

CAPITOLO I

“GRANDI PAROLE SI FANNO DI LIBERTÀ SENZA CORRISPONDENZA DI FATTI”

“Grandi parole si fanno di libertà senza corrispondenza di fatti”. Perché “non sempre la libertà politica è garanzia di libertà civile”. Spesso, infatti, “dove quella è niente questa è grandissima, sia per la fermezza degli uomini” che hanno “missione di sostenerla con l’arme della legge, sia per la potenza della pubblica opinione” (Francesco Carrara, 1870)

SOMMARIO. Sezione I. *“La legge può vietare molte cose”, anche la libertà. Lineamenti dell’indagine.* – 1. Premessa. – 1.1. Coercizione penale come *extrema ratio ordinis*. – 1.1.1. Linee d’espansione (dell’idea punitiva) e selettività (dell’oggetto della ricerca). – 1.2. Note di metodo e anticipazioni di merito. – 1.2.1. Precisioni. – 2. Tesi. *“Malo turbolentam libertatem, quam quietus servitium”* – 2.1. Note empiriche. – 2.2. Non punibilità, *extrema ratio* ed opportunità politico-criminale. – 2.2.1. Fare (quasi) la stessa cosa. – 2.2.2. *Extrema ratio*, stato di diritto e *rule of law*. – 3. Echi. – 4. Temi. – 5. Ordine. Nozione, semantica ed usi pragmatici. – Sezione II. *“La molteplicità delle leggi” penali prova “la cattiva costituzione del governo”. Forza ed afasia dell’extrema ratio.* – 1. Genealogie e geografie. – 2. Opinioni. – 3. Le ragioni dell’*extrema ratio* tra dogmatica, “ideologia negativa” e garantismo penale. – 3.1. Forme e significati del negazionismo penale. – 3.1.1. Dal generale al particolare. – 3.1.1.1. Diritto penale minimo 4. *Extrema ratio*, dogmatica codicistica e pragmatismo extracodice.

SEZIONE I

“LA LEGGE PUÒ VIETARE MOLTE COSE”, ANCHE LA LIBERTÀ. LINEAMENTI DELL’INDAGINE

1. Premessa

L’indagine trova il suo più immediato motivo nell’osservazione dell’andamento inflazionistico del sistema penale. Esperienza di

non breve periodo, generalmente riconosciuta, e non contestabile, in ragione dei numeri che la descrivono. Ad oggi si calcola infatti uno *stock* di norme penali quantificabile tra il 'minimo' storico di 6000 (circa) titoli di reato, conteggiato sul finire degli anni Novanta, e un massimo 'provvisorio' di 37.000 fattispecie accertate come vigenti in anni più recenti¹.

L'approfondimento è altresì giustificato dall'evidente schiacciamento che questa obesità penalistica produce nella sfera della libertà individuale e dell'autonomia sociale², già prima dell'inflazione di pene privative della libertà personale³. Realtà percepita in tutta la sua gravità ad ogni livello d'analisi (economico, sociale, istituzionale, ecc.). L'impegno critico della scienza penalistica è, da questo punto di vista, l'avanguardia di un retroterra di opinioni convergenti nel segnalare le profonde alterazioni che il sovradimensionamento del diritto penale, con il cascame del protagoni-

¹ M. DONINI, *La riforma della legislazione penale complementare: il suo significato «costituente» per la riforma del codice*, in ID., *Alla ricerca di un disegno*, Cedam, Padova, 2003, 166 ss.; G. COCCO, *Diritto penale come ultima ratio: deflazione del sistema penale nella recente normativa*, in ID. (a cura di), *Per un manifesto del neoilluminismo penale*, Cedam, Padova, 2016, 63. I numeri danno conto di una epidemia che non conosce confini. Negli USA il numero complessivo della fattispecie si aggira attorno alla sbalorditiva cifra di 300.000. J.C. COFFEE, *Does "unlawful" means criminal? Reflections on the Disappearing Tort/Crime Distinction in American Law*, in *Boston University Law Review*, 1991, 193. Di questi, 4.000 sono reati federali; conteggiati in aumento del 33% nell'arco di tempo che dal 1982 arriva al 2000. J.S. BAKER JR., *Measuring the Explosive Growth of Federal Crime*, www.fed-soc.org, 2004. La comparazione deve fare però i conti con la flessibilità dell'esercizio dell'azione penale. Circostanza che ha portato ad osservare che la larghezza con cui il legislatore dispensa criminalizzazione in astratto è compensata, in concreto, dal frequente impiego, specie quando l'*overcriminalization* interviene nella sfera di competenza di autorità di regolazione, di strumenti alternativi di *enforcement*. A. ASHWORTH, *Concepts of Overcriminalization*, in *Ohio State Journal of Criminal Law*, 2008, 419. Esempio, al riguardo, la parabola della responsabilità penale degli enti, che da rigido modello di responsabilità oggettiva, solo mitigabile in sede commisurativa, è divenuto istituto flessibile, la cui estensione ed effettività sono gestite, in termini pressoché esclusivi, attraverso accordi tra parte pubblica e parte privata. Da ultimi, e per tutti, J. ARLEN-M. KAHAN, *Corporate Governance Regulation Through Non-Prosecution*, in *University of Chicago Law Rev.*, 2017, vol. 84, fasc. 1, 323 ss.

² Per tutti F. STELLA, *Giustizia e modernità*, Giuffrè, Milano, 2001.

³ F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Giuffrè, Milano, 1983, 217. Prima "ancora che nella Costituzione, il principio di sussidiarietà e necessarietà della sanzione penale vige sovrano nell'ordine di idee della filosofia utilitaristica e sotto l'angolo visuale socio-economico della realtà".

simo sociale dei suoi apparati, produce nella tenuta di condizioni fondamentali per il normale funzionamento di una società democratica e per il suo sviluppo⁴.

In proposito giova formulare un *caveat*, necessario al fine di declinare in termini più realistici lo sfondo dell'indagine, evitando così di accreditare l'esistenza di un consenso totalizzante, indiscusso ed indiscutibile, in merito all'ipotesi di lettura appena prospettata. Più corretto è dire che, almeno con riferimento al piano dell'analisi teorica, la pur comune critica all'inflazione penalistica conosce articolazioni più pluralistiche e, di conseguenza, convive con soluzioni differenziate del comune problema. Ad esempio. A fronte della ragionevole difficoltà sperimentata dai tentativi di minimizzare l'intervento punitivo nell'ambito del *Kernstrafrecht*, dei reati di strada, della criminalità predatoria ecc. si assiste al plauso invece riservato alla modernizzazione penalistica attuata, non più solo nel *Nebenstrafrecht*, grazie a sempre nuove tutele apprestate all'integrità beni giuridici, specie se superindividuali (ambiente, economia, integrità della cosa pubblica, ecc.). Aggiornamenti apprezzati non solo perché destinati a colmare vuoti di tutela. Non è infatti infrequente l'osservazione a tenore della quale l'espansione dell'intervento punitivo in sfere sempre più estese dell'organizzazione sociale consentirebbe al diritto penale moderno di superare la tara classista che lo affligge per la sua diretta discendenza dalla “rivoluzione borghese”⁵. Un necessario recupero di eguaglianza che relativizza, però, il giudizio di disvalore associato all'espansione del diritto penale⁶. Valutazione che finisce per essere condivisa se la patologia è diagnosticata con riferimento alle fasce dell'intervento penalistico che colpiscono sfere sociali popolate da *outsiders* (tradizionali clienti della giustizia penale); mentre viene osservata con sospetto, quando non integralmente respinta, se l'estensione è indirizzata a colpire colletti bianchi, capitani d'impresa ed altri *insiders*⁷. Quasi potesse essere

⁴ “Essere addestrati a interpretare il mondo usando il codice penale non aiuta a fronteggiare la complessità del governare”. A. PANEBIANCO, *Competenze e democrazia: i politici e la cuoca di Lenin*, in *Il Corriere della Sera*, 2 gennaio 2018.

⁵ L. GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos para la lucha por la modernización del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2003. Diversamente cfr. C.E. PALIERO, *L'autunno del patriarca*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1225 ss. (anche per la citazione).

⁶ C. ROXIN, *Strafrecht. A.T.*, Bd. I, Beck, München, 1997, III ed., § 2, Rdn. 30 s.

⁷ Cfr. M. DONINI, *La riforma della legislazione penale complementare: il suo significato “costituente” per la riforma del codice*, in ID., *Alla ricerca di un disegno*, cit., 166 ss. spec. 199 ss.

anche qui vero il detto che considera il male comune come un mezzo gaudio. Opinione diffusa, ma non certo granitica. Diversa è, ad esempio, la posizione di Klaus Lüderssen. Autore attento a denunciare il più che concreto pericolo di trasformare la lotta per “un diritto penale minimo” in un contributo dato, almeno *in the facts*, alle ragioni di un “diritto penale di classe”. Denuncia che in quelle pagine coesiste però con un sistematico lavoro di delegittimazione dell’idea punitiva; messa in discussione a fronte della certezza che “il diritto penale, come mero dispensatore di pena” è sempre un male che difficilmente “contribuisce al progresso della società”⁸. Opinione di largo consumo, non solo nella prassi politico-criminale, che nelle pagine del maestro di Francoforte è detronizzata in nome di istanze liberal-democratiche emergenti dal collasso della Ragione di Stato quale fondamento del diritto di punire⁹, sia attraverso la legittimazione di un’ampia gamma di misure compensative, meditative e risocializzanti destinate a supplire l’istituto arcaico della pena; sia attraverso la giustificazione razionale di modelli cooperativi di prevenzione, che valorizzano la partecipazione dell’autonomia sociale nello specifico settore della criminalità di impresa (ma non solo)¹⁰. Strumenti idonei, si dice, a farsi egualmente carico della composizione di un’ampia gamma di conflitti sociali presenti nell’esperienza quotidiana degli *outsiders* e della necessità di responsabilizzare gli *insiders* per il controllo dei fattori di rischio che allignano nelle sfere di loro esclusiva competenza. Proposta che, forte del suo fondamento sociale, sottrae alla competenza della coercizione penale estesi settori dell’organizzazione sociale, senza tuttavia risolversi in esiti abolizionistici. Al diritto penale continua infatti ad essere riservato il compito di reagire a schegge di danno sociale non altrimenti fronteggiabili¹¹. Riconoscimento che non comporta, però, alcuna concessione a motivi di realismo politico-criminale, per il rilievo che Lüderssen assegna all’idea rieducativa¹². Antidoto al dispiegarsi di un apparato sanzionatorio che, varcata la soglia della necessità, abbia libero corso nel coltivare le presunte virtù della pena privativa della libertà personale. Anche in

⁸ M. DONINI, *Per un codice penale di mille incriminazioni: progetto di depenalizzazione in un quadro di “sistema”*, in ID., *Alla ricerca di un disegno*, cit., 219.

⁹ K. LÜDERSEN, *Abschaffen des Strafens?*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1995, 46 s.

¹⁰ Cfr. K. LÜDERSEN, *Il declino del diritto penale*, a cura di L. Eusebi, Giuffrè, Milano, 2005; ID., *Regulierung, Selbstregulierung und Wirtschaftsstrafrecht*, in E. KEMPF-K. LÜDERSEN-K. VOLK (Hrsg.), *Die Handlungsfreiheit des Unternehmers*, De Gruyter, Berlin, 2009, 241 ss.

¹¹ K. LÜDERSEN, *Abschaffen des Strafens?*, cit., 61.

¹² K. LÜDERSEN, *Il declino del diritto penale*, cit., 13 ss.; spec. 22 ss.

questi casi, in ragione di quel superiore principio, deve infatti valere il canone della carcerazione come *extrema ratio* della tutela penale. Conclusione oggetto di diffusa approvazione teorica, espressa in termini più estesi rispetto a quanto è dato registrare in punto di formalizzazione delle scelte di criminalizzazione (*id est*: della predisposizione delle norme precetto). Consonanza che non può dirsi però completa. Anche in questo capitolo, l’urgenza egualitaria non manca infatti di far valere, attraverso la voce di alcuni dei suoi fautori, la necessità prevedere eccezioni alla regola¹³. Non si può dire pertanto che tutti concordino con quell’idea: in particolare quando a dover essere stigmatizzate sono condotte che attentano all’integrità di beni giuridici super-individuali; specie in tempo di crisi¹⁴.

Le rilevate discrasie interne al dibattito penalistico non sono motivo sufficiente per mettere in discussione il complessivo atteggiamento critico della dottrina nei confronti di un utilizzo smodato della coercizione penalistica. Non di meno, la riferita convergenza non può far velo al fatto che, a tutt’oggi, le riforme ispirate a logiche di garanzia “che hanno portato all’abolizione di fattispecie di reato costituiscono una *quantitée negligeeable*”¹⁵. Costatazione in-

¹³ Sulle connessioni tra i principi interventistici dell’ordine costituzionale (artt. 2 cpv e 3, comma 2) e gli assetti dei rapporti di autorità nel sistema penale cfr. P. COSTA, *Il modello accusatorio in Italia: fra ‘attuazione della Costituzione’ e mutamenti di paradigma*, in D. NEGRI-M. PIFFERI (a cura di), *Diritti individuali e processo penale nell’Italia Repubblicana*, Giuffrè, Milano, 2011, 152; 156 s.; 158.

¹⁴ L. FOFFANI, *Economia e diritto penale nel tempo della crisi: una “novelle vague” dell’intervento giudiziario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 754 ss.

¹⁵ T. VORMBAUM, *Storia moderna del diritto penale tedesco*, Cedam, Padova, 2013, 384 s. Ancor più netto è il perentorio giudizio di W. NAUCKE, *I confini del diritto penale. Un abbozzo in sette tesi*, in G. BORRÈ-G. PALOMBARINI (a cura di), *Il sistema sanzionatorio penale e le alternative di tutela*, Angeli, Milano, 1998, 95: “il diritto penale è diventato illimitato”. Tra i pochi diversamente orientati D. KRATSCHE, *Verhaltensteuerung und Organisation im Strafrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1985, spec. 289 ss. Si segnala anche una posizione intermedia che pur facendo salva l’*extrema ratio* come principio di sistema ne ammette una declinazione differenziata con riferimento al diritto penale classico, ove quel principio è chiamato a svolgere per intero il suo compito, a differenza dei settori ove si manifestano i più tipici rischi della modernità o le istanze assiologiche dello stato sociale. L. GRACIA MARTÍN, *La modernización del derecho penal como exigencia de la realización del postulado del Estado de Derecho*, in *Revista de derecho penal y Criminología*, 2010, n. 3, 27 ss. V. anche G. STRATENWERTH, *Il diritto penale nella crisi della società industriale*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1994, 249 ss.; spec. 254 ss.; 260. Qui il riferimento alla necessità di intervento penalistico “già al momento della costituzione dei

terpretabile anche in termini previsionali, dovendosi realisticamente escludere futuri successi per le consuete strategie messe in campo allo scopo per arginare usi impropri della coercizione penale.

L'osservazione ha, come sua unità di misura nazionale, il sostanziale fallimento delle politiche di depenalizzazione: apprezzabile sia sul piano quantitativo, per la timidezza con cui hanno sempre affrontato il problema della riduzione dell'esistente penalistico, sia su quello qualitativo, risultando prevalentemente indirizzate ad esigenze funzionalistiche serventi logiche di efficienza processuale, sul presupposto che "la riduzione del numero degli illeciti penali è il modo più diretto e immediato per ridurre il numero dei processi"¹⁶. Non solo. Gli interventi succedutisi nel tempo scontano anche i dubbi che investono la capacità dell'autorità extrapenale di esibire le "cognizioni e le risorse necessarie per fronteggiare e gestire efficacemente l'applicazione delle sanzioni punitive"¹⁷: tanto in termini di effettività delle stesse, quanto in una prospettiva di garanzia. Argomenti, specie il primo, che finiscono per fagocitare la pur giusta preoccupazione di alleggerire la macchina della giustizia, rendendo ancora più trascurabile l'impatto sistemico degli interventi di depenalizzazione. Di solito ci si deve infatti accontentare di veder decriminalizzate fattispecie notoriamente appartate nella prassi giudiziaria, quando non sostanzialmente ignote¹⁸. Nulla di più di un risultato simbolico. Certezza che, ad onore del vero, sembra essere stata incrinata da alcuni segmenti dell'opera di riforma realizzata dai Decreti legislativi n. 7 e n. 8 del 2016. Ambedue caratterizzati da apprezzabili progressi in entrambe le direzioni. Sono state infatti de-criminalizzate fattispecie di un certo impatto nella quotidianità processuale (ad esempio: artt. 594 e 635 c.p. e art. 2, comma 1 *bis* d.l. n. 463/1983). Si è anche provveduto a degradare al rango di illecito amministrativo fattispecie non più compatibili con lo spirito del tempo e con il suo relativismo (artt. 527, comma 1; 528, commi

potenziali di rischio" che minacciano le "strutture vitali e funzionali in quanto tali". Tuttavia, si deve anche registrare la precisazione che invita a riflettere sul fatto che limitarsi a ritenere "sufficiente emanare una prescrizione penale per risolvere qualsiasi problema sociale [...] è solo una ulteriore variante di quel [nefasto] pensiero strumentale delle cui conseguenze ci stiamo occupando".

¹⁶ G.M. FLICK, *Fisiologia e patologia della depenalizzazione nel diritto penale dell'economia*, in *Riv. soc.*, 2011, 44.

¹⁷ Così A. GARGANI, *Tra sanzioni amministrative e nuovi paradigmi punitivi: la legge delega «di riforma della disciplina sanzionatoria» (art. 2 l. 28/4/2014, n. 67)*, in www.laegislazionepenale.eu, 2014, 24.

¹⁸ Cfr. F. PALAZZO, *Per un piano di salvataggio della giustizia penale, contro slogan ed illusioni*, in *Cass. pen.*, 2008, 455.

2 e 3 e 631 c.p.). È stato infine introdotto il nuovo istituto della sanzione civile ultracompensativa, unitamente alla disciplina del suo statuto applicativo (art. 3 e ss. d.lgs. n. 7/2016). Si è così trasferita nella sfera della responsabilità e degli interessi dei privati la risoluzione di taluni conflitti interpersonali non privi di rilievo anche sul piano sociale (artt. 594 e 485 c.p.). Innovazione certamente importante, soprattutto per le possibilità che dischiude alle future scelte della politica-criminale¹⁹. Resta però intatta l'impressione che il complessivo fallimento delle politiche di depenalizzazione è direttamente proporzionale alla fiducia nella punizione come indispensabile risorsa “correzionale di masse di individui”: “l'opposto della società aperta”²⁰.

Quanto detto è sufficiente per mettere a fuoco l'idea che a far difetto non sono certo le risorse tecniche, progressivamente affinate nel tempo, alle quali affidare il compito di ridurre razionalmente il campo dell'intervento penale²¹. Ciò che manca, constatato il tramonto delle speranze riposte nella funzione selettiva del bene giuridico, è la normativizzazione di criteri idonei a mettere in moto l'universo delle alternative del diritto penale in direzione di un deciso recupero della centralità delle sfere pre-statali di libertà dei cittadini²²: tanto nella definizione dei criteri di meritevolezza di pena, quanto nella progettazione e messa in opera di strategie di prevenzione del rischio-reato.

Ipotesi che costringe a guardare oltre i sentieri tradizionalmente battuti nella progettazione e nella taratura di freni inibitori all'altrimenti incontenibile mania punitiva. Foga che, lo si anticipa, deve larga parte delle sue fortune alla vitalità dell'idea che esclude dal discorso politico-criminale l'ordine della convivenza della società civile e i progressi nella sua qualità senza indirizzo da parte dell'ordine gerarchico. Convinzione che fa trascorrere in secondo piano le istanze di de-criminalizzazione ricavabili dalle ‘parole d'ordine’ della “secolarizzazione” e della “privatizzazione”. Arre-

¹⁹ L. GATTA, *Depenalizzazione e nuovi illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie: una riforma storica*, in *www.penalecontemporaneo.it.*, 25/1/2016.

²⁰ A. SERENI, *La depenalizzazione nella società di massa tra logica liberale e logica economica*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2015, 557 ss.; spec. 565 (anche per la citazione); 573 ss.

²¹ E. DOLCINI, *Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione*, in G. MARINUCCI-E. DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Giuffrè, Milano, 1985, 371 ss.; spec. 389 ss.

²² K. LÜDERSSEN, *Abschaffen des Strafens?*, cit., 48.

tramento che si risolve in un beneficio immediato per il propagarsi di soluzioni pubblicistiche che si palesano come una traslazione, su altri piani, di un'altrimenti intatta potestà di indirizzo pubblico della società²³.

1.1. Coercizione penale come extrema ratio ordinis

L'esatto contrario, come insegna in primo luogo la storia, di quanto predicato dall'aureo principio dell'*extrema ratio* fin dalla sua stagione illuministica. Evidenza che sollecita una rinnovata riflessione sul punto: ferma la convinzione dell'irrinunciabilità della "funzione di *ultima ratio* del diritto penale"²⁴; specie nel quadro di un ordinamento che mette al centro delle sue preoccupazioni l'individuo, assumendo come parametro della sua azione "l'uomo comune" con tutta "l'asprezza dei suoi interessi"²⁵. Protagonisti refrattari di fronte ad un diritto che si manifesta nella quotidianità come pervasivo intreccio di comandi legali coercitivamente assicurati, che calano dall'alto sulla loro autonomia. Valore che risulta doppiamente compromesso quando è il diritto penale ad assumersi, primo fra tutti²⁶, il compito di nobilitare l'uomo comune e di guidare la pacificazione gli interessi individuali. Ipotesi oggi affatto irrealistica, nel rinnovato apogeo della "società punitiva", che da oggetto di impellente impegno riformistico è ormai divenuta ideologia politica condivisa. Cultura che "vede ogni soluzione nella punizione e nel suo costante incremento"²⁷. Opinione per nulla avvertita del fatto che l'utilizzo smodato della minaccia penale, oltre ogni ragione di stretta necessità, è ben lungi dal rappresentare un intervento salvifico contro l'altrimenti montante marea dell'ano-

²³ Sulla criteriologia di cui al testo, cfr. C. E. PALIERO, *Depenalizzazione*, in *Dig. disc. pen.*, vol. III, Utet, Torino, 1989, 429 ss.; spec. 432 ss. V. anche M. Donini, *Per uno statuto costituzionale dei reati fallimentari. Le vie di uscita da una condizione di perenne "specialità"*, in *Jus*, 2011, 55, nt. 38.

²⁴ K. LÜDERSEN, *Abschaffen des Strafsens?*, cit., 51.

²⁵ G. CAPOGRASSI, *Studi sull'esperienza giuridica*, in *Opere*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1959, 221 s.; M.A. CATTANEO, *Manzoni, le 'gride' e la concezione illuministica del diritto*, Guida, Napoli, 1990, spec. 19 ss. (per i riferimenti all'"uomo tranquillo" e all'"uomo bonario", molestati dalla legislazione penale alluvionale, quali unità di misura della legittimazione dell'intervento punitivo).

²⁶ K. LÜDERSEN, *Abschaffen des Strafsens?*, cit., 51.

²⁷ G. INSOLERA, *Gli ultimi trent'anni: spigolature dagli scritti di Massimo Nobile*, in AA.VV., *Legge e potere nel processo penale*, Cedam, Padova, 2017, 7.

mia collettiva. La sua prassi incuba, infatti, il duplice esiziale effetto di assommare alla violazione della libertà personale, tipica della coercizione penalistica, la compromissione delle capacità evolutive proprie delle forze dell'autorganizzazione sociale degli interessi, che è invece più generale caratteristica di ogni esperienza giuridica che assegna all'imperativo legale una indefinita capacità di penetrazione nel mondo dei fatti sociali ed individuali. Eventualità alla quale la Costituzione oppone l'idea di una giuridicità 'aperta' all'esperienza sociale e, dunque, a quel mondo dei fatti mai compiutamente controllabili dal potere²⁸. Apertura coltivata dallo sguardo presbite dei costituenti²⁹, con sicura fiducia nella capacità dell'autonomia di conseguire progressi nella qualità della coordinazione sociale. Scelta che non esclude la presenza tutoria dello Stato, tenuto a farsi carico dei fallimenti dell'ordine decentrato delle libertà, constatati o anche solo pronosticati, e della loro sempre possibile deriva nei territori della più intollerabile ingiustizia. Interventi doverosi, alla cui attuazione penalistica la Costituzione post-totalitaria pone, però, invalicabili confini, ritagliando per il più autoritario degli strumenti a disposizione dello Stato uno statuto di garanzia del tutto peculiare: sufficiente ad attenuare i nessi con le componenti più interventistiche dell'architettura costituzionale³⁰. Quanto basta a ritagliare il compito della potestà punitiva nei termini di una più 'semplicitica' funzione, che ben può essere fatta coincidere con lo scopo di rafforzare la tutela di interessi pre-esistenti: in quanto già cristallizzati dal pluralismo costituzionale³¹, o dalla legge che si deve alla 'prudenza' della mediazione politica tra gli interessi, e, non da ultimo, dall'autonomia della società civile³². Il tutto, secondo un'impostazione che non ha davvero nulla di antiquato, neppure di fronte alle indubbie complessità proprie della trama dell'ordine sociale del tempo presente: dalla sua tenuta dipendono infatti i destini dell'ordine delle libertà, la cui effettività non può prescindere dal riconoscimento di momenti di spontaneità. Trattati che la Costituzione ha programmato come resistenti (“in-

²⁸ P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2015, 38.

²⁹ “La Costituzione deve essere presbite, deve vedere lontano, non essere miope”. P. CALAMANDREI, *Intervento all'assemblea costituente del 4 marzo 1947*.

³⁰ F. BRICOLA, *Carattere sussidiario del diritto penale ed oggetto di tutela*, in Id., *Politica criminale e scienza del diritto penale*, Il Mulino, Bologna, 1997, 192 ss.

³¹ A. BARBERA, voce *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enc. dir.*, *Annali*, vol. VIII, Giuffrè, Milano, 2016, 323 s.

³² K. LÜDERSEN, *Abschaffen des Strafens?*, cit., 51.

violabili”) a qualsivoglia necessità che può essere altrimenti soddisfatta. Ricetta che, contrariamente a quanto è *in auge* nella post-modernità, si giova degli ampi spazi d’azione che la Costituzione comunque riserva alla legge extrapenale.

L’immediatezza dell’argomento è dimostrata tanto sul piano politico-criminale, nella prospettiva della necessaria frammentarietà dell’intervento penale, quanto nella sfera della prassi interpretativa, sotto il profilo della ‘cura’ delle (intollerabili) lacune dei comandi comportamentali³³. In entrambi i casi, la valorizzazione degli ordini spontanei, per il tramite dell’*extrema ratio*, consente infatti di mettere in discussione la correttezza della comune interpretazione che intende la frammentarietà e il doveroso rispetto della libertà di ciò che non è penalmente tipico come salti nel vuoto: intollerabili, in quanto ritenute aperture verso il caos sociale, dove prospera la lesività per i beni giuridici, e in quanto tali stigmatizzate. Conclusione che coglie solo parzialmente il punto, nella misura in cui ignora che frammentarietà e rispetto delle lacune possono identificare aperture ad una giuridicità diversa, qual’è quella propria degli ordini spontanei, “chiaramente affermata nella nostra Costituzione”³⁴. Statuto che gli ordini spontanei condividono, senza contraddizioni, con la stretta legalità, concorrendo con questa a fondare la legittimità complessiva dell’operare dell’intervento penale: proscritto se la punizione è a-tipica; giustificato, invece, se l’assoluzione è fondata sul “variegato ventaglio di forze motrici su cui oggi conta il dinamico ordinamento giuridico della Repubblica”³⁵.

Un coacervo di temi e di problemi che l’interprete coglie già a prima lettura, con un esercizio d’analisi di per sé sufficiente a segnalare la necessità di un approfondimento.

Alla luce di quanto già emerge da questa schematica analisi, se davvero si intendono esplorare nuove semantiche per l’*extrema ratio*, ciò che appare in primo luogo necessario è la disponibilità della scienza penalistica ad affrontare il nodo fondamentale che avviluppa tutti questi fili nella tessitura di una “penalizzazione a larghissimo raggio”³⁶; coincidente, in prima approssimazione, con la massima *nullum ordinem sine lege*. Principio che conosce plurime declinazioni, ma che conserva la propria unitarietà ad un livello di

³³ F. GIUNTA, *Legalità penale e poteri del processo*, in AA.VV., *Legge e potere nel processo penale*, Cedam, Padova, 2017, 21 ss.; spec. 25 ss.

³⁴ P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, cit., 86 s.

³⁵ P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, cit., 87.

³⁶ M. ROMANO, *Ripensare il diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 5.

analisi più generale, dove spicca come questione apicale dei mille concreti problemi posti dall’organizzazione statale del potere di punire³⁷.

1.1.1. *Linee d’espansione (dell’idea punitiva) e selettività (dell’oggetto della ricerca)*

L’ampiezza del compito suggerisce di limitarne l’oggetto. Rimarranno pertanto estranee al merito del discorso le trame di complessi normativi che, da soli o in sinergia con l’intervento penalistico, ampliano – talvolta a dismisura – il perimetro della “società punitiva”³⁸. Discipline che pullulano nella legislazione speciale, ormai da tempo costellata di istituti dettati per soddisfare ogni più opportuna ragione strumentale, a beneficio di un’architettura del controllo sociale che, oltre a veder irrobustite le sue mura maestre, si trova arricchita di sempre nuove cubature³⁹.

Reticolo assai fitto che richiama da vicino quel potere di polizia che, ancora all’inizio del novecento, veniva teorizzato in termini di legittimazione di mero fatto. “La polizia non amministra [infatti] il diritto”. Agisce effettivamente a “tutela dell’ordine e della sicurezza dello Stato” e così “di fatto si oppone all’infrangimento dell’ordine giuridico”. Non tutela quindi i diritti e “l’interesse dei singoli individui” ma solo le ragioni del “bene comune” e della convenienza della collettività. Fine in vista del quale opera “nel presente e nel futuro” in base a considerazioni di opportunità. Non si potrà certo prescindere dal fondare, su base legale, tale potere. Non di meno, non sembra a tal fine esser richiesto molto di più di un blando riferimento alla riserva di legge. Relativismo che rappresenta una logica conseguenza della specificità funzionale del potere qui considerato⁴⁰.

³⁷ M.A. CATTANEO, *Anselm Feuerbach filosofo e giurista liberale*, Comunità, Milano, 1970, 202 s.; 229 ss.

³⁸ La “società punitiva” non è formula di sintesi dell’effettività delle istituzioni che la società crea per gestire il potere punitivo. È concetto più complesso. Un “dispositivo”, perché identifica, oltre a taluni specifici tratti della prassi punitiva, anche una cultura e una specifica ideologica. In breve. Nella “società punitiva” il principio d’ordine è fissato dalla coercizione e lo “Stato diventa [...] l’agente essenziale della moralità, della sorveglianza e del controllo etico-giuridico”. M. FOUCAULT, *La società punitiva*, Feltrinelli, Milano, 2016, 215.

³⁹ M. PELISSERO, *La sicurezza urbana. Nuovi modelli di prevenzione*, Diritto penale e processo, 2017, n. 7, 845 ss.

⁴⁰ O. RANELETTI, *La polizia di sicurezza*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Società editrice libraria, Milano, vol. IV, 1908, 286.

Non verranno pertanto approfonditi né il dettaglio del sistema delle misure di prevenzione personali e patrimoniali, né la realtà disciplinare della prevenzione amministrativa di contrasto alla criminalità organizzata⁴¹. Nessun cenno verrà altresì fatto alla disciplina in continua espansione dell'anticorruzione: nonostante l'indubbia acutezza dell'impatto sociale dell'insieme degli accennati settori disciplinari⁴², e la consapevolezza del primario contributo che tali misure apportano al consolidarsi del rilievo apicale della potestà punitiva dell'ordine gerarchico nei destini dell'ordinamento sociale⁴³.

Un solo dato, ricavato dal diritto vivente, dimostra a sufficienza la plurima gravosità di tali capillari e camaleontici sistemi di prevenzione, in prevalenza ispirati alla più assoluta a-tipicità⁴⁴. Scelta foriera di evidenti guasti che solo parzialmente possono essere compensati dal riconoscimento della garanzia rappresentata dalla riserva di giurisdizione. Tutela che appare fin da subito flaccida, considerando che la sua effettività appare in origine compromessa se quanto oggetto di necessaria verifica può essere identificato in modo del tutto aleatorio⁴⁵. "Sicché, ove fosse possibile qualificare 'mafioso' un soggetto sulla scorta di meri sospetti ed a prescindere dall'esame concreto della sua condotta penale e della sua storia giudiziaria (ciò che la Corte Costituzionale ritiene contrario a fondamentali principi costituzionali, come espressamente affermato nella sentenza n. 177 del 1980, ma – per più di sessant'anni – fin dalla

⁴¹ L'impatto sociale ed economico di questa specifica articolazione dell'esperienza penalistica, unitamente agli effetti di "demoralizzazione sul popolo" di una coercizione orientata alla prevenzione di polizia, costituivano profili problematici già agli occhi dei migliori teorici ottocenteschi. L. LACCHÈ, *La giustizia per i galantuomini*, Giuffrè, Milano, 1990, 45 ss.

⁴² Per tutti si vedano le penetranti osservazioni di G. BALBI, *Le misure di prevenzione personali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 505 ss. V. anche T. GUERINI-F. SGOBBI, *L'art. 32 del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90. Un primo commento*, in *www.penalecontemporaneo.it.*, 24 settembre 2014; C. IASEVOLI, *Tendenze autoritarie del potere cautelare e forme illiberali di prevenzione della corruzione*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2014, 647 ss.; spec. 664 ss.

⁴³ V. MAIELLO, *De Tomaso contro Italia e la cattiva coscienza delle misure di prevenzione*, in *Diritto penale e processo*, 2017, n. 8, 1039 ss.; spec. 1041.

⁴⁴ Per un'articolata analisi del quadro disciplinare, cfr. C. VISCONTI, *Strategie di contrasto dell'inquinamento criminale dell'economia: il nodo dei rapporti tra mafie e imprese*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 703 ss.

⁴⁵ M. CERESA CASTALDO, *Misure di prevenzione e pericolosità sociale: l'incolombabile deficit della giurisdizione senza fatto*, in *Diritto penale contemporaneo*, 3 dicembre 2015, 1 ss.

sentenza n. 2 del 1956), si perverrebbe ad un aberrante meccanismo di estensione a catena della pericolosità simile a quello su cui si fondava, in un non recente passato, l’inquisizione medievale (che, com’è noto, fu un meccanismo di distruzione di soggetti ‘scomodi’ e non già di soggetti ‘delinquenti’; mentre il commendevole ed imprescindibile scopo che il Legislatore si pone è quello di depurare la società da incrostazioni ed infiltrazioni mafiose realmente inquinanti).” Il risultato sarebbe quello di giustificare, con riferimento al settore delle interdittive antimafia, “un regime di polizia nel quale la compressione dei diritti dei cittadini finirebbe per dipendere dagli orientamenti culturali e dalle suggestioni ideologiche (quand’anche non dalle idee politiche) dei funzionari o, peggio, degli organi dai quali essi dipendono”⁴⁶. Il rischio che anche il diritto penale si possa prestare a dare effettività a tali disegni dirigistici non è escluso anche in materia di regolazione del mercato, in ragione della sinergia tra i poteri attribuiti alla Consob dagli artt. 115 e 149 del TUMF e l’ampiezza del delitto di ostacolo alla vigilanza di cui all’art. 2638 c.c.⁴⁷.

La forza che muove queste galassie è alimentata da considerazioni omologhe a quelle che stanno a fondamento della prepotente affermazione del diritto penale come strumento di “prevenzione illimitata dei comportamenti”⁴⁸, che non concede quartiere all’autonomia della politica, dell’amministrazione e dell’economia. Idea che plasma, detto per inciso, anche l’ormai abbondante produzione sovranazionale di doveri di tutela. Realtà consolidata che tuttavia rimarrà estranea allo sviluppo dell’indagine, nonostante il decisivo contributo che arreca alle ‘fortune’ del massimalismo penalistico: non da ultimo per la specificità del contesto normativo nel quale quei doveri acquistano validità⁴⁹.

I numeri sono, una volta ancora, un ottimo ausilio per mettere a fuoco realtà normative caotiche, il cui merito è, perciò, refrattario alla sintesi tecnico-giuridica. Si calcola, ad esempio, che ammonta-

⁴⁶ Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana sentenza 29 luglio 2016, n. 247.

⁴⁷ A. ALESSANDRI, *Evoluzioni e prospettive del diritto penale economico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 582 ss.; 601. Per un inquadramento più generale F. D’ALESSANDRO, *Regolatori del mercato, enforcement e sistema penale*, Giappichelli, Torino, 2014.

⁴⁸ W. NAUCKE, *Schwerpunktverlagerung im Strafrecht*, in *KritV.*, 1993, 135 ss.; spec. 143.

⁴⁹ A. GULLO, *Deflazione ed obblighi di penalizzazione di fonte UE*, *www.penalecontemporaneo.it.*, 2015.

no a 18.000 le aziende ad oggi sottoposte a provvedimenti ablativi, provvisori o definitivi, per un valore complessivo pari a 21 miliardi di euro. Una “gigantesca manomorta giudiziaria”⁵⁰, il cui peso accelera la destinazione di molti di tali compendi produttivi verso il fallimento. Eventualità che, stando ai dati, si verifica in nove casi su dieci, con intuibili riflessi di natura sociale (nei confronti dei creditori, delle maestranze, dei terzi, ecc.)⁵¹. Destinazione verso cui le imprese fatte oggetto di attenzioni da parte “del diritto dei cattivi, delle regole spicce, del fine che giustifica i mezzi” sono avviate anche in conseguenza dei “comportamenti anticipatori delle banche, indotte a ridurre cautelativamente la propria esposizione già ai primi segnali [*id est*: all’indizio di un sospetto] di un coinvolgimento in indagini antimafia” dell’azienda affidata⁵². Ad ulteriore dimostrazione, se ve ne fosse bisogno, degli effetti socialmente nefasti di una “società giudiziaria” figlia di un sistema penale securitario⁵³. Si consideri, altresì, che la vigente disciplina degli appalti pubblici, compendiata nei 220 articoli del relativo ‘codice’, conta almeno 95 riferimenti al necessario contrasto alla corruzione. Precetti in larga parte destinati ad essere resi casisticamente effettivi ed ampliati, a seconda delle contingenti necessità, dal dispiegarsi dei penetranti poteri normativi che l’ordinamento attribuisce all’Autorità nazionale anticorruzione. Ben può dirsi, pertanto, che si tratta di disciplina “scritta dall’angolo visuale” della prevenzione di fenomeni criminali, “con una perdita netta degli obbiettivi” comunitari che dovrebbero essere invece propri di tale normativa di settore. Una regolamentazione “figlia del sospetto” generalizzato, che altro non è se non “l’anticamera dell’autoritarismo” proprio di una supplenza coercitiva dell’autonomia della società⁵⁴. Un cappio, tornando così alla di-

⁵⁰ A. BARBANO, *Da oggi la giustizia tratta tutti da mafiosi*, in *Il Mattino*, 27 settembre 2017.

⁵¹ V. anche G. PIGNATONE, *Dimensione patrimoniale della criminalità organizzata e sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 738 ss.

⁵² L. DONATO-A. SAPORITO-A. SCOGNAMIGLIO, *Aziende sequestrate alla criminalità organizzata: le reazioni con il sistema bancario*, Banca d’Italia, Occasional Paper, 2013, n. 202. Per la citazione precedente v. invece A. BARBANO, *Da oggi la giustizia tratta tutti da mafiosi*, cit.

⁵³ L. VIOLANTE, *La crisi del giudice “bocca della legge” e l’emergere di nuove concezioni di ruolo giudiziario*, in C. GUARNERI-G. INSOLERA-R. ORLANDI (a cura di), *Anatomia del potere giudiziario*, Carocci, Roma, 2016, 32 ss.

⁵⁴ A. CASSESE, *L’Anac? Contrastare la corruzione senza rinunciare all’efficienza*, in *Il Foglio*, 24 gennaio 2017. Scandagliando la sostanza dell’apparato disciplinare in commento, emergono nettamente le forze in campo, specie quando l’ordine gerarchico invade la c.d. ‘zona grigia’: gli spazi dove l’agire economico è tangente l’ambiente criminale propriamente inteso ma privo di tratti di certa illiceità. Situazioni nelle quali l’autonomia individuale, anche per il tra-

sciplina della prevenzione che oggi non è più solo antimafia⁵⁵, che produce “asfissia sociale”, dal quale non è possibile liberarsi una volta stretto; neppure dopo la positiva verifica giudiziale dell’infondatezza dell’originario sospetto. Lo spirito del tempo è infatti tale da alimentare “un crescendo bulimico” della “dinamica del capro espiatorio”, che trova la sua più moderna forma di manifestazione “nell’impianto accusatorio” formulato attraverso la predisposizione di liste “di proscritti”, più o meno eccellenti, elencanti i nemici della virtù politica (gli impresentabili), amministrativa (gli archiviati), economica e sociale⁵⁶.

In conclusione, può dirsi che nel nucleo di quest’universo, al di là delle sue partizioni formali, opera un persistente intento di pubblicizzazione dell’autonomia sociale. Finalità che, detto in estrema sintesi, si palesa attraverso la forma tecnica della funzione sanzionatoria assegnata all’idea dello scopo quale paradigma egemone per la giustificazione dell’intervento penale (“*Vergeltungsform des Zweckgedanke*”)⁵⁷.

Ciò è quanto l’*extrema ratio* ha inteso mettere in discussione fin dalla sua genesi come principio penalistico; che la modernità ha inteso mettere al servizio di una visione non autoritaria della convivenza sociale. Da qui occorre ripartire⁵⁸, volendo riportare l’esercizio penalistico a compiti che gli sono propri nel quadro di un patto sociale che intende preservare “la capacità umana di esperienza e di pensiero, oltre che quella d’azione”⁵⁹, facendo al contempo salva la responsabilità dello Stato e delle sue istituzioni rispetto ai destini di chi è parte ‘debole’ di quella convenzione fondamentale (*outsiders* e vittime): come accade, invece, se è la “assai

mite di iniziative messe in campo dal suo esercizio collettivo, reclama una considerazione che il dettato legale non le riconosce. Necessità che, per vero, non sfugge alla prassi applicativa di merito. Per tutti cfr. C. VISCONTI, *Strategie di contrasto*, cit., 717 ss.; 730 ss.

⁵⁵ G. FIANDACA, *Antimafia per tutti nel Parlamento degli incompetenti*, in *Il Mattino*, 30 giugno 2017.

⁵⁶ G. INSOLERA, *Gli ultimi trent'anni*, cit., 5.

⁵⁷ W. NAUCKE, *Die Kriminalpolitik des Marburger Programms 1882*, in ID., *Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2000, 257. Una vocazione che non ha colore politico, come dimostrato da M. STÖLLEIS, *Strafrecht und Sozialrecht, Zeitschrift für Sozialreform*, 1979, 261 ss., e profondamente radicata nella storia istituzionale italiana. Cfr. G. MARANINI, *Storia del potere in Italia*, Guaraldi, Firenze, 1983.

⁵⁸ K. LÜDERSSEN, *Il declino del diritto penale*, cit., 7.

⁵⁹ H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo*, Einaudi, Torino, 2009, 650.

rude prosa” della violenta prassi della pena a mettere ordinariamente in pratica l’idealità politica dell’impegno contro la “estraniazione”, a favore di una società giusta⁶⁰.

1.2. Note di metodo e anticipazioni di merito

Come è stato osservato, l’ipertrofia disciplinare, della quale “l’incessante espansione del diritto penale” è solo una specie, identifica “un fenomeno [ancor più] generale”, che ha “origini sue proprie, di ordine politico, burocratico o più in generale sociologico”⁶¹. Cause che, si dice, “in gran parte sfuggono al dominio della scienza penale”; che non sembra pertanto attrezzata per far fronte al problema della crescita costante dei reati, delle pene e degli illeciti punitivi⁶².

Di sicuro, vien da chiosare, se indulgendo su vecchi costumi, ci si ostinasse a confinare la soluzione del problema all’interno dell’autoreferenzialità argomentativa tipica di un sistema normativo chiuso. Esito affatto ipotetico, se ci si lascia suggestionare da prospettive di effettività dettate dalla logica binaria propria del più ortodosso positivismo giuridico. Impostazione che lasciando di fatto “liberi” tutti i fattori extrasistemici in precedenza elencati, si vedrebbe costretta a rinunciare in partenza alla possibilità di controllare criticamente i fenomeni espansivi in atto nella prassi della potestà punitiva. Conclusione che non sorprende, tenendo a mente che la “piramide normativa” è anche un’architettura a cascata della dislocazione del potere (Norberto Bobbio)⁶³. Sostanza perfettamente rappresentata, nella sua forma più gerarchica, da un magistero punitivo che risponde solo alle proprie necessità, nel cui dominio il comando legale e la punizione altro non sono se non mezzi da impiegare per il raggiungimento di qualunque scopo empirico, giudicato rilevante in forza di un qualsivoglia principio⁶⁴.

⁶⁰ F. STELLA, *Giustizia e modernità*, Giuffrè, Milano, 2001. Per le citazioni si vedano, rispettivamente, B. CROCE, *Storia d’Europa nel secolo decimonono*, Laterza, Bari, 1965, 29; H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo*, cit., 651 s.

⁶¹ M. SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano*, in *Storia d’Italia. Legge, diritto giustizia*, Annali 14, a cura di L. Violante, Einaudi, Torino, 1998, 547.

⁶² M. SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti*, cit., 547.

⁶³ N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Giappichelli, Torino, 2016, edizione Kindle, 3714 ss.; spec. 3946; 4229.

⁶⁴ F. GIUNTA, *Al capezzale del diritto penale moderno (e nella culla, ancora*

Non è però questo *l'habitus* da tempo indossato dalla scienza penalistica, che nella critica al diritto penale positivo trova il suo tratto distintivo: soprattutto, dopo la svolta costituzionale degli anni '70. Novità “italiana” che, tra l'altro, ha consentito alla dottrina di identificare nel controllo critico, non solo razionale, dei giudizi relativi alla necessità di pena un'assoluta priorità del suo impegno. Un programma di lavoro che si rivela realistico anche per la qualità post-positivistica dei vincoli normativi fissati dalla Costituzione; idonei a scindere la questione empirica e politica della necessità di pena dai criteri di legittimazione della relativa decisione e, al contempo, di impedire l'identificazione di quest'ultima con lo “sguardo sbarrato della testa di Gorgone del potere” (Hans Kelsen)⁶⁵.

Il tutto, anche in ragione del valore normativo da attribuirsi all'accidentalità propria della verità di fatto. Concetto da intendere come comprensivo dei risultati della funzione performativa che l'autonomia sociale esercita rispetto ai “fatti istituzionali”⁶⁶. Nozione anche per questo capace di esercitare una forza resiliente di fronte alla (eventuale?) appropriazione del discorso veritativo da parte della potestà pubblica⁶⁷.

Annotazione che trova una sorprendente eco nel manifesto metodologico di Arturo Rocco. Segnatamente nei passaggi che ascrivono alla scienza del diritto penale il compito di studiare “la disciplina giuridica di quel fatto umano e sociale che si chiama delitto”; precisando, poi, che ciò non vuole affatto dire “che il cultore del diritto penale non debba [...] seguire un metodo positivo e sperimentale. Distinzione non è separazione, e tanto meno un divorzio scientifico”⁶⁸. Conclusione che, nonostante ciò che comunemente si dice in merito al valore della proposta contenuta in quella *Prolusione* del 1910, non ha perso nulla della sua rilevanza: a maggior ragione dopo che “la dimensione politica del diritto penale è entrata, con la

vuota del suo erede), in *Criminalia*, 2015, 383 ss.; D. NEGRI, *Splendori e miserie della legalità processuale*, in AA.VV., *Legge e potere*, cit., 43 ss.

⁶⁵ N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, cit., 4229.

⁶⁶ J. SEARLE, *La costruzione della realtà sociale*, Einaudi, Torino, 2006, spec. 40 ss.; 61 (con specifico riferimento alla funzione regolata e non costitutiva del diritto penale, in quanto destinato a vietare “certe forme di comportamento antecedentemente esistenti”).

⁶⁷ H. ARENDT, *Verità e politica*, Bollati Boringhieri, Torino, 1995, 44 ss.; 49, 65 ss.; 70.

⁶⁸ ART. ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, in *Riv. dir. e proc. pen.*, 1910, 518.

forza vincolante dei precetti costituzionali, dentro tutti i discorsi scientifici dei penalisti”⁶⁹. Ingresso che qui interessa evidenziare in quanto segna, da un lato, l’incrinatura del monopolio statale in merito alla “disciplina giuridica” del reato, condiviso anche dalla scienza penalistica in quanto custode di vincoli costituzionali; mentre dall’altro eleva la dimensione “umana e sociale”, in conseguenza della sua centralità nella politica costituzionale⁷⁰, a parametro normativo di giudizio sulle scelte di criminalizzazione.

Quella dichiarazione di impotenza merita, dunque, d’essere relativizzata. Può essere meglio interpretata se intesa come invito a chiarire alcuni nodi che, sul piano del metodo, debbono essere sciolti *in limine* ad una indagine che in premessa ammette che il descritto pluralismo dei fattori dell’espansionismo penalistico è anche un bacino al quale attingere per acquisire certezze idonee ad aumentare la capacità di attrito del pensiero garantistico rispetto allo scivolamento incontrollato della politica-criminale verso un uso abnorme della penalità.

1.2.1. *Precisazioni*

In primo luogo, dev’essere chiarito il motivo che pur di fronte alla caleidoscopica fenomenologia di questo esiziale tratto della modernità penalistica, fomentato dal pluralismo delle cause sopra registrate e dall’espansione “patologica di tutto il sistema legislativo”⁷¹, consente di ritenere non velleitario il tentativo di formulare un’analisi unitaria del reticolo delle sue cause, senza cedimenti alle sirene del settorialismo. Orientamento suggestivo, sia per la specificità positiva delle diverse articolazioni che compongono il sistema punitivo, sia per la relativa facilità del compito che attende l’interprete che operi una tale scelta; tuttavia poco proficuo, in vista di un recupero dei tratti fisiologici del diritto penale. Si devono infatti considerare i canali di comunicazione che l’unitario principio di necessità nella sostanza istituisce tra pena e misure di sicurezza; tra prevenzione penalistica e misure di prevenzione; tra diritto sostanziale e processo. Deriva strumentale, che risulta acuita dalla

⁶⁹ G. MARINUCCI, *Ricordo di Franco Bricola*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 1026.

⁷⁰ M. FIORAVANTI, *Art. 2*, Carocci, Roma, 2017, 17 ss.

⁷¹ M. SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti*, cit., 539; 547 (per la citazione).

varietà delle fonti sociali e politiche che danno corpo al giudizio sulla necessità di pena, la cui operatività si connota per radicare a sempre maggiore profondità l'idea della validità della coercizione come primo contributo alle ragioni della coesione sociale: sempre più spesso identificata con la pacificazione di cui beneficia il “benessere dello Stato”⁷².

Nota sufficiente, per quanto qui interessa, ad identificare, al di là della frammentazione disciplinare, la vitalità di un “tratto permanente” che ben si presta ad essere unitariamente analizzato in funzione critica⁷³. Nulla osta, di conseguenza, alla programmazione di un'indagine che metta al centro dei suoi interessi l'*Ur-Begriff* coagulato nell'appiattimento della giustificazione dell'intervento coercitivo sulle ragioni dell'ordine artificiale⁷⁴; facendo valere, in opposizione a tale realtà, la capacità ordinante propria di “ordini normativi non giuridici”⁷⁵.

Senz'altro più insidiose appaiono le obiezioni ricavabili dalla constatazione della natura *lato sensu* fattuale delle cause del massimalismo penalistico e della loro conseguenze alterità rispetto al livello normativo dove si cerca la soluzione del problema: soprattutto nella prospettiva dischiusa dalla necessità di indagare i rapporti tra *extrema ratio* e ordini sociali spontanei. Asimmetria che, detto in estrema sintesi, volendo immunizzare il ragionamento dalla c.d. fallacia naturalistica⁷⁶, sembra precludere la possibilità di ricavare dalle prime argomenti legittimamente spendibili per confutare, sul piano del dover-essere, la violazione del canone “*minima non curat praetor*”⁷⁷: diversamente si scontrerebbe il paradosso di esercitarsi nel tentativo di riattivare, nella sua pienezza, l'*ethos*

⁷² A. SOMMA, *Stato del benessere o benessere dello Stato?*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, 2017, tomo I, 417 ss.; 444 ss.

⁷³ M. SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti*, cit., 538.

⁷⁴ È “difficile trovare nella storia una fase in cui” il diritto penale “sia stato attaccato altrettanto radicalmente da un male potenzialmente esiziale” perché aggressivo delle “basi razionali della sua esistenza proprio là dove il penale trova la propria legittimazione”. M. SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti*, cit., 547.

⁷⁵ M. SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti*, cit., 547. V. anche W. HASSEMER, *Perché punire è necessario*, Il Mulino, Bologna, 2012, 25 ss.

⁷⁶ L. FERRAIOLI, *Diritto e ragione*, Laterza, Roma-Bari, 2002, VI ed., 204 ss.; 319 ss.

⁷⁷ Fondamentale è lo studio di C.E. PALIERO, “*Minima non curat praetor*”. *Iperrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Cedam, Padova, 1985, spec. 92 ss.

liberale del principio di *extrema ratio* attingendo a piene mani a criteri che di liberale non hanno nulla. Argomento a cui si aggiunge, su di un piano più pragmatico, l'ovvia considerazione circa l'incapacità di trattare in modo non dilettesco i problemi propri della politica, della società e della tecnica. Osservazione opportuna anche perché ammonisce ancora una volta l'interprete contro il rischio di scambiare l'unitarietà dell'*explanans* con la completezza descrittiva dell'*explanandum*: evenienza che avrebbe il nefasto effetto di spingere la ricerca ad un livello di complessità da nessuno dominabile.

Occorre però sottolineare che la prospettiva di questa ricerca è normativa. Oggetto della sua indagine è l'ipertrofia penalistica come problema giuridico-penale; in quanto tale oggetto di valutazione e proposte *de lege ferenda* che saranno formulate avendo come esclusivo punto di riferimento l'insieme dei criteri di legittimazione propri del sistema penale. Principi che, parafrasando il classico von Liszt, fissano il limite insuperabile, in ogni senso, per ogni tentativo di risolvere la questione della necessità della coercizione penalistica attingendo ad argomenti non normativi. Tratto che semplifica notevolmente la complessità del quadro analitico; se non altro perché è indubbio il fatto che tale bardatura ha la funzione minimale – e non retraibile – di impedire che i problemi della politica, della burocrazia e della società siano risolti penalisticamente, a danno delle libertà e dell'autonomia degli individui.

D'altra parte, non si tratta di un argomento tale da inibire l'approfondimento dell'idea dell'*extrema ratio* quale principio normativo di garanzia dell'equilibrio tra ordine gerarchico e ordinamento della convivenza civile fondato sulla coordinazione decentrata. Questo passo non può infatti essere inteso come un indebito cedimento alle ragioni di un naturalismo punitivo fuori dal tempo ed alieno alle ragioni della convivenza civile. Di certo, non dopo che la Costituzione, per la peculiare centralità riconosciutagli oggi dai penalisti, ha fatto tornare *in auge*, nell'agenda degli impegni della dottrina, un'antica vocazione civile coltivata attraverso la critica al diritto vigente ed alle funzioni di controllo sociale decretate dal legislatore ordinario⁷⁸. Critica che si alimenta, dall'alto, dei limiti cogenti fissati dalla *Grundnorm*, mentre si giustifica, dal basso, attingendo alla normatività inferenziale che popola la quotidiana

⁷⁸ L. FERRAIOLI, *La cultura giuridica nell'Italia del novecento*, Laterza, Roma-Bari, 1999, 15 ss.

convivenza civile. Contributo che non compromette affatto la necessità di mantenere il discorso nella sfera di autonomia della valutazione giuridica. Qualità posseduta anche dalle diverse regole con funzione ordinativa che vivono disperse al di sotto del livello propriamente legale ma che si collocano pur sempre al di sopra delle mere regolarità fattuali⁷⁹.

La lezione di Santi Romano⁸⁰, poco coltivata dalla riflessione penalistica, anche oggi che il tema del pluralismo regolativo è entrato a far parte dell’agenda di lavoro della scienza del diritto penale⁸¹, dimostra che in una prospettiva ordinamentale, il tema è quello di regolare l’autonomia coordinativa delle istituzioni sociali nel rispetto della loro realtà; non già di fare alta giustizia del loro spontaneo coordinamento in tutti i casi nei quali non contrastano con i dettami essenziali del patto fondamentale tutelato dagli apparati dell’ordine gerarchico. Convenzione oggi inclusiva dell’autonomia individuale e sociale come fatto pre-positivo (art. 2 Cost.)⁸²; per ciò non annullabile dal tratto di penna del legislatore. All’ordine costituito resta quindi preclusa la possibilità di incidere oltre misura sul “reale fisico” dove si trovano i “comportamenti umani” che esercitano un “diritto naturale” dinamico, storico, biologico e, forse, anche genetico, incapsulato “in reticolati di norme latenti”⁸³. Realtà che il diritto autoritativo può rendere sussidiaria ma non sopprimere⁸⁴, perché “nel reale il diritto non scritto è importantissimo”⁸⁵, anche quale matrice di istanze di autonomia e depenalizzazione. Diverso, ovviamente, è il caso in cui lo *ius non scriptum* pretenda non già di limitare, all’origine, le necessità di pena, ma di fondarle senza altre mediazioni valutative o di integrarle autonomamente *in itinere*⁸⁶. Casistica in apparenza estranea al tema dell’*extrema ratio*⁸⁷. In tutte queste ipotesi il “diritto naturale” deve infatti cedere il passo al comando disciplinare così come è posto, per ragioni che, come si avrà modo di vedere, non si esauriscono però nel pur dove-

⁷⁹ R. SACCO, *Il diritto muto*, Il Mulino, Bologna, 2015.

⁸⁰ SANTI ROMANO, *L’ordinamento giuridico*, Sansoni, Firenze, II ed., 1947.

⁸¹ U. SIEBER, *Grenzen des Strafrecht*, in *ZStW*, 2007, 31 s.; 40 ss.

⁸² F. BRICOLA, *Carattere sussidiario*, cit., 213 ss.

⁸³ R. SACCO, *Il diritto muto*, cit., 149.

⁸⁴ R. SACCO, *Il diritto muto*, cit., 108.

⁸⁵ R. SACCO, *Il diritto muto*, cit., 42.

⁸⁶ G. MARINUCCI, voce *Consuetudine*, in *Enc. dir.*, vol. IX, Giuffrè, Milano, 1961, 506 ss.

⁸⁷ V. però K. LÜDERSSEN, *Abschaffen des Strafens?*, cit., 46.

roso rispetto dovuto al disposto dell'art. 25, comma 2, Cost., data l'intima connessione di quei motivi con le necessità di funzionamento degli ordini spontanei⁸⁸.

Acquisizioni di particolare rilievo, detto in estrema sintesi, per l'apertura alla dimensione comparatistica che le connotano. Contributo in genere fondamentale alla conoscenza razionale del diritto; ancor di più quando si tratta di interpretare un principio, come l'*extrema ratio*, che fa dell'alternatività tra le risorse disciplinari a disposizione dell'ordinamento il suo caratteristico tratto operativo. Quanto basta per dimostrare la presenza di una matrice comparatistica che, per sua natura, con il "suo richiamo al fatto, parla il linguaggio di tutte le scienze rivolte al fatto" e, dunque, anche di quelle che studiano il "diritto spontaneo", alla base di un ordine che "esclude ogni intervento decisionale di una autorità, e ogni requisito che venga a limitare il potere di scelta della società"⁸⁹.

2. Tesi. "Malo turbolentam libertatem, quam quietus servitium"

Fissato il perimetro dell'indagine, e tratteggiati i lineamenti del suo metodo, la tesi che si intende sostenere, anticipata dal riferimento a Feuerbach di cui al titolo, è la seguente: nell'età della frammentazione del controllo sociale, innescata all'erosione della centralità del momento statuale⁹⁰, progressi nella verifica critica del proliferare della potestà punitiva possono attendersi assegnando al principio di *extrema ratio* la funzione di garanzia degli "ordini sociali spontanei" (*id est*: "l'insieme di istituti e pratiche che sono il risultato dell'azione umana senza però essere conseguenza di

⁸⁸ F. VON HAYEK, *La via della schiavitù*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2011, 127.

⁸⁹ R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Utet, Torino, V ed., 1992, 26; 131.

⁹⁰ U. SIEBER, *Grenzen des Strafrecht*, cit., 40 ss. Il "fenomeno – di recente emersione, anche, ma non solo, nella giurisprudenza – della cosiddetta *auto-normazione*" segna "una pagina nuova, sistemica del nostro diritto penale". C.E. PALIERO, *Il tipo colposo*, in R. BARTOLI (a cura di), *Responsabilità e rischio nelle attività mediche e di impresa*, Firenze University Press, Firenze, 2010, 521. V. anche l'ampio studio di A. ORSINI, *Rischio da incertezza scientifica e modelli di tutela penale*, Giappichelli, Torino, 2015, 69 ss. Il rinvio è, invece, a M.A. CATTANEO, *Anselm Feuerbach*, cit., 202 ss. per la citazione feurbachiana e per la sua analisi.

una qualche specifica intenzione dell'uomo” e delle sue istituzioni)⁹¹. Un nesso accreditato, già sul piano logico, del pregio di riportare l'*extrema ratio* al centro del discorso penalistico, rappresentando il primo vaglio di legittimità della necessità del punire.

Spinte che trovano nel principio in esame, nella declinazione di merito appena ipotizzata, un autentico “dispositivo di resistenza”⁹², chiamato ad operare contro ogni ragione di stato ed ogni più spicciola volontà che spinga la legge penale verso i lidi dell'organizzazione tutoria della “esperienza comune”, fondata sulla “profonda autonomia” dell'individuo e sulla “assoluta necessità del suo sforzo per risolvere il problema del suo destino”⁹³.

Gli ordini sociali spontanei rilevano anche perché sono l'agone reale dove il potere conferito dai diritti positivi a chi ne risulta titolare, che nella sostanza si esercita attraverso la lotta tra le pretese che essi fondano⁹⁴, perde il suo carattere individuale. Sono infatti

⁹¹ N. BARRY, *The Tradition of Spontaneous Orders*, in *Literature and Liberty*, 1982, vol. V, nr. 2, 7 s. L'algida prosa delle scienze sociali può essere meglio intesa facendo propria la più confortevole idea che nella “parola libertà si esprime solo l'eterna condizione problematica dell'uomo, che deve ritrovare in se stesso le energie sufficienti e la fantasia creatrice per rispondere alle sempre nuove sfide dell'evoluzione storica, senza sentirsi garantito nella sua scommessa da un Dio, o da una scienza”. N. MATTEUCCI, *Introduzione ad Alexis De Tocqueville*, in *Scritti politici*, vol. I, Utet, Torino, 1969, 60.

⁹² M. DELMAS-MARTY, *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, Seuil, Paris, 2010, spec. 142 ss.; e 156 ss. V. anche F. VON HAYEK, *Legge, legislazione e libertà*, cit., 55 ss.

⁹³ G. CAPOGRASSI, *Analisi dell'esperienza comune*, Giuffrè, Milano, 1975, 144. Quando può dirsi scoperta la falsa promessa dello “Stato burocratico”, che dà al soggetto “l'illusione che il problema della vita possa risolversi al di fuori del suo lavoro e senza il suo sforzo diretto”, lo “Stato nella sua concreta e pratica organizzazione di forme e di forze [...] è vera realtà di vita nell'esperienza stessa diretta ed attiva dei soggetti, con un concreto e spontaneo sistema di *self-government*”.

⁹⁴ N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, cit., 3459. È però necessario marcare il segno rispetto al conflitto interpersonale innescato dalla violenza e dalla sua minaccia; “principali mezzi per ottenere potere” e per “creare e sostenere un modello di relazioni interpersonali caratterizzato” da “dominanza”. M. RAVENNA, *Carnefici e vittime*, Il Mulino, Bologna, 2004, 69. Non solo. Il conflitto violento ha una forza ‘paligenetica’ dell'ordine sociale che il conflitto tra le pretese che si consolida nel quotidiano degli ordini spontanei non possiede. Solo la violenza, come osservato dalla penna incendiaria del ‘vecchio’ Karl Marx, “è levatrice di ogni vecchia società” e “gravida di una società nuova”. Cfr. J. BAECHLER, *Le origini del capitalismo*, Ibl editore, Milano, 2015, 55 (per la citazione).

lo spazio dove le diverse possibili composizioni di quei conflitti vengono ordinariamente oggetto di valutazione sociale autonoma rispetto al dover-essere comandato dal diritto positivo⁹⁵. Giudizio che può essere di riconoscimento o di ripudio in forza delle (previe) convezioni permeanti la coordinazione spontanea che innerva in profondità la convivenza sociale⁹⁶. Dimensione non gerarchica⁹⁷, esercitante una funzione omeostatica dell'ordinamento⁹⁸, che non sembra poter essere esclusa, si vedrà poi in che termini, dal quadrante che indirizza le scelte di criminalizzazione primaria e la gestione di quelle secondarie⁹⁹. Nessuno può infatti ignorare la forza con cui le istituzioni sociali, quali che siano gli sforzi prodotti per neutralizzarne la presenza e l'evoluzione spontanea¹⁰⁰, intervengono a qualificare il legame sociale, concorrendo, con le loro tradizioni, usi e costumi, a definire i contorni e il merito storico della *Grundnorm* di un ordinamento liberal-democratico¹⁰¹. *More is different*. Un limite carico di essenziale politicità¹⁰², che, in un quadro

⁹⁵ R. CONTE, *L'obbedienza intelligente*, Laterza, Roma-Bari, 1997, 72 ss.; 122 ss. Significativo è il rilievo del tema anche nell'ormai ampia esperienza della giustizia di transizione. Per tutti G. FORNASARI, *Giustizia di transizione e diritto penale*, Giappichelli, Torino, 15 ss.; spec. 206 s.

⁹⁶ L. CORNACCHIA, *Ein Unausrottbares Verständnis? L'eredità del finalismo nel dibattito penalistico italiano*, in *Criminalia*, 2013, 576 ss.; spec. 601 ss.

⁹⁷ R. SACCO, *Antropologia giuridica*, Il Mulino, Bologna, 2007, 102 s.; 155 ss.; J. BAECHLER, *Le origini del capitalismo*, cit., 55; 99 ss.

⁹⁸ H. WELZEL, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, De Gruyter, Berlin, 1975, 124 s.; 140; 142 ss.; K. LÜDERSSEN, *Methodenfragen im Umgang mit der "Sachlogik des Finanzmarkts" – Grenze oder Herausforderung juristischer Intervention?*, in E. KEMPF-K. LÜDERSSEN-K. VOLK (hrsg), *Ökonomie versus Recht im Finanzmarkt*, De Gruyter, Berlin, 2011, 241 ss.; spec. 270 ss.; L. CORNACCHIA, *Ein Unausrottbares Verständnis?*, cit., 606 ss. Posizioni convergenti, ma affatto sovrapponibili, per la diversa opinione in merito alla natura delle "sachlogische Strukturen"; variamente intesa, dalla due voci, in termini di estraneità o appartenenza all'ordinamento legale. Questione sulla quale non è qui possibile attardarsi, se ne dirà oltre, di sicuro meritevole di un generale approfondimento dogmatico; necessario, altresì, allo scopo di sistematizzare al meglio questa lettura del principio di *extrema ratio*. Connessione istituita dal rilievo che la nozione di autonomia riveste per un pensiero sistematico che aspira ad una "costante osmosi con oggetti extragiuridici reali, capace di coglierne l'espressione nella vita della società e dell'ordinamento vigente". L. CORNACCHIA, *Ein Unausrottbares Verständnis?*, 607 (anche per ulteriori riferimenti).

⁹⁹ Corte cost. n. 34/1961; Corte cost. n. 126/1968; Corte cost. n. 223/2015.

¹⁰⁰ M. BLOCH, *Apologia della storia*, Einaudi, Torino, 1969, 51.

¹⁰¹ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992, 47; 130 s.

¹⁰² K. LÜDERSSEN, *Methodenfragen*, cit., 271; H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo*, cit., 650. "L'isolamento è quel vicolo cieco in cui gli uomini si trovano

costituzionale aperto al pluralismo, non può essere ignorato per far posto ad una volontà, quand’anche dichiarata attuativa del disegno programmatico della legge fondamentale¹⁰³, che persegue fini che sono al di là della storia (diritto penale promozionale), utilizzando mezzi architettati ed attuati per anticiparla o correggerne il corso (il diritto penale moralistico e funzionale). Prassi assuefatte alla progressiva erosione dell’idea che l’esperienza costituzionale post-totalitaria molto devono all’idea che “noi possiamo riconciliarci con la varietà del genere umano e con le differenze tra gli uomini” solo se siamo capaci di prendere “coscienza, come di una grazia straordinaria, del fatto che sono gli uomini e non l’uomo ad abitare la terra”¹⁰⁴.

Ad essere così descritta è un’apertura destinata a completare il ben noto *status* multilivello oggi esibito dalla legalità, nel segno di quella apertura verso l’alto puntualmente registrata dalla dottrina a partire dall’affermarsi di sempre più fitti e cogenti limiti imposti alla sovranità da fonti sovraordinate: superiori non solo alla legge nazionale ma anche alla Costituzione degli Stati¹⁰⁵. Quadro che la comparazione, con la sensibilità che le è propria verso i “vari fenomeni giuridici concretamente realizzati nel passato e nel presente, secondo un criterio che considera reale ciò che è concretamente accaduto” (II Tesi di Trento), invita ad arricchire: in particolare, focalizzando l’attenzione della riflessione giuridica su ciò che è tradizione, “consuetudine e uso”, oltre che sui dispositivi operanti come “diritto inferenziale” nel quadro della coordinazione decentrata¹⁰⁶. Realtà che una letteratura ormai imponente, con il confor-

spinti quando viene distrutta la sfera politica della loro vita, la sfera in cui essi operano insieme nel perseguimento di un interesse comune”. Sulla essenza democratica di tale politica cfr. J. BAECHLER, *Democrazia oggi*, Ecig. Genova, 1996, 133.

¹⁰³ M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne*, Giappichelli, Torino, 1995, II ed., 136; 138 ss.

¹⁰⁴ H. ARENDT, *The Burden of our Time*, Secker and Warburg, London, 1951, 438 s.; F. SCHIAFFO, *Il diritto penale tra scienza e scientismo*, Esi, Napoli, 2012 spec. 61 e 100.

¹⁰⁵ Per una ‘sterzata’ con l’inerzia di questo piano inclinato, cfr. Cort. cost. ord. n. 24/2017.

¹⁰⁶ R. SACCO, *Il diritto muto*, cit., 140. Realtà già lumeggiata, nei suoi profili di rilevanza penale, da dottrina e giurisprudenza. Cfr. F. BRICOLA, *Carattere sussidiario del diritto penale ed oggetto di tutela*, in ID., *Politica criminale e scienza del diritto penale*, cit., 219, nt. 107; Corte cost. n. 312/1996. G. BETTIOL, *Su alcune caratteristiche giuridiche e politiche del processo penale*, in *Scritti in onore*