rechtswissenschaft - Getrennte Welten?*, a cura di M. JAHN-A. NACK, 2008; e, dello stesso autore, *Rechtsprechung, Gesetzgebung, Lehre: Wer regelt das Strafrecht?*, 2010; *Gegenwartsfragen des europäischen und deutschen Strafrechts*, 2011.

<sup>23</sup> Nel senso di un obbligo costituzionalmente fondato (!) per i giudici di “osservare i concetti della dogmatica penale e di confrontarsi con gli stessi nell'attività interpretativa” si veda tuttavia, l'esplicita affermazione di B. SCHÜNEMANN *Festschrift Herzberg*, cit., 45. Giustamente critico sul punto H. RADTKE, *Gestörte Wechselbezüge*, cit., 70.

<sup>24</sup> Si veda al riguardo B. SCHÜNEMANN, in *Goldammer's Archiv* 2011, 451 ss.; nonché H. RADTKE, *Gestörte Wechselbezüge*, cit., 78 ss.

della distinzione fra autoria e partecipazione nel reato<sup>25</sup>, così come la preferenza per flessibili “teorie volontaristiche” a proposito della distinzione fra dolo e colpa<sup>26</sup>. Resta il fatto che nessuna teoria, per quanto perfettamente pensata e costruita, può ambire ad affermarsi nella pratica solo in ragione del suo rigore logico.

L’assunto che, in futuro, le grandi costruzioni teoriche sono destinate ad essere relegate in secondo piano non significa che la scienza penale possa rinunciare del tutto alla formazione di concetti e teorie: l’argomentazione sistematica e coerente continuerà ad essere un marchio di qualità per la giurisprudenza futura<sup>27</sup>. Tuttavia non è un caso che progetti teorici ampi e individualmente concepiti, come ad esempio quelli di HANS WELZEL, CLAUS ROXIN, GÜNTHER JAKOBS, EBERHARD SCHMIDHÄUSER o MICHAEL KÖHLER e relativi allievi sembrano non avere praticamente seguaci nelle giovani generazioni<sup>28</sup>. Del resto, se si guarda all’esperienza di altri ordinamenti – ad esempio quello inglese o quello francese – si nota una capacità di (sopra-)vivere anche senza le raffinatezze dell’approccio dogmatico. Anzi. Grazie a un approccio più pratico, orientato alla “ragionevolezza” e, per questo, più capace di adeguarsi alla varietà dei casi da decidere, quel diverso modo di porsi può essere per i riformatori di altri ordinamenti persino più attraente di quanto oggi non appaia l’inaccessibile dogmatica tedesca. Pertanto, nell’epoca dell’unificazione o armonizzazione fra sistemi giuridici europei, la tradizione di pensiero tedesca – benché presente nel dialogo internazionale – ha minori chances di successo di quanto alcuni suoi rappresentanti mostrino di credere<sup>29</sup>.

## II. Tendenze espansive

1. Se la sistematica penetrazione del diritto penale è destinata a indietreggiare di fronte alle classiche costruzioni teoriche di parte generale, è invece prevedibile una ulteriore espansione della parte speciale. Non si tratta solo (e comunque non in primo luogo) dell’*adattamento dei divieti ai cambiamenti dei nostri stili di vita* con particolare riguardo alle tecnologie informatiche<sup>30</sup>. Non si assiste ad alcun rivoluzionario sconvolgimento, quando, ad esempio, alla falsificazione o distruzione di documenti manoscritti (§§ 267, comma 1, e 274, comma 1, StGB) si affian-

<sup>25</sup> Si veda, ad esempio, *Bundesgerichtshof in Strafsachen* (d’ora in poi BGHSt) 8, 396; 37, 291; 48, 56.

<sup>26</sup> Ad esempio BGHSt 7, 363, 368 f.; 36, 1, 9; BGH in *Strafverteidiger* 1988, 328.

<sup>27</sup> Circa il significato delle costruzioni teoriche cfr. B. SCHÜNEMANN, in *Goltammer’s Archiv* 2011, 447; M. PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, cit. 3 ss.

<sup>28</sup> Si veda tuttavia da ultimo M. PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, cit., il quale si batte per un sistema penale “a getto unico”.

<sup>29</sup> Si vedano J. VOGEL, in *Juristenzeitung* 2012, 27 ss. e R. WAHL, *ibidem*, 866 ss.

<sup>30</sup> Cfr. W. FRISCH, *Gesellschaftlicher Wandel als formende Kraft und als Herausforderung des Strafrechts*, in *Festschrift Jung*, 2007, 190 ss.

ca la manipolazione o la cancellazione di dati archiviati in memorie elettroniche (§§ 274, comma 1, nr. 2, 303a e 303b StGB). Persino l'adattamento di tradizionali disposizioni penali alla "vita virtuale" di molte persone in Internet, specialmente nell'uso dei *social network*, non implica un mutamento qualitativo del diritto penale: il fatto che affermazioni ingiuriose o diffamatorie possano oggi essere diffuse grazie a *Facebook* non esclude per nulla l'applicabilità delle vigenti norme penali. Il diritto penale preserva il proprio carattere e il proprio ambito di tutela anche a fronte di "beni giuridici" definibili come nuovi: se, nel loro tempo libero, le persone non si dilettono più con il modellismo navale, ma armano personaggi di fantasia con giochi *on-line* dispendiosi di tempo, si può certo riflettere circa l'opportunità di creare nuove disposizioni penali volte a sanzionare danni o furti di identità virtuali<sup>31</sup>. Ma anche qui saremmo in presenza di un semplice adattamento del diritto penale classico alla necessità di tutelare nuovi ambiti sensibili per molte persone, in ragione del tempo, del danaro o della fatica investiti.

2. Un mutamento non solo quantitativo è ravvisabile invece in un settore penalistico dove già si osserva un'espansione verosimilmente destinata a espandersi nel prossimo futuro: alludo all'*ambito dell'economia e delle finanze*. Qui la tendenza è nel senso di un intervento capillare del diritto penale a copertura di regole che assicurino condotte imprenditoriali ispirate a ragionevolezza e cautela. La punibilità del riciclaggio – per dolo o per avventatezza (§ 261, commi 1, 2 e 5 StGB – l'estensione della fattispecie di infedeltà a pratiche commerciali rischiose (§ 266 StGB)<sup>32</sup>, la creazione di nuove fattispecie penali riguardanti la possibile manipolazione dei corsi borsistici (§ 38 *Wertpapierhandelsgesetz*)<sup>33</sup>, l'incriminazione (anche a titolo di colpa) di iniziative finanziarie senza previa autorizzazione dell'ufficio di controllo bancario (§ 54 *Kreditwesengesetz*)<sup>34</sup>, così come il divieto penalmente sanzionato di traffico di sostanze dopanti (§ 95, comma 1, nr. 2a e § 6a *Arzneimittelgesetz*), sono solo alcuni esempi che documentano la tendenza legislativa a minacciare con sanzioni penali qualsivoglia messa in pericolo anche solo della fiducia che il cittadino dovrebbe riporre in un regolare assetto della vita economica<sup>35</sup>.

<sup>31</sup> Cfr. J. VAN KOKSWIJK, *Granting Personality to a Virtual Identity*, in *International Journal of Human and Social Sciences* 2008, 207; M. GERCKE, *Understanding Cybercrime*, 2<sup>a</sup> ed. 2011, 86 ss.

<sup>32</sup> Cfr. BGHSt 47, 148; 51, 111 ss.; 53, 199; fundamentalmente confermata dalla sentenza del *Bundesverfassungsgericht*, in *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 126, 170. Sul punto, anche in prospettiva comparata, T. RÖNNAU, in *ZStW*, 2010, 299 e B. SCHÜNEMANN, *Der Begriff des Vermögensschadens als archimedischer Punkt des Untreuetatbestandes*, in *Strafverteidiger Forum* 2010, 477.

<sup>33</sup> Al riguardo R. SCHMITZ, in *ZStW* 2003, 501; H. KUDLICH, in *Juristische Rundschau* 2004, 191.

<sup>34</sup> A proposito del dubbio bene giuridico protetto da tale norma si veda G. JANSSEN, in *Münchener Kommentars zum StGB*, 2<sup>a</sup> ediz. 2015, vol. 7, § 54 KWG Rn. 11-13.

<sup>35</sup> Si veda R. HEFENDEHL, in *ZStW* 2007, 816; E. KEMPF, K. LÜDERSSEN, K. VOLK (a cura di), *Die Handlungsfreiheit des Unternehmers – wirtschaftliche Perspektiven, strafrechtliche und ethische*

Resta da dire quali effetti questa tendenza relativamente recente può avere sulle dinamiche dell'economia e, in particolare, se essa finirà col paralizzare le attività d'impresa o se contribuirà invece a un'elevazione dei parametri etici, contro l'avidità individuale dei soggetti economici. Già oggi si può tuttavia constatare l'indebolimento di taluni tradizionali principi del diritto penale economico: i "beni giuridici" diventano fluidi e altamente astratti, col che cessano di svolgere la classica funzione di limite alla punibilità<sup>36</sup>; le fattispecie si limitano spesso a descrivere condotte di pericolo astratto<sup>37</sup>; si prescinde dal requisito del dolo di danno o di pericolo, essendo sufficiente il semplice comportamento colposo a giustificare la punibilità<sup>38</sup>; le persone giuridiche diventano titolari di responsabilità penali<sup>39</sup>. Ma soprattutto si viene trasformando la funzione di minaccia e di esecuzione delle sanzioni penali: esse non sono più (soltanto) al servizio delle regole fondamentali della convivenza associata, bensì vengono impiegate per assicurare e rafforzare regole di comportamento, a loro volta, funzionali a disparati interessi e che, in linea generale, dovrebbero assicurare l'ordinato svolgersi della vita economica. In questo modo il diritto penale rientra in quel variegato strumentario giuridico che include il diritto tributario, il diritto pubblico dell'economia, il diritto dell'illecito amministrativo, il diritto delle attività non consentite e che, in linea generale, è concepito per conformare il comportamento dei cittadini ai fini normativi. Va così perduto il tratto specifico del diritto penale. Esso diventa un settore dell'esperienza giuridica non diverso qualitativamente da altri settori, le sue sanzioni non sono più associate a "disvalori etici", ma si distinguono dalle altre soltanto per la loro maggior incidenza sulla libertà e sul patrimonio. Al pari di ogni inflazione anche quella del diritto penale comporta una perdita di valore dei beni tutelati e ciò a prescindere dalla maggior o minor severità delle prassi giurisprudenziali sul terreno del diritto penale economico. Non credo che questa ten-

*Schranken*, 2009; A. J. GUGGENBERGER, *Die Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität in der Marktwirtschaft*, 2012.

<sup>36</sup> Sul punto, in generale, W. HASSEMER, U. NEUMANN, in *Nomos Kommentar zum StGB*, 3<sup>a</sup> ed. 2010, premessa al § 1, nr. 122 ss.; con particolare riferimento ai "beni giuridici" del diritto penale economico vedi, in termini critici, P. WITTIG, *Wirtschaftsstrafrecht*, 2<sup>a</sup> ed. 2011, 11 ss.; (in senso affermativo) K. TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht. Einführung und Allgemeiner Teil*, 3<sup>a</sup> ed. 2010, nr. 45 ss.; M. MANSDÖRFER, *Zur Theorie des Wirtschaftsstrafrechts*, 2011, 32 ss., concepisce il "bene giuridico" nei delitti economici come interesse a facilitare "le condizioni in presenza delle quali i singoli possano perseguire i propri interessi patrimoniali a fronte di ingerenze di terzi meritevoli di sanzione penale" (*ivi* nr. 52).

<sup>37</sup> Cfr. M. MANSDÖRFER, *Zur Theorie des Wirtschaftsstrafrechts*, cit., 80 ss.

<sup>38</sup> Si vedano ad esempio il § 261, comma 5, StGB, il § 38, comma 4, *Wertpapierhandelsgesetz* e il § 34, comma 7, *Außenwirtschaftsgesetz*.

<sup>39</sup> Una panoramica critica è offerta da B. SCHÜNEMANN, in *Leipziger Kommentar zum StGB*, 12<sup>a</sup> ed. 2007, premessa al § 25, nr. 20 ss; per un approfondimento circa la ripartizione di responsabilità nell'ambito dell'impresa cfr. M. MANSDÖRFER, *Zur Theorie des Wirtschaftsstrafrechts*, cit., 315 ss.

denza espansiva del diritto penale sia contrastabile: troppo comoda risulta, infatti, l'incriminazione di condotte irregolari come mezzo per un miglior loro controllo e certamente l'Unione europea rafforzerà, anziché frenare, l'espansione del diritto penale economico e tributario.

3. Un secondo settore dove prevedibilmente si verificherà l'accennata tendenza espansiva è l'ambito delle *infrazioni morali*, vale a dire di quelle condotte che non causano alcun materiale danno individuale ma ledono le aspettative di comportamenti decorosi e rispettosi del vivere "civile"<sup>40</sup>. Appartengono a questa tipologia, ad esempio, il disturbo di funzioni religiose e della quiete dei defunti (§§ 167-168 StGB), l'apologia del nazionalsocialismo e la negazione dei suoi crimini, (§ 130, commi 3 e 4, StGB), l'esaltazione o la svalutazione di fatti violenti (§ 131 StGB), il maltrattamento di animali (§ 17 *Tierschutzgesetz*). Anche talune infrazioni contro l'integrità dell'ambiente (ad esempio §§ 324, 329 StGB) sono annoverabili nella lista degli illeciti privi di concreti effetti dannosi per la salute e tuttavia sanzionati penalmente per la contrarietà a diffuse aspettative di comportamento<sup>41</sup>. Infine, rientrano fra le *infrazioni morali* anche modalità di condotta come ad esempio l'assunzione di droghe o la guida di autoveicoli, vietate per ragioni paternalistiche<sup>42</sup>, al fine di proteggere il cittadino da possibili danni a se stesso.

Simili divieti possono essere considerati come "simbolici"<sup>43</sup> in quanto non sono creati per sanzionare davvero tutte le immaginabili violazioni; con essi si mira piuttosto ad esprimere in maniera incisiva il rifiuto morale col quale la società (e più precisamente i suoi *opinion makers*) bolla certe modalità comportamentali. L'incriminazione è, si può dire, il braccio armato di quella "correttezza politica" che penetra il lessico ufficiale e dal quale ci si attende, alla lunga, un mutamento anche interiore dei cittadini. Questi ultimi si debbono attenere alle regole di comportamento non in quanto la loro violazione recherebbe danno a qualcuno, ma perché – come il legislatore mostra di credere – ciò è bene per loro stessi<sup>44</sup>. La

<sup>40</sup> Si veda al riguardo l'ampia ricerca di T. HÖRNLE, *Grob anstößiges Verhalten*, Frankfurt a. M. 2005, e quella pubblicata a cura di A. VON HIRSCH-A. P. SIMESTER, *Incivilities*, Oxford 2006.

<sup>41</sup> Si veda tuttavia B. SCHÜNEMANN, *Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, in *Goldammer's Archiv* 1995, 208, secondo il quale la "dispersione di risorse in danno delle generazioni future", integra il "concetto originario del delitto" ("*Urbegriff des Verbrechens*"); dello stesso autore si veda anche *Strafrecht und Strafprozess im Rechtsstaat*, pubblicato in H. SCHOLLER (a cura di), *Die Sicherung des Rechtsstaatsgebotes im modernen europäischen Recht*, Berlin 2011, 49.

<sup>42</sup> Al riguardo si veda A. VON HIRSCH, U. NEUMANN, K. SEELMANN (a cura di), *Paternalismus im Strafrecht*, Baden-Baden 2010.

<sup>43</sup> Sul punto W. HASSEMER, in *Festschrift Roxin*, 2001, 1001; J.L. DÍEZ RIPOLLÉS, in *ZStW* 2001, 516.

<sup>44</sup> Cfr. B. SCHÜNEMANN, *Strafrecht und Strafprozess*, cit., 50-53.

tendenza a penalizzare condotte “indecenti” rompe con una secolare tradizione europea, i cui fondamenti sono giustamente individuati nella filosofia illuministica<sup>45</sup>. Essa contraddice anche il “principio di offensività”<sup>46</sup>, che non ammette sanzioni penali per condotte semplicemente immorali. In cosa poi precisamente consiste l’“offensività” qui evocata è questione plurisolubile<sup>47</sup>. Non è difficile trovare un interesse suscettibili di tutela: la protezione di altri rispetto alla possibile lesione di loro privati sentimenti, la tutela del sistema sanitario pubblico e dei suoi costi rispetto al sovraccarico di malattie e lesioni che si potrebbero prevenire o, in casi di necessità, la “pace pubblica”<sup>48</sup>, meritevole sempre e in ogni luogo di essere protetta. Bisogna però riconoscere che la vera forza propulsiva che preme per la penalizzazione di siffatti comportamenti non è affatto la protezione di concreti interessi, bensì il desiderio di educare e promuovere comportamenti conformi alle norme di civile convivenza<sup>49</sup>.

Non è forse casuale che la tendenza a una nuova moralizzazione (anche) del diritto penale sia associata a un più forte influsso delle donne nella formazione della pubblica opinione, così come nella legislazione e nella giurisprudenza. Negli ultimi decenni, in tutti i paesi europei le donne hanno chiaramente rafforzato la loro presenza negli organi legislativi, nei tribunali, negli uffici d’accusa, nei mezzi di comunicazione e niente lascia supporre che una simile tendenza si arresti. Una delle ipotizzabili conseguenze di tale sviluppo è il crescente interesse che circonda la persona offesa dal reato sia nel diritto penale sia in quello processuale<sup>50</sup>: le donne subiscono delitti più frequentemente di quanti ne commettano ed è perciò più facile per loro identificarsi con le vittime.

Assistiamo alla creazione o all’estensione di fattispecie incriminatrici che lasciano supporre vittime in prevalenza femminili<sup>51</sup>. Si pensi al matrimonio forzato (§ 237 StGB), alle molestie (§ 238 StGB), alla tratta di persone per finalità di sfruttamento sessuale (§ 232 StGB) così come alla realizzazione furtiva di immagini (§ 201a StGB). Degno di nota è altresì lo spostamento d’accento osservabile

<sup>45</sup> W. FRISCH, *Rechtsphilosophie und Strafrecht in Europa*, in *Goltdammer’s Archiv* 2007, 253.

<sup>46</sup> Si veda A. VON HIRSCH, in R. HEFENDEHL, A. VON HIRSCH, W. WOHLERS (a cura di), *Die Rechtsgutstheorie*, Baden-Baden 2003, 13.

<sup>47</sup> Ad esempio K. AMELUNG, in: R. HEFENDEHL, A. VON HIRSCH, W. WOHLERS (a cura di), *Die Rechtsgutstheorie*, 2003, 155; T. HÖRNLE, *Grob anstößiges Verhalten*, 22 ss.

<sup>48</sup> T. HÖRNLE, *Grob anstößiges Verhalten*, cit., 90 ss.

<sup>49</sup> Cfr. C. PRITZWITZ, in U. NEUMANN-C. PRITZWITZ (a cura di), *Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts*, Frankfurt a. M. 2000, 136.

<sup>50</sup> Sugli sviluppi attuali e per un primo provvisorio bilancio dopo un quarto di secolo di politica criminale in Germania si veda il volume collettaneo curato da S. BARTON e R. KÖLBEL, *Ambivalenzen der Opferzuwendung des Strafrechts*, Baden-Baden 2012.

<sup>51</sup> Per un primo sguardo all’approccio femminista al diritto penale si veda U. LEMBKE, in L. FOLJANTY-U. LEMBKE (a cura di), *Feministische Rechtswissenschaft*, 2ª ed. 2012, 235.

nella recente normativa in tema di prostituzione: il libero esercizio della stessa è stato legalizzato, mentre è stata confermata (§§ 180a, 181a StGB) la punibilità dello sfruttamento (quasi sempre opera di maschi), e ultimamente è stata assoggettata a sanzione anche la condotta del minore (verosimilmente maschio) che abusa di altro minore (§ 182 II StGB)<sup>52</sup>. Infine anche nell'ampliamento di tutela penale in favore di bambini e minori, ad esempio nel campo dello sfruttamento sessuale e dell'uso di immagine pornografiche (§§ 180, 184c StGB), è ravvisabile una scelta associabile con istinti materni, mentre i supposti autori sono prevalentemente dei maschi.

Per contro, l'ideale libertario affermatosi a partire dal XIX secolo e imperniato sul valore supremo del libero comportamento, può essere visto come rappresentativo di un ordine di valori tipicamente maschile ormai in fase recessiva. Il credo liberale di un pensatore come JOHN STUART MILL, secondo il quale nessuno può essere limitato nella propria libertà, finché non lede interessi altrui<sup>53</sup> non trova più riscontro nell'ordine di valori vigenti nel XXI secolo. Ci stiamo muovendo dall'ideale (tipicamente maschile?) dell'autoaffermazione, dell'individualismo, della libertà e dell'autorealizzazione, verso una forte accentuazione della socialità, dell'empatia, dell'apertura ai desideri, alle aspettative, ai bisogni e alle sensibilità del prossimo: ciò che si riflette anche sul modo in cui diventa lecito esprimere le proprie opinioni e i propri desideri. Niente da obiettare, naturalmente, a questa coloritura comunitarista dei valori. Va però detto che chi si attesta su questo livello è probabilmente incline ad accettare limitazioni di libertà individuale in cambio del rispetto delle regole di convivenza sociale: e questo anche con i mezzi del diritto penale.

4. Circa le ragioni che hanno propiziato questa espansione "moralessante" del diritto penale è possibile avanzare qualche supposizione. Una riflessione plausibile si spinge ad affermare che i membri della "società del rischio" (*Risiko-gesellschaft*) sono disposti ad accettare limitazioni alla loro di libertà, per averne in cambio protezione a fronte delle molteplici insicurezze e dei pericoli che incontrano nella loro vita<sup>54</sup>. Sono andati perduti molti dei sicuri ancoraggi sui quali

<sup>52</sup> Sulla *ratio* del § 182 II StGB vedi T. HÖRNLE, in *Leipziger Kommentar*, 12<sup>a</sup> ed. 2010, § 182 nr. 4, 5 (la quale ricorda che nella disposizione penetrano "considerazioni paternalistico-morali").

<sup>53</sup> J. S. MILL, *On Liberty*, 2<sup>a</sup> ed. 1859, 135: "As soon as any part of a person's conduct affects prejudicially the interests of others, society has jurisdiction over it (...). But there is no room for entertaining any such question when a person's conduct affects the interests of no person besides himself, or needs not affect them unless they like. In all such cases there should be perfect freedom, legal and social, to do the action and stand the consequences".

<sup>54</sup> Il tema vanta una ricca letteratura. Si vedano in particolare C. PRITZWITZ, *Strafrecht und Risiko*, 1993; W. HASSEMER, in *Festschrift Roxin*, 2001, 1001; J. SILVA SÁNCHEZ, *Die Expansion des Strafrechts*, 2003, 7 ss.; W. FRISCH, in: *Festschrift Jung*, 2005, 194 ss.

fino a cinquant'anni fa si poteva ancora contare: la sopravvivenza dell'ambiente naturale è minacciata; le strutture genetiche delle piante, degli animali e persino degli uomini sono esposte a manipolazioni dalle conseguenze ignote e imprevedibili; l'integrità della nazione è insidiata dall'esterno a causa di movimenti migratori e altri molteplici influssi disgregatori; istituzioni come la famiglia, la chiesa, i comuni sono caduti a pezzi o hanno quanto meno perduto l'importanza che in passato avevano nella vita sociale, ciò che si è tradotto in un allentamento del controllo sociale informale. Infine, nelle società multiculturali si scontrano in modo spesso inconciliabile rappresentazioni molto diverse circa l'idea di condotta socialmente corretta o quanto meno tollerabile. Il generale senso di insicurezza e di instabilità che assale molte persone produce una forte paura di essere aggrediti e prevaricati nel proprio spazio vitale, specialmente in presenza di paure artatamente gonfiate. Fenomeni a lungo discussi e trattati dai mezzi di comunicazione come ad esempio il terrorismo, con i suoi anonimi protagonisti, per molti incomprensibili motivi si traducono facilmente in simboli efficaci di una minaccia alla sicurezza personale, costante, imprevedibile e perciò stesso difficile da prevenire.

Il clima di minaccia percepita e di anomia in un mondo destrutturato e difficile da decifrare predispone molte persone a sacrificare la propria libertà di azione, se i limiti cui si sottopongono si agganciano a promesse (o quanto meno ad aspettative) di riacquistare la sicurezza che si credeva perduta. In simile contesto gioca un importante ruolo simbolico il diritto penale con le sue chiare regole e il suo meccanismo di stretta coerenza<sup>55</sup>: 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 agire<sup>56</sup>. L'opinione pubblica e la sua diffusione fa salire la pressione sul legislatore e sui giudici invitati a "far qualcosa" al fine di contrastare efficacemente minacce spesso erroneamente associate al delinquere<sup>57</sup>.

Gli uomini colgono solo il volto amichevole del Leviatano, quello che restituisce sicurezza, ignorando così il pericolo della sua tirannia. La tendenza a sacrificare le libertà individuali (di azione, di pensiero, di opinione) in cambio di maggior sicurezza si intreccia con le ininterrotte tradizioni delle società asiatiche

<sup>55</sup> Vedi L. KUHLEN, *Kritik und Rechtfertigung*, cit., 113.

<sup>56</sup> Per uno spunto in tal senso nei confronti dei "terroristi" cfr. O. DEPENHEUER, *Die Selbstbauoptung des Rechtsstaates*, 2ª ed. 2008; M. PAWLIK, *Der Terrorist und sein Recht. Zur rechtstheoretischen Einordnung des modernen Terrorismus*, München 2008. Giustamente critico a proposito della legislazione sul terrorismo in questa congiuntura storica M. CANCIO MELIÀ, *Zum strafrechtlichen Begriff des Terrorismus*, in *Goldammer's Archiv* 2012, 1, 4 s.; vedi altresì M. ZÖLLER, *Terrorismusstrafrecht*, 2009.

<sup>57</sup> Cfr. K.L. KUNZ, in *Festschrift Schöch*, 2010, 362.

(dell'estremo oriente), che non hanno mai cessato di lasciare alla persona margini angusti di realizzazione e autonomia individuale.

Non è una sorpresa per gli esperti constatare che l'espansione del diritto penale non è davvero in grado di produrre né la sicurezza sperata, né l'affrancamento dalla paura; ancor meno esso è idoneo a risolvere problemi di giustizia sociale. Ciò nonostante la creazione e l'estensione di disposizioni penali resta attrae la politica: segnala attenzione e consapevolezza dei problemi del momento (ad esempio, i danni provocati dallo sfruttamento selvaggio dell'ambiente, le lesioni alla *privacy* che possono derivare dall'uso delle nuove tecnologie) oltre a capacità di prendere le cose sul serio, offrendo rimedi a buon mercato. Di questo passo, la politica si sgrava del compito di affrontare le reali cause dei problemi in questione, ciò che sarebbe verosimilmente più impegnativo sul piano finanziario e, dunque, meno gradito all'elettorato. Per questo, anche i prossimi decenni saranno prevedibilmente caratterizzata da una progressiva espansione del diritto penale.

C'è però qualcosa di pericoloso – va detto – nel credere che la sanzione penale sia in grado di risolvere problemi sociali oppure di prevenire condotte immorali o socialmente nocive. Chi afferma questo nell'arena pubblica risveglia aspettative irrealistiche, destinate a restar deluse. Di questo passo si corre al contempo il rischio non solo di inflazionare lo strumento repressivo, ma anche di smarrire i confini del diritto penale. Quando si abbandona il tratto specifico della punibilità (vale a dire la giustificata riprovevolezza morale della condotta incriminata), il diritto penale finisce col perdere il proprio profilo politico-costituzionale (*rechtsstaatlich*)<sup>58</sup> e col confondersi con il diritto di polizia o con l'attività di *intelligence* in un insieme normativo privo di contorni e ispirato a un *homeland security law* suscettibile di ulteriori arbitrarie espansioni secondo il motto *more of the same*, fino al ritorno, irrealisticamente atteso, a un'epoca aurea di sicurezza e pace sociale<sup>59</sup>.

5. Un diritto penale della sicurezza, eticamente orientato, che si proponga di contrastare in maniera efficiente tutte le condotte socialmente dannose non si attiene ai tradizionali principi, se questi risultano disfunzionali al fine di garantire ampia protezione rispetto a incombenti minacce. Poco importa se questi principi sono espressi in brocardi latini e abbiano dietro di sé una lunga tradizione.

Meno plausibile deve apparire, a un fautore della tendenza qui criticata, l'idea del carattere "frammentario" del diritto penale. Già KARL BINDING, al quale si deve questa figura concettuale, ravvisava in essa un difetto, non vantaggio. Per-

<sup>58</sup> C. PRITZWITZ, *Kritik und Rechtfertigung*, cit., 138.

<sup>59</sup> Sul punto si rinvia all'eccellente analisi di W. HASSEMER, *Sicherheit durch Strafrecht*, in *Höbstrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht* 2006, 130 ss.

ché mai – egli si chiedeva – dovrebbe essere le “casualità della vita quotidiana a determinare ciò che il legislatore fissa come punibile”?<sup>60</sup> Solo in un periodo successivo si è affermata l’idea che non ogni condotta riprovevole merita di essere incriminata<sup>61</sup>. Un simile pensiero muove tuttavia dal postulato liberale di un latente conflitto fra libertà del cittadino e potere repressivo (e potenzialmente oppressivo) dello Stato. Se il diritto penale viene inteso (ancora solo) come strumento di tutela per “tutti noi”, la sua frammentarietà appare illogica. In un simile sistema il diritto penale deve abbracciare idealmente tutti e solo quei fatti nei quali sia ravvisabile un’offesa alle legittime aspettative di comportamento della generalità dei cittadini; eventuali lacune legislative producono solo vantaggi forieri di ineguaglianza e per ciò stesso illegittimi, finendo col favore scaltri parassiti sociali.

Persino brocardi come *nullum crimen sine lege, nulla poena sine culpa* o principi come il divieto di retroattività vacillano nel “moderno” sistema penale. Si tratta di principi sviluppatasi sin dal XVII secolo per proteggere il cittadino dallo sconfinato potere repressivo del sovrano<sup>62</sup>. Essi pongono limiti all’effettività e alla funzionalità del potere punitivo; il liberalismo illuministico ha sempre considerato come un vantaggio questa autolimitazione del potere statale: consapevolmente e volutamente, in nome della libertà individuale, lo Stato pone ostacoli alla punibilità, vincolandosi al dettato testuale delle norme di legge e al divieto di retroattività.

Ma cosa accade quando la legge penale è dettata non da un monarca assoluto, capriccioso ed egoista, ma da “noi stessi”, cittadini alla ricerca di protezione e sicurezza? Possiamo ancora dire che le intenzionali (almeno in parte volute) disfunzionalità del diritto penale prodotte dal principio di legalità siano ancora virtuose? O dobbiamo piuttosto vedere in quel difetto di funzionamento un censurabile “limite di punibilità”? Perché mai non si dovrebbero applicare le norme penali in via analogica a casi non previsti dal legislatore, quando il colmare la lacuna fosse idoneo ad accrescere il senso di sicurezza dell’intera società, vale a dire di “tutti noi”? Suppongo che, nel 2050, gli studenti e i giudici conosceranno e citeranno ancora il principio *nullum crimen sine lege*. È però possibile che lo percepiranno come un corpo estraneo e come ostacolo alla realizzazione di una auspicabile giustizia penale, sicché saranno portati a concepirlo in maniera più restrittiva di quanto noi oggi siamo abituati a intenderlo<sup>63</sup>.

<sup>60</sup> K. BINDING, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, Besonderer Teil I*, 2<sup>a</sup> ed. 1902, 20.

<sup>61</sup> Al riguardo si veda W. NAUCKE, *Strafrecht*, 10<sup>a</sup> ed. 2002, 64 ss.

<sup>62</sup> Già in THOMAS HOBBS affermava: “Nessuna legge emanata dopo che un’azione è stata compiuta, può farla diventare un crimine (...) e una legge positiva non può essere conosciuta prima di essere fatta e pertanto non può essere obbligatoria” (*Leviatano* (1651), trad. it. a cura di A. PACCHI, 7<sup>a</sup> ed., Roma-Bari 2001, 242).

<sup>63</sup> Nello stesso senso – con riguardo alle interferenze del diritto internazionale – B. JÄHNKE, *Zur Erosion des Verfassungssatzes “Keine Strafe ohne Gesetz”*, in *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 2010, 469 ss.

### III. Considerazione conclusiva

Se la mia previsione è corretta, ci dobbiamo aspettare una estensione quantitativa del diritto penale in diversi ambiti (della vita associata) che non necessariamente saranno interessati da un coevo miglioramento qualitativo delle rispettive funzionalità. Sono potenzialmente sotto attacco i limiti che tradizionalmente il potere statale si impone a tutela del cittadino. La circostanza che le linee di politica criminale sono elaborate al livello sovranazionale dell'Unione europea e meno a livello nazionale – benché sul punto non sia qui possibile dilungarsi – dà ulteriore avallo a questa prognosi pessimistica<sup>64</sup>.

Ci stiamo probabilmente muovendo in un mondo dove l'armonia conta più della libertà. In questo contesto il diritto penale è chiamato ad assicurare un'armonia libera da fattori di disturbo, nel rispetto reciproco fra le persone, attraverso una serie di regole di comportamento penalmente sanzionate, volte alla preservazione dell'ordine economico e alla conservazione di una società complessivamente sana. Come ogni "nuovo mondo" (nel senso del *Brave new world*) anche questo ha la duplice potenzialità di evolversi nel senso sia dell'utopia pacifica, sia della distruttiva distopia di un'asfissiante tirannia delle opinioni. Comunque sia, 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.

<sup>64</sup> Sull'effetto espansivo del diritto penale eurounitario cfr. B. SCHÜNEMANN, *StV* 2003, 116; J. SILVA SÁNCHEZ, *Die Expansion des Strafrechts*, cit., 44; W. FRISCH, *Konzept der Strafe und Entwicklung des Strafrechts in Europa*, in *Goltdammer's Archiv* 2009, 401 ss.; si veda altresì l'esemplare illustrazione di R. GEIGER, *Auswirkungen europäischer Strafrechtsbarmonisierung auf nationaler Ebene*, Berlin 2012. Per una sottolineatura del principio di proporzionalità e del diritto penale come ultima *ratio* si veda, per contro, il "Manifesto per una politica criminale europea" redatto da alcuni penalisti e riprodotto in *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 2009, 697.

## HANNO COLLABORATO AL VOLUME

MARTA BERTOLINO – Professore ordinario nell’Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano

RENATO BRICCHETTI – Presidente di Sezione della Corte di Appello di Milano

DAVID BRUNELLI – Professore ordinario nell’Università di Perugia

MARGHERITA CASSANO – Consigliere della Corte di Cassazione

GIULIA CHECCACCI – Perfezionata presso la Scuola Superiore Sant’Anna di Pisa

STEFANO CORBETTA – Magistrato del Tribunale di Milano

ALESSANDRO CORDA – Post-Doctoral Research Fellow presso la University of Minnesota Law School (USA)

EMANUELE CORN – Research fellow nell’Università di Antofagasta (Cile)

CRISTIANO CUPELLI – Ricercatore nell’Università di Roma “Tor Vergata”

OMBRETTA DI GIOVINE – Professore ordinario nell’Università di Foggia

ALBERTO DI MARTINO – Professore straordinario nella Scuola Superiore Sant’Anna di Pisa

LUIGI FERRAJOLI – Professore emerito nell’Università di Roma Tre

ALBERTO GARGANI – Professore ordinario nell’Università di Pisa

FAUSTO GIUNTA – Professore ordinario nell’Università di Firenze

JOSÉ L. GONZÁLEZ CUSSAC – Professore nell’Università di Valencia (Spagna)

ANTONIO GULLO – Professore associato nell’Università di Messina

ALESSANDRA MACILLO – Dottoranda di ricerca nell’Università di Trento

FILIPPO MAGGI – Cultore della materia nell’Università di Ferrara

ANTONELLA MARANDOLA – Professore ordinario nell’Università LUM Jean Monnet

GIANFRANCO MARTIELLO – Ricercatore nell’Università di Firenze

DARIO MICHELETTI – Professore associato nell’Università di Siena

OSCAR MORALES – Avvocato presso lo Studio legale Uría Menéndez

FRANCESCO MORELLI – Ricercatore nell’Università di Ferrara

DANIELE NEGRI – Professore associato nell’Università di Ferrara

RENZO ORLANDI – Professore ordinario nell’Università di Bologna

CATERINA PAONESSA – Dottore di ricerca nell’Università di Firenze

MICHELE PAPA – Professore ordinario nell’Università di Firenze

CARLO PIERGALLINI – Professore ordinario nell’Università di Macerata

GIORGIO PINO – Professore associato nell’Università di Palermo

MARIO PISANI – Professore emerito nell’Università di Milano

LUCA PISTORELLI – Consigliere della Corte di Cassazione

GAETANO RUTA – Sostituto Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di  
Milano

FRANCESCO SBISÀ – Avvocato del Foro di Milano

MICHELE TARUFFO – Professore nell’Università di Girona (Spagna)

GIOVANNI TUZET – Professore associato nell’Università Bocconi di Milano

DIRK VAN ZYL SMIT – Professore nell’Università di Nottingham (Regno Unito)

PAOLO VERONESI – Professore associato nell’Università di Ferrara

CATY VIDALES RODRÍGUEZ – Professore nell’Università Jaume I di Castellón de  
la Plana (Spagna)

LUCIANO VIOLANTE – Professore nell’Università di Camerino

THOMAS WEIGEND – Professore nell’Università di Colonia (Germania)

FRANCESCO ZACCHÈ – Professore associato nell’Università di Milano “Bicocca”

## Criteria per la pubblicazione

1. Al fine di assicurare la qualità scientifica degli studi pubblicati, il Comitato di direzione di *Criminalia* si avvale del giudizio di Revisori esterni ai quali sono inviati, in forma anonima, gli scritti destinati alla pubblicazione. Ogni scritto pubblicato è stato valutato favorevolmente da due Revisori che lo hanno giudicato l'uno all'insaputa dell'altro.
2. Sono esclusi dall'anzidetto sistema di valutazione preventiva di qualità: a) gli studi già pubblicati in riviste italiane o straniere classificate in fascia A; b) gli studi dei componenti del Comitato di direzione; c) le relazioni, le comunicazioni e gli interventi a convegni; d) gli scritti non giuridici; e) le recensioni di libri e i resoconti dei convegni; f) i contributi richiesti a studiosi o esperti di comprovata competenza e pubblicati nelle rubriche intitolate "*Opinioni a confronto*", "*Tavola rotonda*" o similari.  
La pubblicazione di tutti i contributi non sottoposti al giudizio dei revisori di cui al punto 1, è comunque subordinata all'unanime parere positivo del Comitato di Direzione.
3. La documentazione relativa alla procedura di revisione di ciascun lavoro e all'approvazione unanime del Comitato di Direzione è conservata a cura della Redazione di *Criminalia*.

## Revisori

Elio R. Belfiore	Giulio Illuminati	Vania Patanè
Marta Bertolino	Gaetano Insolera	Paolo Patrono
Alberto Cadoppi	Sergio Lorusso	Massimo Pavarini
Giampaolo Demuro	Vincenzo Maiello	Davide Petrini
Alberto di Martino	Ferrando Mantovani	Carlo Piergallini
Vittorio Fanchiotti	Luca Marafioti	Tommaso Rafaraci
Giovanni Fiandaca	Enrico Marzaduri	Lucia Risicato
Giovanni Flora	Oliviero Mazza	Placido Siracusano
Luigi Foffani	Nicola Mazzacuva	Luigi Stortoni
Désirée Fondaroli	Alessandro Melchionda	Paolo Veneziani
Gabriele Fornasari	Sergio Moccia	
Roberto Guerrini	Vito Mormando	

Edizioni ETS  
Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa  
info@edizioniets.com - www.edizioniets.com  
Finito di stampare nel mese di settembre 2015