

# ANTIGONE

Anno XV  
N. 2

**La violenza penale**  
**Conflitti, abusi e resistenze nello spazio**  
**penitenziario**





# ANTIGONE <sup>30</sup>ANNI

PER I DIRITTI E LE GARANZIE NEL SISTEMA PENALE

RIVISTA «ANTIGONE»

Semestrale di critica del sistema penale e penitenziario

Sito: <http://www.antigone.it/rivista/>

a cura dell'associazione Antigone onlus

SEDE LEGALE E OPERATIVA: via Monti di Pietralata n. 16, 00157 Roma

Tel.: 06 4511304; - Fax: 06 62275849

Sito: [www.antigone.it](http://www.antigone.it); e-mail: [segreteria@antigone.it](mailto:segreteria@antigone.it)

ANTIGONE EDIZIONI

ISSN 2724-5136

DIRETTORE RESPONSABILE: Claudio Sarzotti (Università di Torino)

CO-DIRETTORE: Stefano Anastasia (Università di Perugia)

COMITATO SCIENTIFICO: Cecilia Blengino (Università di Torino); Giuseppe Campesi (Università di Bari); Amedeo Cottino (Università di Torino); Alessandro De Giorgi (San José State University); Luigi Ferrajoli (Università di Roma Tre); Paolo Ferrua (Università di Torino); Carlo Fiorio (Università di Perugia); Francesco Maisto (Magistrato); Alberto Marcheselli (Università di Torino); Antonio Marchesi (Università di Teramo); Pio Marconi (Università di Roma La Sapienza); Luigi Marini (Magistrato); Dario Melossi (Università di Bologna); Giuseppe Mosconi (Università di Padova); Mauro Palma (PC- CP, Consiglio d'Europa); Livio Pepino (Associazione Studi Giuridici Giuseppe Borrè); Tamar Pitch (Università di Perugia); Ivan Pupolizio (Università di Bari); Franco Prina (Università di Torino); Eligio Resta (Università di Roma Tre); Iñaki Rivera Beiras (Universitat de Barcelona); Marco Ruotolo (Università di Roma Tre); Alvisè Sbraccia (Università di Bologna), Francesca Vianello (Università di Padova), Loïc Wacquant (University of California, Berkeley).

REDAZIONE

COORDINATORI: Daniela Ronco, Giovanni Torrente

CORPO REDAZIONALE: Costanza Agnella, Perla Allegri, Rosalba Altopiedi, Carolina Antonucci, Federica Brioschi, Chiara De Robertis, Giulia Fabini, Valeria Ferraris, Patrizio Gonnella, Susanna Marietti, Simona Materia, Michele Miravalle, Claudio Paterniti Martello, Benedetta Perego, Simone Santorso, Vincenzo Scalia, Alessio Scandurra, Daniele Scarscelli, Valeria Verdolini, Massimiliano Verga.

IN COPERTINA: Immagine del Carcere di Milano San Vittore realizzate da Pietro Snider per Next New Media e Antigone nell'ambito del progetto Inside Carceri, <https://www.flickr.com/photos/insidecarceri/8197490558/>

## N. 2/2020 LA VIOLENZA PENALE: CONFLITTI, ABUSI E RESISTENZE NELLO SPAZIO PENITENZIARIO

a cura di Daniela Ronco, Alvise Sbraccia, Valeria Verdolini

### INDICE

<i>Prefazione</i> , Daniela Ronco, Alvise Sbraccia, Valeria Verdolini	7
<i>L'universo della violenza</i> , Eligio Resta	13
<i>Profili di responsabilità per l'uso illegittimo della forza nei confronti dei soggetti in custodia</i> , Francesca Cancellaro	25
<i>Visite, report e follow-up: un'analisi del monitoraggio Cpt per prevenire i maltrattamenti in ambito detentivo</i> , Perla Arianna Allegri	41
<i>Conflitti, violenza e rivolte nel penitenziario nella prospettiva della Convict Criminology: alcune riflessioni preliminari</i> , Jeffrey I. Ross, Grant E. Tietjen	55
<i>The 'prison-presence': prison culture beyond its walls</i> , Vitor Stegemann Dieter, Renato de Almeida Freitas Jr.	62
<i>Spunti per un'analisi storico-sociologica dell'homo rebellans in carcere: dalla presa della Bastiglia alla presa della pastiglia</i> , Claudio Sarzotti	83
<i>Carcere, rivolta, violenze: note sul caso di Modena</i> , Valerio Pascali, Tommaso Sarti, Luca Sterchele	110
<i>Potere, emergenza e carcere: il caso di Santa Maria Capua Vetere</i> , Dario Stefano dell'Aquila, Luigi Romano	126
<i>Salute, violenza, rivolta: leggere il conflitto nel carcere contemporaneo</i> , Daniela Ronco, Alvise Sbraccia, Valeria Verdolini	138
<b>RUBRICA GIURIDICA</b>	<b>166</b>
<i>L'emergenza sanitaria negli istituti penitenziari: un'analisi dei provvedimenti adottati dal Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria</i> , Costanza Agnella, Chiara De Robertis	168

---

<b>ARTE E CARCERE</b>	<b>199</b>
<i>Jean Trounstin: teatro e letteratura nel carcere del Massachusetts tra reti d'impegno artistico e culturale,</i> Vito Minoia	201
<b>A PROPOSITO DI...</b>	<b>213</b>
<i>Il carcere tra disciplina e bio-potere nella prospettiva storico-sociologica,</i> Claudio Sarzotti	215
<i>La teoria del diritto penale del nemico di Günther Jakobs tra funzionalismo luhmanniano e populismo penale,</i> Rossella Puca	232
<i>Le teorie del domin(i)o,</i> Vincenzo Scalia	245
<b>AUTORI</b>	<b>252</b>



## **A PROPOSITO DI...**





---

# La teoria del diritto penale del nemico di Günther Jakobs tra funzionalismo luhmanniano e populismo penale

*Rossella Puca<sup>1</sup>*

---

Dante Valitutti, *Normativismo e funzionalismo penale. Saggio sulla teoria giuridica di Günther Jakobs*, Torino, Giappichelli Editore, 2020, 45 €.

## Abstract

*During the last twenty years, jurists vehemently debated about the 'criminal law of the enemy': Jakobs' paradigm is heavily criticized but, from the point of view of actuality, it becomes useful to explain many obscure folds of our legal system, for example preventive measures as a whole.*

*To avoid detached reasoning, it is very important to specify that the Feindstrafrecht is born from a determined and precise context. It is born from the adaptation of Luhmann's functionalism to the context of criminal law.*

*In the essay there are references to philosophers of law starting from Kelsen to Hegel, to show a sort of ideal line of continuity in German dogmatics.*

*Dante Valitutti analyses Jakobs' model placing it in a wider scenario: the evolution of German and Italian penal law through the second half of the twentieth century. About the Italian penal system, Valitutti starts from Bricola and from a constitutionally oriented interpretation.*

Keywords: *Günther Jakobs, penal law, enemy criminal law, unpersonen*

## 1. Introduzione

Esiste un diritto penale che si discosta grandemente dal “sistema del garantismo”, o finanche, da quel diritto penale minimo<sup>2</sup>, inteso come diritto penale delle tutele, erede dell’Illuminismo?

Rispondere negativamente al quesito, posizionandosi dunque sul piano del ‘dover essere’, non rende giustizia alla lealtà del cd. “giurista attento” che, inserendosi sul piano della realtà, osserva, da tempi remoti sino ad oggi, l’emersione di elementi discratici potenziali a rendere il diritto penale, un diritto prossimo alla matrice autoritaria, lontano da quella precipuamente democratica.

Il penalista e giusfilosofo di Bonn, Günther Jakobs guardando per tre decenni all’ordinamento tedesco e partendo propriamente dal supposto “duplice lato” del diritto penale – democratico/autoritario - elaborò la nota teoria, aspramente ripresa dalla dottrina, del *Feindstrafrecht* (diritto penale del nemico).

Il saggio di Dante Valitutti principia dal paradigma jakobsiano in maniera tutt’altro che adesiva, quanto piuttosto sfruttando il metodo dialettico. Lo scopo è univoco: utilizzare l’elaborazione funzionalista per far luce – in chiave critica - su determinate zone d’ombra del coevo sistema penale. Il saggio analizza sia questioni prettamente penalistiche che più propriamente giusteoriche. Il lavoro, strutturato in cinque capitoli, prende in esame il concetto di *Person im Recht* (persona in diritto) e, con esso, quel determinato movimento interpretativo relativo alla *depersonalizzazione* del soggetto nella teoria del reato. Nel prosieguo è la volta di soffermarsi sul *Feind* (nemico), e di

tratteggiare le differenziazioni con l’attuale sistema penale costituzionalmente orientato. Nel terzo capitolo, invece, ampio spazio è lasciato alla categoria penale della colpevolezza, differenziandola, sulla scorta del *System der strafrechtlichen Zurechnung* jakobsiano, dall’imputazione oggettiva dell’evento. Il quarto capitolo, sulla scorta di elaborazioni trattate precedentemente, verte sull’oggetto della tutela penale: il bene giuridico tutelato dall’ordinamento. *Dulcis in fundo*, si colloca nel quinto ed ultimo capitolo, l’analisi sulla finalità della pena jakobsiana quale prevenzione generale integratrice, teoria che, indossando le lenti dell’attualità, permette di interpretare fenomeni attualissimi quali quelli del diritto penale simbolico e del populismo penale.

## 2. La dogmatica del soggetto

Günther Jakobs è stato a più riprese definito un vero e proprio *eretico* del diritto. Una fra le impostazioni più aspramente criticate consiste nell’incasellamento del *trattamento del “delinquente”* in un dualismo senza via di scampo: «*lo Stato può procedere secondo due diverse modalità contro i delinquenti: può configurarli alla stregua di persone che delinquono, che come tali hanno commesso un errore; ovvero come individui ai quali si deve impedire, mediante il ricorso alla coazione, di distruggere l’ordinamento giuridico*» (p. 22).

La configurazione di Jakobs crea un duplice *status* del tutto oppositivo: da una parte viene collocato il cittadino, *in recht*, dall’altra, il nemico. La legittimazione dello stigma legale, inoltre, viene a creare l’emblematica figura dell’*Unpersonen* (non-persona), un riferimento che apre scenari inquietanti, memori di periodi

storici legati alla Germania degli anni '30 (cfr. G. Licci, 2012, p. 34).

Tuttavia quel che si rende utile ai fini di questo saggio, aldilà di ogni criticità dottrinale sulle analisi di Jakobs, è la teoria funzional-strutturalista di matrice luhmanniana che egli stesso fa propria. Tale, ad oggi, è capace di determinare una lettura inedita del diritto penale. La scienza penale, secondo l'Autore, deve obbligatoriamente fare i conti con l'eterogenea realtà sociale nella quale si inscrivono i comportamenti umani. Jakobs, partendo dalla *Rollentheorie* di Luhmann, prevede per ogni persona incardinata in un tassello della società, l'interpretazione di un ruolo. Nel momento in cui il sistema giuridico viene ordinato attraverso il paradigma funzionalista, la componente personalistica viene *obliata* da quella teleologica. Il *telos* del diritto penale (la tutela delle norme), dunque, diviene la stella polare del sistema.

Nel caso in cui una norma venga violata si configurerà la "delusione di una aspettativa". A questo punto, l'intervento del sistema penale sarà configurato quale reazione contro il perturbamento sociale. Con l'eclissarsi della persona emergerà, inoltre, una funzione della pena orientata sia alla difesa dell'ordinamento, contro i rischi che metterebbero a repentaglio la sua tenuta, sia alla promozione, volta al consolidamento dell'ordinamento stesso. Sulla scorta della concezione jakobsiana, l'indagine del saggio muove sul rapporto di un trittico ben definito: pena, individuo e società, in una lettura che porta sino alla spiegazione dell'attualità.

Partendo dal concetto di *Person im Recht*, a interessare è certamente il significato

limitrofo che si ritrova nella cultura giuridica tradizionale quando si parla di Persona. Una buona parte di scienza penale, d'altronde, non ha mai assunto il concetto di soggetto/persona, diversamente da come accaduto, parimenti, nella dottrina civilistica. Tuttavia, in Italia, una schiera di penalisti, capitaneggiati da Bricola, ha riflettuto seriamente sulla dimensione personalistica del diritto penale, convertendo, attraverso la rilettura costituzionalmente orientata, le categorie classiche del diritto penale.

Or bene, come noto, dalla Costituzione emerge la qualificazione del reato come illecito personale, la sua imputazione ad un soggetto, inoltre, deve essere sempre condizionata alla possibilità da parte di questi di conoscere la norma incriminatrice e alla presenza di un coefficiente soggettivo identificabile quanto meno identificabile nella colpa (cfr. F. Bricola, 1973, p. 59). Tale sforzo ermeneutico si è cristallizzato in un sistema ineludibile di garanzie penali.

Bisogna a questo punto specificare che l'eclissamento della persona nella teoria di Jakobs, nondimeno prende piede in un solco di una secolare tradizione tedesca che è precedente, oltre che in palese contrasto, con la nostra rilettura costituzionalmente orientata del diritto penale. È soprattutto per tale ragione che talune teorie di Jakobs si pongono in palese contro-tendenza con le teorie della scienza penale più recente.

Ma come si giunge, nello specifico, ad una vera e propria de-personalizzazione del soggetto, in Jakobs e sovente – attenzione – nell'attualità? Nella concezione funzionalista, contrapposta alla persona (titolare di diritti e doveri) vi è un "ente

singolo naturale” non titolare di diritti e doveri. Quest’ultimo si differenzia notevolmente dalla persona che, in quanto tale, è titolare di capacità giuridica. La persona, tuttavia, attraverso una sequenza di progressiva *artificializzazione*, approda ad uno stadio *finale* di de-individualizzazione: essa diviene, secondo l’interpretazione luhmanniana di Jakobs, il mero “simulacro” di un ruolo sociale, che deve essere “sostenuto” perché funzionale al diritto. Qualora questo ruolo non fosse incarnato dal soggetto tenuto, emergerebbe quella (dis)misura di trattamento, riferibile al modello del *Feindstrafrecht* (diritto penale del nemico).

Per quanto tale conclusione risulti aberrante, degna di un mondo distopico, tale analisi ha il merito di elaborare con chiarezza, e di portare alle ultime conseguenze, il discorso sulla costruzione del soggetto come “portatore di rischio”; e lo fa in modo teoricamente consapevole, presentando tale costruzione proprio come uno sviluppo artificialista della scienza giuridica sul concetto di persona (cfr. A. Amendola, 2007, p. 420).

Invero, il soggetto inteso quale (possibile) *portatore di rischio* non è uno spauracchio isolato, ma rappresenta un costrutto teorico – vivo e vegeto – nella penalistica attuale. Basti pensare alle analisi sui reati di pericolo (di matrice astratta) capaci di far traballare la struttura del diritto penale del fatto. La teoria jakobsiana, dunque, per quanto bistrattata, fa emergere tutte quelle fattispecie penali orientate precipuamente alla prevenzione del rischio che possono condurre a latenze identificabili, manco a dirlo, alla *Person in Recht*.

Venendo nuovamente alle attuali categorie penali, inoltre, i reati omissivi possono

ben essere paragonati (per delinearne le similitudini) alla teoria del giuspenalista di Bonn. Si pensi, nello specifico, alle figure di garanzie dalla quale l’ordinamento presume un taluno compito di attivarsi (aspettativa normativa), e dunque una sorta di incarnamento di un ruolo. La convergenza tra il modello funzionalista e quello della neo-categoria della dogmatica penale, conduce a ridimensionare la “dimensione concreta della persona” così come teorizzata, sulla scorta dell’orientamento costituzionale, da Bricola.

La normativizzazione del soggetto, allo stesso modo, sta portando ad un’ipertrofica espansione del diritto penale, giustificato dallo sviluppo della società del rischio per la quale si rende necessario l’utilizzo di mezzi eccezionali di difesa sociale. Di poi, la creazione della categoria elaborata dalla dottrina dei reati funzionali, riprende il costrutto jakobsiano, insistendo sul “ruolo”: con questa categoria, infatti, si è voluto offrire un’ulteriore denotazione a quel tipo di reati esclusivi (propri) che presentano «*un “di più” dal punto di vista del contenuto di disvalore: sono particolarmente gravi perché non solo incidono su un bene giuridico producendo un evento offensivo, ma sono reati la cui gravità è integrata anche dalla inosservanza del dovere giuridico o dall’abuso del potere giuridico richiamati dalla qualifica*» (A. Fiorella, 2018, p. 286).

Un’altra latenza presente nel sistema odierno, tendente ad una sorta di spersonalizzazione, risiede nella sempre più tecnicizzazione del diritto penale. Sovente, assistiamo ad un diritto penale invasore dell’alveo dell’illecito amministrativo, che quasi riflette un tentativo di assimilazione<sup>3</sup>. Nel momento

in cui i confini tra diritto penale e diritto amministrativo tendono a sfumare la conseguenza porta a trascurare le prerogative garantiste che il diritto penale affida al singolo. La chiosa opportuna risulta banale: i costrutti di Jakobs emergono, senza tanti sforzi ermeneutici, tra i risvolti più controversi del nostro ordinamento.

### 3. Il sottosistema del *Feindstrafrecht*

Il sistema jakobsiano della persona-in-diritto (*Bürgerstrafrecht*) è pensato per i cittadini, soggetti di diritto e titolari di diritto, che via via incarnano un ruolo sociale e giuridico. In tal caso la funzione della pena è di prevenzione generale-integratrice. L'altra faccia della medaglia, invece, si rivolge al nemico, non titolare di posizioni, né tantomeno di aspettative. La funzione, viceversa, è quella di prevenzione speciale negativa.

*«Per Jakobs nemico è colui che viola sistematicamente e con continuità le norme penali e che pertanto mette in discussione il presupposto meramente formale (la norma) di reciprocità che fonda una società. Detto diversamente, per Jakobs il nemico altro non è che chi assume il delinquere come modus vivendi, ponendosi così fuori dalla società [...]».* (R. Bartoli, 2008, p. 17)

L'analisi sul *feindstrafrecht* è servita, in Germania, soprattutto nei suoi esordi, per muovere critiche verso il c.d. diritto penale dell'atteggiamento interiore, oltre che per puntare il dito in direzione di alcune categorie penali anticipatorie della tutela nei c.d. reati di pericolo astratto e, allo stesso tempo, porre tutta una serie d'interrogativi riguardo alle figure del tentativo e degli atti preparatori.

Secondo la dicotomia cittadino/nemico, è

persona solo colui che offre una sufficiente garanzia cognitiva di tenere il comportamento che si addice a una *Person im Recht*. L' "incapace", sarà convertito immantinente in nemico: le sue azioni lo confinano in uno spazio sottratto dalla struttura del diritto penale ordinario (*Bürgerstrafrecht*). Le due posizioni, dunque, non sono dati di fatto, ma corrispondono ad un costrutto disposto a variare in base al contesto sociale e giuridico. Per forza di tale ragionamento, la non-persona (nemica), per quanto spogliata dai suoi diritti (degiuridicizzazione), qualora volesse ricoprire un ruolo riconosciuto dall'ordinamento, potrebbe "convertirsi" e cominciare a rivestire i panni del cittadino-in diritto. Il sistema del diritto penale del nemico appare dunque quasi come un "idealtipo a geometrie variabili".

Il paradigma funzionalista non può e non deve tuttavia paragonarsi alle teorie sul positivismo criminologico, per svariate ragioni. Il secondo, infatti, fonda il discorso di legittimazione dell'esclusione dei diritti sulla natura del soggetto, sul suo *Bios*, e cioè, sull'essere biologicamente diverso, e per questo pericoloso, mentre, nella prospettiva funzionalista, l'esclusione segue dinamiche differenti, essendo, cioè, determinata dalla perdita del ruolo 'istituzionale' ascrivibile alla Persona-in-diritto (p. 93).

Un ragionamento interessante, sulla logica delle analogie-differenze, è attuato mediante il paragone tra costrutto funzionalista e la logica dell'emergenza (*Ausnahmeslehre*). Come nel paradigma jakobsiano persistono due sistemi tra loro in comunicazione, quasi sovrapponibili, nei sistemi penali in giro per l'Europa ed in Italia si è notato come si sia manifestata

«una dimensione di legalità speciale [che] avrebbe affiancato l'altra incastonata nella forma codice, andando a formare un doppio binario su cui il diritto penale si sarebbe legittimamente svolto. Le due legalità avrebbero corrisposto a finalità diverse: quella del codice avrebbe assolto una funzione di tutela della persona anche contro le ingerenze dello Stato; quella dei provvedimenti per l'emergenza avrebbe svolto una funzione di difesa dello Stato (cioè dell'ordine costituito) anche contro la persona» (M. Meccarelli, 2009, p. 506). In sintesi, l'eccezione non è più una patologia dell'ordinamento, ma è diventata fisiologica, proprio come avviene tra i due sistemi concepiti da Jakobs. È ovvio che, conviene specificare, il "nostro" sistema dell'eccezione viene riletto ed attuato attraverso i principi della Costituzione.

È tuttavia necessaria una puntualizzazione. Il concetto di diritto penale del nemico ha assunto, nel corso del tempo, diverse polisemie. Diversamente da come concepito da Jakobs, tale costrutto viene – probabilmente in maniera "abusiva" – utilizzato per connotare le latenze, le smagliature dell'ordinamento penale attuale. La polisemia del diritto penale del nemico – fuori dalla logica prettamente funzionalista jakobsiano – si presta ad allargarsi fino a ricomprendere due condutture: l'indirizzo biopolitico, e quello legato allo spazio del realismo politico.

Rispetto alla prima linea 'agambeniana-foucaultiana' proposta, nel paradigma del diritto penale del nemico, si scorge quel tentativo, cristallizzatosi fin dalla prima modernità, del potere politico di legittimare se stesso attraverso l'esclusione dell'Altro. Analogamente, il sottosistema del *Feindstrafrecht* pare essere pensato, nella post-modernità penalistica

per "ingabbiare" soggetti ritenuti fonti di pericolo, individui la cui predisposizione a delinquere ne determina la sospensione (temporanea o permanente) dalla sfera dei diritti del cittadino e lo stazionare in un altro luogo del sistema giuridico, sottratto alla logica del diritto penale ordinario – quello che è definito nella formula del *Bürgerstrafrecht* (p. 115).

Sul secondo indirizzo, invece, il realismo politico, si pone la questione della crisi di legittimazione del diritto penale internazionale in materia di diritti umani nel momento in cui la vigenza dei diritti umani sarebbe contraddetta dalla costante violazione degli stessi da parte degli Stati. Tale discorso esonda dal paradigma funzionalista, posizionandosi su un piano extra-statuale. Tale rilievo, per forza di un'economia di trattazione, merita una più compiuta elaborazione, ed il saggio di Valitutti disegna uno scenario accurato.

Arrivati a questo punto una cosa appare chiara al lettore: il diritto penale del nemico, quale paradigma dalle miriadi polisemie, può servire – in chiave decostruttiva – ad analizzare in chiave critica la realtà giuridico-penale. Per perseguire tale obiettivo sarebbe utile, per quanto sia un lavoro immane, dato il profluvio di norme penali che si susseguono, identificare degli elementi sintomatici, in grado di identificare un diritto penale distonico rispetto al diritto penale ordinario. A parere dell'Autore, il diritto penale del nemico tende a manifestarsi, in concreto, ogni volta che il principio di precauzione conosce una estensione (o meglio una *distorsione*) di tale entità da renderlo l'unico principio in grado "di sorreggere" la logica dell'intervento sanzionatorio (p. 128).

Per logiche di economia di trattazione, Valitutti si sofferma su tre istituti: capacità a delinquere, pericolosità sociale ed il problema della special-prevenzione.

Venendo al primo elemento, ad un primo e superficiale sguardo, verrebbe da pensare che tale istituto sia sovrapponibile a quello del *Feindstrafrecht* per via delle similitudini con la natura giuridica, lo scopo ed il fondamento preventivo. Gli elementi dell'art. 133 cod. pen. letti univocamente in base alle ragioni di chi determina la pena, portano alla stessa conclusione repressiva del diritto "dei nemici": l'attestazione della caduta delle aspettative (normative) di comportamento ascrivibili al soggetto consegue una reazione di difesa del pericolo. Per quanto vi siano particolari analogie con la logica di Jakobs, il nostro sistema penale, perseguendo sempre più un'aderenza con la Costituzione, è chiamato tuttavia ad un contemperamento della pena basata sui principi Costituzionali e su criteri di razionalità sistematica.

Venendo ora alla categoria della pericolosità sociale (art. 203 cod. pen.) alla quale segue, nel nostro sistema come quello tedesco, l'applicazione delle misure di sicurezza. Le analisi sottese a tale istituto provengono dalle fortunate teorie positiviste di fine '800 che, inserendosi in una logica "curativa", poco hanno a che fare con il paradigma funzionalista. Tuttavia, è opportuno specificare che le misure di sicurezza, nel corso del tempo, rispetto agli anni '30, sono state notevolmente ridimensionate. Un punto di svolta, in tal senso, si è avuto con la declaratoria di incostituzionalità della pericolosità sociale presunta. Ad oggi, la pericolosità, quale presupposto di applicazione della misura di sicurezza, va

accertata prettamente in concreto. Sebbene nella pericolosità sociale è possibile tratteggiare alcuni elementi presuntivi del *Feindstrafrecht*, non si può sussumere appieno tale categoria.

Discorso estremamente diverso per le misure di prevenzione, per la quale il detector degli 'indici sintomatici' arriva al suo apice. Quest'ultime sono state definite da taluni come "l'epifania del diritto penale del nemico in Italia", in quanto, per la loro applicazione non è necessario che sia stato commesso un reato, oltre al fatto che si basano su una logica di neutralizzazione di un soggetto pericoloso al fine della difesa sociale. In tali istituti vige la logica precauzionale e, ad oggi, si assiste ad una vera e propria ipertrofia delle stesse.

#### 4. Il sistema dell'imputazione

Nel sistema funzionalista jakobsiano dell'imputazione (cardine della colpevolezza penale) si ritrovano molte delle attuali tendenze emerse in dottrina che delineano la sfera della responsabilità colposa e omissiva (modellate sul ruolo o sullo status del soggetto). Una colpevolezza che, sebbene sia dimostrazione della penalistica appartenente alla seconda metà del secolo scorso, risulta asservita alla logica della prevenzione.

Nel modello funzionalista «*la colpevolezza è completamente derivabile dalla prevenzione generale e alla sua stregua è altresì graduabile [...] l'ascrizione di colpevolezza in tanto è giustificata, in quanto l'attribuzione di responsabilità a un determinato soggetto si riveli necessaria per rimediare alla delusione delle aspettative normative provocata dal reato e per compensare così la perdita di fiducia patita dai cittadini*» (L. Cornacchia, 2017, p. IX).

La responsabilità penale del soggetto (di reato) perde dunque la natura individuale, fuori finanche dalla logica del libero arbitrio, inserendosi in un fenomeno sociopsicologico ai fini di stabilizzazione dell'ordinamento sociale. Per colpevolezza si intenderà, dunque, sotto una lente funzionalista, la mancanza di fedeltà all'ordinamento giuridico da parte del soggetto. Essa è legata a doppio filo al ruolo che il soggetto stesso è chiamato a ricoprire secondo la semantica sociale/giuridica e che, rifiutandosi di ricoprire, fa conseguire il verificarsi dell'illecito. In tale situazione, l'unico rapporto esistente è quello tra persona e norma, non rileverà dunque per nulla la rappresentazione psicologica (cd. *mens rea* di matrice Hartiana). Tale concetto è strenuamente 'antinaturalistico' ed in quanto tale vincolato alla semantica sociale e giuridica nella quale si opera; su questo concetto Jakobs, quanto Kelsen, si ritrovano sullo stesso lato della barricata.

Nel nostro sistema, invece, la colpevolezza è figlia della capacità d'intendere e di volere (art. 85 cod. pen.) e sottende, dunque, alla «*capacità di comprendere* (da parte del soggetto) *il mondo esteriore e la capacità di autodeterminarsi in conseguenza*». Tale nozione dal precipuo ruolo psicologico, è quanto più di lontano possa esistere dall'analisi jakobsiana che svuota interamente, come visto, l'elemento soggettivo. Gradualmente, tuttavia, si è assistito, anche in Italia, ad una normativizzazione dell'imputabilità, essa, infatti, non è avulsa dal sistema di diritto, anzi, diviene un elemento integrante della teoria del reato.

Nel concetto tradizionale di colpevolezza, partendo da Kant, può osservarsi come tale assolva la funzione di porre un freno

al potere punitivo. Lo stesso Mantovani (2007, p. 487), sul punto, osservava: «*la colpevolezza, come requisito del reato e come criterio di commisurazione della pena, viene recuperata non sulla base della prevenzione, ma nella sua funzione garantista di limite alle esigenze punitive preventive, potenzialmente senza confine, quale salvaguardia degli antagonistici valori della persona umana contro ogni strumentalizzazione per fini utilitaristici di politica criminale: sia generalpreventivi, perché essendo il soggetto chiamato a rispondere dei soli fatti rientranti sotto il suo controllo, essa ne salvaguarda la libertà di scelta delle azioni, penalmente lecite o illecite. Sia specialpreventivi, perché vieta di superare il limite massimo di pena corrispondente all'entità della colpevolezza*». Sebbene la colpevolezza, mediante una lettura costituzionalmente orientata sia principio ineludibile, guardando alla realtà e citando Donini, è illusorio pensare che la colpevolezza non sia orientata anche alla prevenzione, sebbene *est modus in rebus*;bisogna ricercare un punto d'equilibrio intermedio.

Venendo alla concezione jakobsiana della pena, la stessa rappresenta la conseguenza necessaria al ripristino di un ordine violato. Nel sistema odierno, la funzione dell'emenda si è cristallizzata nell'art. 27. Co.3 Cost. La pena in un'analisi cd. minimalista, e dunque distanziandola dal piano etico-rieducativo, risulta una vera e propria "offerta" di risocializzazione da parte dello Stato, ancorata al mero piano della legalità formale. Il comma 3, lungi dal rappresentare la codificazione di una logica paternalistica/morale, distintiva di alcuni regimi autoritari che manipolano la personalità del soggetto, deve considerarsi nel senso più aulico di reintegrazione sociale. Come afferma Ronco, alla

responsabilità personale che impone l'inflizione di una pena segue la responsabilità sociale che la società si faccia carico del reinserimento del reo.

### 5. Il bene giuridico

Partendo dalla nozione positivista di Binding, «definire "giuridico" il bene da tutelare rimarca la funzione costitutiva dei giudizi di valore del legislatore affinché un certo *quid* possa, appunto, assumere la dignità di bene meritevole di protezione penale». In un campo prettamente funzionalista, invece, si può dire che l'oggetto della tutela è sempre una pura costruzione normativa. Estremizzando il concetto, il bene giuridico viene assimilato alla ratio dell'incriminazione; l'oggetto della tutela è la stessa norma. Facendo un salto più rapido, rimandando per la dissertazione più compiuta al saggio, è utile specificare che il concetto di bene giuridico ha attraversato decenni di elaborazioni dottrinali, filosofiche e giuspenali. Le analisi hanno comportato talvolta la trasformazione del concetto in una categoria ontologica, quant'anche in strutture immodificabili della realtà che le norme si limitano a recepire (si pensi alla dignità morale, l'onore, la vita).

Per Jakobs, riconducendo il tutto alla categoria sistemica, i beni giuridici sono riconducibili ad aspettative variabili in base alla realtà sociale, e che operano per la stabilità dell'ordinamento, ancora una volta, dunque, una *reductio ad unum* verso la norma. Infine, ciò che rileva per il giuspenalista di Bonn – ai fini della tutela penale – non sono i beni (materiali, individuali), ma le relazioni tra soggetti (intesi come persone-in-diritto/come titolari di ruoli) all'interno del sistema (sociale, giuridico).

La dottrina attuale arranca nell'assegnare alla categoria del bene giuridico dei confini ben delineati, confini che si ingrigiscono sia per via di una società sempre più sovraccarica ed economicocentrica che per una normativizzazione ipertrofica. La categoria del bene giuridico era storicamente nata per porre un freno alla discrezionalità del legislatore nella perimetrazione dell'area di tutela. Su questo piano, assume rilievo la dissertazione inerente al valore culturale che, assieme alla valutazione legislativa, può divenire potenzialmente parte di una convenzione normativa.

Una grande spinta all'elaborazione del concetto di "bene giuridico" sotto l'egida dell'orientamento costituzionale avvenne grazie a Bricola a partire dagli anni '70. Tali analisi rappresentarono la rivoluzione copernicana nel sistema penale italiano, laddove i principi costituzionali 'penetranti e pervasivi', fuori da meri, quanto statici posizionamenti tradizionali, divenivano gli assi fondanti di ogni costruzione dell'ordinamento, facendo sì che attraverso l'ermeneutica degli stessi si potesse riscrivere il catalogo degli illeciti penali e poter pervenire ai beni penalmente tutelati.

Il ragionamento bricoliano diviene una forma di ontologismo su base costituzionale, debolmente ripresa in Germania. Si affianca a tale teoria il principio cardine in materia dei delitti e delle pene dell'offensività. Per Bricola, l'offensività (del fatto) deve rivolgersi, esclusivamente, a un bene di rilevanza costituzionale per cui «*illecito penale può concretarsi esclusivamente in una significativa lesione di un valore costituzionalmente rilevante*». Appare ovvio che il catalogo di beni giuridici ricavabile dalla Costituzione

non può e non deve rappresentare una scatola chiusa, statica ed immutabile. Invero, onde prevenire qualsivoglia criticità a riguardo, venne inserita nelle trattazioni la locuzione ben più ampia di “rilevanza costituzionale” che, oltre ad onnicomprendere quelle categorie di beni immateriali, non tangibili, è capace di approdare ai cd. valori impliciti, ossia quelli non immediatamente estraibili dal dettato normativo.

#### 6. Un nuovo (vecchio) modello di legittimazione della pena

Ricapitolando, all’interno del pensiero jakobsiano, tutto è direzionato verso la funzione preventiva-integratrice della pena. Ogni elemento della teoria del reato viene rivisto sotto quel versante. La pena deve, così, essere sempre qualificata come reazione contro l’infrazione di una norma e solo mediante tale reazione, contro l’autore del reato, si rende manifesto che bisogna osservare il diritto. In tale carico non esiste alcuna valenza minatoria, ma si dimostra la rinnovata validità della norma precedentemente violata. Appare lapalissiano l’intento: si punisce (l’autore) per dimostrare come l’illecito non abbia valore, ed in quanto tale non capace di orientare il comportamento dei consociati; il sistema a cui si assiste è prettamente dialogico ed in tale costrutto si rivede un anelito interessante con il costrutto di matrice hegeliana. In questo posizionamento si possono ascrivere, su di un piano prettamente attuale, le non-risposte dell’ordinamento qualora determinati comportamenti non siano designati “sistemicamente” da un valore legale intrinseco da ripristinare. È il caso della rinuncia della reazione penale di fronte alle fattispecie bagatellari o comunque di modesta ‘tenuità’ del fatto.

Dopo una vasta dissertazione filosofica che decostruisce ed analizza le teorie sul punto appartenenti a Kant, ai Lumi sino a Bentham, avviandosi alla conclusione, il saggio serra le file concludendo sul significato che assume la pena nello stato costituzionale di diritto, facendo interagire, ancora una volta, il sistema jakobsiano con i principi della nostra Costituzione. L’interrogativo che si pone, sulla scorta dell’elaborazione anche di Roxin, è se lo *ius puniendi* possa assolvere il solo fine di pacificazione sociale. Si potrà dire, tenendo come stella polare la funzione rieducativa (risocializzante) del reo, che il processo funzionale della pena è un processo complesso e che al suo interno possono inserirsi e ‘convivere’ anche altri elementi, tra i quali spicca, rinvigorita di una nuova luce, la funzione retributiva. Ma in questo ragionamento che ruolo si può attribuire (se si può) alla concezione preventiva-integratrice così come concepita dal giuspenalista di Bonn? In uno Stato democratico, bisogna valutare molto attentamente, nel momento in cui si introducono elementi valoriali “penali” dall’intento preventivo-integrativo (della realtà sociale), il fatto che il pericolo di “latenze” è sempre dietro l’angolo. Tali latenze potrebbero scivolare velocemente su piani appartenenti a ben altri attori sociali che si occupano di consenso/controllo/stabilizzazione sociale. Tali funzioni incarnate dai cd. sostituti funzionali (riprendendo Merton) sono ad oggi eseguite da scuola, sindacati o altri organi intermedi.

Per quanto la pena preservi un carattere di afflittività (temperata dalle garanzie della sussidiarietà e dell’*extrema ratio*), non è consentito perseguire attraverso lo *ius*

*puniendi* scopi di controllo sociale e di consenso. Lo scopo della stabilizzazione sociale, tuttavia, è stato ricavato da alcuni in uno stadio preliminare, nel momento in cui il legislatore si ritrova a spiegare la ratio nel porre in essere una determinata norma, lungi dalla fase dell'esecuzione della stessa. Il giurista consapevole, tuttavia, nel momento in cui si trova a muovere sulla scacchiera del sistema i pedoni della prevenzione (che, seppur non inerente allo scopo principale, risulta comunque un valore insito nella pena), dovrà, da un lato, «*riconoscere che nella concreta e reale vita del sistema penale componenti intimidative e componenti di orientamento pedagogico-educativo sono sempre coesistenti, in quanto irrinunciabili, ineliminabili e coesenziali al sistema stesso*» (F. Palazzo, 1999, p. 46) e, dall'altro, riconoscere che una funzione di prevenzione generale "senza freni" si scontra con quanto ricavabile dal dettato Costituzionale, potendo ben condurre a quelle deviazioni, ben riconoscibili nella realtà, del populismo penale e del diritto penale simbolico.

Nell'ultimo trentennio, non a caso, sempre più si manifestano fenomeni di simbolismo penale che attraverso l'utilizzo di slogan propagandistici veicolano il messaggio che solo il sistema penale può far fronte a determinati "allarmi sociali" o "nemici" che si ergono all'orizzonte. In questo caso è ancora una volta la natura risocializzante della pena che può porre argine alle derive securitarie che designano il delinquente come nemico della società. Queste latenze, tuttavia, sono inquadrabili da molto tempo aldilà dell'incasellamento con la *Feindstrafrechtstheorie*.

## 7. Conclusione

Nel saggio di Valitutti, la teoria funzionalista-luhmanniana di Jakobs viene, a più riprese, puntellata da critiche, decostruita, riletta rispetto le conclusioni di svariati importanti filosofi e giuristi, sino a farla divenire una teoria chiarificatrice di alcune latenze presenti nel nostro ordinamento penale. La trattazione principia da un tema e da una variazione, che, proprio come in una composizione musicale, viene eseguita a più voci, alle volte unanimi, altre volte distoniche. Bisogna rendere merito all'Autore l'esito chiarificante dell'utilizzo della locuzione "diritto penale del nemico" che, sovente, viene chirurgicamente isolata dalla mente di chi l'ha coniata; a tal proposito, il paragrafo sulla polisemanticità del concetto filtra ogni inesattezza. Interessanti le similitudini con le categorie odierne del diritto penale del fatto, in Italia ed in Germania, così come i riferimenti alle discrasie del nostro sistema che di frequente si prestano a rientrare nel "radar" degli elementi distintivi del funzionalismo jakobsiano (si pensi alle misure di prevenzione, oltre che all'uso politico del diritto penale). Leggere la realtà attuale attraverso lo strumentario offertoci dal "diritto penale del nemico" si presentava come una sfida ardua, ma, con uno sforzo profuso, Valitutti è approdato a notevoli risultati. Un saggio ben scritto, che per quanto fluviale non risulta essere mai ripetitivo o tedioso. Il giusfilosofo salernitano, in punta di piedi, corroborato da una ricca bibliografia a seguito, riesce a collocarsi all'interno di un dibattito gordiano, elargendo soluzioni preziose per lo studioso del diritto, l'interprete ed il ricercatore.

## Note

<sup>1</sup> Rossella Puca si laurea nel 2017 in Giurisprudenza presso l'Università degli Studi di Salerno con una tesi in Criminologia dal titolo "*Le funzioni latenti del diritto penale*". Nel post-lauream effettua il tirocinio giudiziario presso la Procura della Repubblica di Salerno. Nel 2019 consegue il master in Criminologia Critica presso l'Università di Padova con una tesi dal titolo "*La simbiosi mortale tra immigrazione e sicurezza*". Scrive per redazioni giuridiche e politiche.

<sup>2</sup> Si contrappone all'idealtipo del diritto penale massimo, cioè «incondizionato e illimitato». Quest'ultimo «si contraddistingue, oltre che per l'eccessiva severità, anche per l'incertezza e l'imprevedibilità delle condanne e delle pene; e che conseguentemente si configura come un sistema di potere non controllabile razionalmente per difetto di parametri certi e razionali di convalida e di invalidazione» (L. Ferrajoli, 1989, p. 82).

<sup>3</sup> Nella disciplina così delineata in Italia dalla l. n. 689/1981 riguardante la materia dell'illecito amministrativo ritroviamo non a caso i caratteri precipui di quella *Rollentheorie* funzionalista di cui si sta discutendo; su questo si rimanda a M. Donini (1999, p. 251).

## Bibliografia

Amendola Adalgiso (2007), *Persona e soggetto giuridico nello Stato di prevenzione*, "Filosofia politica", XXI, 3, pp. 411-424.

Bartoli Roberto (2008), *Lotta al terrorismo internazionale. Tra diritto penale del nemico jus in bello del criminale e annientamento del nemico assoluto*, Giappichelli, Torino.

Bricola Franco (1973), *Teoria generale del reato*, Estratto dal Noviss. Dig. it., Utet, Torino.

Cornacchia Luigi (2017), *Il sistema dell'imputazione penale di Günther Jakobs: concetti essenziali*, in G. Jakobs, *Sistema dell'imputazione penale*, Editoriale Scientifica, Napoli.

Donini Massimo (1999), *Teoria del reato (voce)*, "Digesto delle Discipline Penali", UTET, Torino.

Ferrajoli Luigi (1989), *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari.

Fiorella Antonio (2018), *Le strutture del diritto penale. Questioni fondamentali di parte generale*, Giappichelli, Torino,

Licci Giorgio (2012), *Lexicon essenziale del linguaggio penalistico di lingua tedesca*, Celid, Torino.

Mantovani Ferrando (2007), *Il diritto penale del nemico*, "Rivista Italiana Diritto Procedura Penale", L, 2-3, pp. 470-494.

Meccarelli Massimo (2009), *Paradigmi dell'eccezione nella parabola della modernità penale. Una prospettiva storico-giuridica*, "Quaderni Storici", n.s., XLIV, n. 131(2), pp. 493-521.

Palazzo Francesco (1999), *Introduzione ai principi del diritto penale*, Giappichelli, Torino.

