



UNIVERSITÀ  
DEGLI STUDI  
FIRENZE

**DOTTORATO DI RICERCA IN SCIENZE GIURIDICHE**

*Discipline penalistiche: diritto e procedura penale*

*Ciclo XXXIV*

COORDINATORE

Prof. Alessandro Simoni

SETTORE SCIENTIFICO DISCIPLINARE IUS/17

*Tra ottimizzazione della funzione comando  
e prospettive di un suo superamento:  
i nuovi scenari della normatività penale*

**Dottorando**

*Dott.ssa Clementina Colucci*

**Tutore**

*Chiar.<sup>mo</sup> Prof. Michele Papa*

**Coordinatore**

*Chiar.<sup>mo</sup> Prof. Alessandro Simoni*

*Anni 2018/2022*



UNIVERSITÀ  
DEGLI STUDI  
FIRENZE

**DOTTORATO DI RICERCA IN SCIENZE GIURIDICHE**

*Discipline penalistiche: diritto e procedura penale*

*Ciclo XXXIV*

COORDINATORE

Prof. Alessandro Simoni

SETTORE SCIENTIFICO DISCIPLINARE IUS/17

***Tra ottimizzazione della funzione comando  
e prospettive di un suo superamento:  
i nuovi scenari della normatività penale***

**Dottorando**

Dott.ssa Clementina Colucci

**Tutore**

Chiar.<sup>mo</sup> Prof. Michele Papa

**Coordinatore**

Chiar.<sup>mo</sup> Prof. Alessandro Simoni

Anni 2018/2022





## INDICE

### CAPITOLO I

#### **Il comando come funzione del precetto penale**

1. L'oggetto dell'indagine: il comando come <i>funzione</i> e il comando come <i>struttura</i> della norma penale	1
2. La funzione comando e l'orientamento delle condotte	8
3. La crisi della legge: sue cause e riflessi sul precetto penale	14
3.1. L'ordinamento "multilivello" e la globalizzazione del diritto	18
3.2. Economia e assiologia	27
4. La crisi assiologica del precetto penale	31
4.1. La transizione del precetto dalla norma al procedimento	36
5. La crisi comunicativa del precetto penale	40
5.1. La perdita di ruolo del legislatore e l'intraprendenza giurisprudenziale	45
5.2. I luoghi del precetto: fuga e ritorno al codice	57
6. La conoscibilità del precetto penale quale componente necessaria per l'osservanza	65
7. Dalla determinatezza all'accessibilità: la valorizzazione dei destinatari della norma	70
8. Alcune suggestioni sulle dinamiche cognitive del precetto	73

### CAPITOLO II

#### **Il comando come prodotto della "struttura del precetto penale": dal nesso tradizionale tra precetto e sanzione ai nuovi modelli di normatività**

1. La norma penale e la <i>struttura-comando</i>	79
--	----

2. Il declino della <i>struttura-comando</i> quale principale forma di espressione normativa	87
3. Il ruolo dei privati nel processo di modificazione della struttura delle norme	96
4. Dal <i>comando</i> all' <i>influenza</i> : le dimensioni del potere	101
4.1. Il <i>dietro front</i> della sanzione. La centralità del momento regolativo e l'avvento della <i>Responsive Regulation</i>	111
4.2. Il fenomeno della <i>soft law</i>	114
4.3. Il <i>nudging</i> : una normatività senza precetto e sanzione	118
4.4. La normatività tecnologica: <i>Legal Protection by Design, Code is Law, Ambient Law</i>	125
5. Dall'effettività come <i>successo</i> della norma...	134
6. All'effettività <i>fondativa</i> di nuove forme di normatività. Dissoluzione del dover essere nell'essere?	139
7. La riscoperta del valore dell'obbedienza, oltre la <i>struttura-comando</i> : l'effettività della norma penale	143

### CAPITOLO III

#### **Dal comando alla richiesta di *compliance*. Verso nuovi modelli d'integrazione tra la *funzione* e la *struttura* del precetto penale**

1. La crisi della struttura-comando nella norma penale	155
1.1. Dalla struttura-comando alla <i>compliance</i>	158
1.2. La circolarità del rapporto tra precetto e sanzione	163
2. La non punibilità: da luogo dell'eccezione a scopo della norma	165
2.1. Il diritto penale premiale come diritto esortativo	171
3. L'evoluzione delle pene prescrittive e l'emersione della <i>compliance</i> successiva alla violazione	176

3.1. Ipotesi applicative: la tutela ingiunzionale nel diritto ambientale	181
3.2 ( <i>segue</i> ) Gli incentivi alla segnalazione della crisi d'impresa	186
3.3 ( <i>segue</i> ) La vocazione premiale e preventiva del "sistema 231"	189
4. La valorizzazione del <i>post fatto</i> oltre il modello del delitto riparato	195
5. Quale futuro per il comando penale? Struttura "debole" per una funzione "forte"	199
<b>BIBLIOGRAFIA</b>	203



## INTRODUZIONE

Negli ultimi anni stiamo assistendo ad una profonda crisi di entrambi i contenuti della norma penale, il precetto e la sanzione; crisi che si riflette a sua volta sulla struttura della norma penale e sul suo funzionamento.

Da una parte v'è la polverizzazione del precetto, sempre più instabile e incapace di essere racchiuso nelle strette forme che la tipicità richiede. Il precetto si disperde, nelle forme più blande attraverso il rimando ad atti di tipo amministrativo che concretizzino la regola; nelle forme più insidiose il problema va ben oltre il fenomeno delle norme penali in bianco: il precetto si smaterializza facendosi procedura, tesa a far interagire i beni giuridici che vengono in gioco e a enucleare una regola d'azione concreta.

Dopo aver tentato una ricostruzione dello *status* della funzione comando, delle componenti "orientative" della norma e di come essa, affetta da forti fattori di crisi, abbia trovato una nuova valorizzazione nella giurisprudenza interna e sovranazionale, si passerà all'analisi del comando come struttura normativa. Il *comando-struttura* ha tradizionalmente inneronato tutto l'ordinamento rappresentando la tradizionale forma espressiva della giuridicità. Tale struttura si caratterizza per lo stretto e inscindibile rapporto tra componente precettiva e componente sanzionatoria potendo definirsi comando solo quella prescrizione alla cui violazione segua una sanzione. In tale analisi si cercherà di mettere in luce quale sia l'attuale ruolo di una simile struttura normativa nel mondo della giuridicità - e più in generale della normatività -, anche attraverso l'analisi delle più innovative forme di normatività, sottolineandone il ruolo recessivo in favore di forme di orientamento *soft*, di influenza.

Nell'ultimo capitolo si evidenzierà come la stessa componente afflittiva e, più in generale, sanzionatoria, risulti nei limiti del possibile in parziale arretramento, in favore di meccanismo di *compliance* penalistica che trovano il proprio punto di forza nell'utilizzo di forme di premialità. Dal meccanismo del *command and control* basato sulla prescrizione vincolante di

una certa condotta, seguita dal controllo sull'adesione o meno a tale obbligo alla cui violazione seguirà la sanzione, si vira verso quello della *compliance* che mira ad incentivare la spontanea adesione al precetto per mezzo di meccanismi diversi dalla prospettazione di una sanzione. In questa prospettiva, l'aver tenuto una specifica condotta successivamente alla commissione del fatto comporta la sottrazione del reo alla sanzione penale. La valorizzazione del post-fatto non solo in ottica riparatoria, ma anche di effettivo riallineamento alle richieste della legalità, apre ad un rapporto circolare tra precetto e sanzione sembra contribuire a creare un meccanismo di *compliance* indiretta nei confronti della norma primaria.

Da ultimo, dopo aver descritto le trasformazioni in atto, si apriranno gli interrogativi inerenti al futuro del comando penale, con particolare riguardo ad una eventuale separazione tra la struttura e la funzione del comando.



## CAPITOLO I

### Il comando come funzione del precetto penale

SOMMARIO 1. L'oggetto dell'indagine: il comando come *funzione* e il comando come *struttura* della norma penale. - 2. La funzione comando e l'orientamento delle condotte. - 3. La crisi della legge: sue cause e riflessi sul precetto penale. - 3.1. L'ordinamento "multilivello" e la globalizzazione del diritto. - 3.2. Economia e assiologia. - 4. La crisi assiologica del precetto penale. - 4.1. La transizione del precetto dalla norma al procedimento. - 5. La crisi comunicativa del precetto penale. - 5.1. La perdita di ruolo del legislatore e l'intraprendenza giurisprudenziale. - 5.2. I luoghi del precetto: fuga e ritorno al codice. - 6. La conoscibilità del precetto quale componente necessaria per l'osservanza. - 7. Dalla determinatezza all'accessibilità: la valorizzazione dei destinatari della norma. - 8. Alcune suggestioni sulle dinamiche cognitive del precetto.

#### 1. L'oggetto dell'indagine: il comando come *funzione* e il comando come *struttura* della norma penale

L'oggetto dell'indagine, nella sua parte iniziale, è il rapporto esistente tra funzione comando<sup>1</sup> della fattispecie incriminatrice e la struttura del comando medesimo. Tali nozioni, pur inscindibilmente legate, paiono oggi subire un progressivo processo di disallineamento, che ne mette in luce specificità prima celate.

L'esame delle forze a cui la post-modernità sta sottoponendo l'intero mondo della normatività, compiuto mediante l'analisi delle principali direttrici che investono il mondo della giuridicità - e più in generale della normatività - consente di cogliere le peculiarità che il comando come struttura ha sviluppato rispetto al comando come funzione.

L'intero fenomeno giuridico riflette, infatti, le linee di sviluppo che investono le forme espressive del potere e, in definitiva, l'intera società data l'innegabile connessione esistente tra il diritto, la forma in cui esso si esprime e l'estrinsecazione della forza dello Stato; connessione che si fa

---

<sup>1</sup> La messa a fuoco della funzione di comando della norma penale, quale dimensione distinta e contrapposta a quella di garanzia si deve a P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1982, 22 ss.

ancor più stretta con riguardo al diritto penale. Quest'ultimo, infatti, da sempre si trova a fare i conti con il mantenimento del delicato equilibrio tra l'esigenza che lo Stato abbia la forza necessaria per far rispettare le leggi, garantendo così la sicurezza e la libertà dei cittadini, e quella per cui la società stessa debba essere depositaria di una forza in grado di «controllare e incatenare uno Stato forte»<sup>2</sup>. Se è vero che gli equilibri tra autorità e libertà dipendono anche dal diritto penale, si può dire che è anche lo stesso diritto penale a risentire del modo con cui il rapporto tra autorità e libertà si declina all'interno del sistema di potere e della società cui si fa riferimento.

Tra le pieghe delle profonde modificazioni delle strutture della giuridicità, occorrerà rintracciare quale sia lo stato del comando penalistico, quale il ruolo della funzione comando e quale l'attuale rapporto tra la componente comunicativa e quella sanzionatoria della norma penale, nel tentativo di comprendere se e in che termini la fattispecie penale stia subendo gli effetti di tali processi evolutivi.

Secondo la teoria kelseniana, nella quale tutto il diritto moderno trova solido radicamento, il problema del rapporto tra forza e diritto si declina in termini di essenzialità della prima per l'esistenza del secondo. La sanzione, difatti, non rappresenta in tale teorica il mezzo per ottenere il comportamento richiesto dalla norma, ma la condizione di esistenza della norma stessa, che è tale proprio perché contiene una sanzione. Le conseguenze di una o dell'altra impostazione sono, come si comprende, molto rilevanti. Se la sanzione è un *mezzo* della norma, essa può essere sostituita, o quantomeno affiancata, da strumenti che siano in grado di raggiungere il medesimo risultato perseguito; se essa è invece carattere essenziale della norma,

---

<sup>2</sup> D. ACEMOGLU, A. ROBINSON, *La strettoia*, Milano, 2020, 14. Gli autori ripercorrono, analizzandoli, i modelli con cui, nel corso della storia, le società sono riuscite a bilanciare la forza delle istituzioni con quella dei cittadini, in grado di tenere il Leviatano sotto controllo, impedendo che questi degradi in un mostro oppressivo. Solo tale equilibrio, che può crearsi in uno stretto corridoio (*narrow corridor*) è il titolo originale dell'opera), garantisce il rispetto della libertà.

in quanto tale, allora non è in alcun modo sostituibile, pena la perdita del carattere giuridico della stessa.

L'identificazione del carattere giuridico con la sanzione è debitrice dell'idea secondo cui il diritto è un apparato ontologicamente coercitivo, a sua volta fondata su una concezione "antropologicamente negativa" secondo la quale, se lasciato libero da vincoli, l'uomo tende sempre al male<sup>3</sup>. Essendo la coazione o la sua minaccia gli unici mezzi con i quali arginare i naturali istinti negativi degli uomini, esse finiscono per rappresentare la specificità del diritto, il suo ruolo esclusivo e lo stesso confine del mondo giuridico. Come è stato evidenziato, infatti, tutto il nostro diritto sembra in definitiva fondarsi non solo sulla convinzione che senza la forza il diritto risulti impotente, ma sull'idea che senza di essa il diritto non sia nemmeno diritto<sup>4</sup>.

La convinzione di cui si è detto - secondo la quale l'essenza della norma giuridica risiede nel fatto che essa colleghi una sanzione ad un determinato comportamento - conduce ad un'inversione tra norma primaria e secondaria<sup>5</sup> e, di conseguenza, ad individuare il destinatario del precetto normativo non nel consociato, chiamato ad evitare il comportamento illecito, bensì nel giudice chiamato ad intervenire in seguito alla violazione.

La sanzione non è, nella ricostruzione operata dai giuristi del XX secolo, lo strumento di realizzazione della legge - intesa come l'insieme delle

---

<sup>3</sup> Evidenzia il legame tra concezione negativa dell'uomo, «modello sfiduciario» e il ruolo centrale riconosciuto alla coazione nella struttura del diritto, T. GRECO, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Bari, 2021, 14 ss. L'autore sottolinea come, seppure sia rintracciabile in tempi antichi il germe della sfiducia nell'uomo, è ai moderni che si deve la generalizzazione della convinzione secondo cui «molti non sono per natura portati ad obbedire per rispetto, bensì per paura, né ad astenersi dalle cose cattive per la loro torpitudine, bensì per le punizioni», e di aver fatto di questa convinzione la base per un modello unico di diritto.

<sup>4</sup> T. GRECO, *La legge della fiducia*, cit., 16.

<sup>5</sup> V. H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, a cura di S. Cotta, G. Treves, 6<sup>a</sup> ed., Milano, 2009, 61 secondo il quale «Se pure esiste, la prima norma [quella cioè che proibisce il comportamento] è contenuta nella seconda [quella che stabilisce la sanzione], che è l'unica norma giuridica genuina. [...] La prima norma, che richiede la omissione dell'illecito, dipende dalla seconda, la quale predispose la sanzione. Tale dipendenza la possiamo esprimere designando la seconda norma come la norma primaria, e la prima norma come quella secondaria.

norme primarie – ma come l’oggetto della stessa – intesa come insieme di norme secondarie. Ed infatti, nella teorica kelseniana non si rinviene alcun richiamo al potere motivante del precetto sulle azioni dei cittadini, le cui violazioni rappresentano unicamente la condizione di applicazione della sanzione<sup>6</sup>. Lo stesso precetto, di per sé, non ha alcuna valenza obbligatoria ma ciò che obbliga è la sanzione: «il comportamento prescritto non è il comportamento dovuto: quello che è dovuto è la sanzione. Il fatto che un certo comportamento sia prescritto significa che il contrario di questo comportamento condiziona il dover essere della sanzione»<sup>7</sup>.

Simile ricostruzione trova archetipica conferma nella fattispecie penale, nella quale la componente sanzionatoria riveste un ruolo fondativo, secondo l’adagio del *nullun crimen sine poena*. Il diritto penale ritrova la propria ontologia nella presenza di una sanzione penale (*rectius* punitiva)<sup>8</sup>, dalla quale non può separarsi se non al costo di rinunciare alla propria essenza: «essa è la norma che per eccellenza si esprime mediante il linguaggio della precettività e della sanzione»<sup>9</sup>.

Proprio in quest’ottica la funzione di orientamento che la fattispecie svolge non è mai stata scissa dalla sua struttura di comando; si tratta di concetti che sono da sempre ritenuti inscindibilmente legati all’interno della norma penale che è norma “sanzionatoria” (*rectius*: sanzionata) per eccellenza. La trattazione della funzione comando, come capacità della norma penale di orientare positivamente la condotta dei suoi destinatari attraverso la positiva proclamazione di valori e di beni giuridici degni della massima

---

<sup>6</sup> H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., 61: «Il diritto è la norma primaria, la quale predispose la sanzione, e questa norma non è contraddetta dall’illecito del suddito, che, al contrario, è la condizione specifica della sanzione».

<sup>7</sup> H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto* (1960), a cura di M.G. Losano, Torino, 1966, 36.

<sup>8</sup> Ben noto l’ampio dibattito in ordine alla delimitazione della c.d. *matière pénale*, che ha preso avvio dall’estensione da parte della Corte Edu delle garanzie della Carta dei diritti dell’uomo a tutte le sanzioni che avessero carattere punitivo, auspicando un superamento di quel *labelling approach* proprio dell’ordinamento interno, che legava la natura penale di una norma alla presenza di una sanzione penale tra quelle previste all’art. 17 c.p.

<sup>9</sup> Sul rapporto tra fattispecie e sanzione, con una felice metafora coniugale, M. PAPA, *Fantastic Voyage. Viaggio attraverso la specialità del diritto penale*, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 2019, 130 ss.

protezione, è rimasta strettamente connessa con la forma espressiva del comando, cioè con la prospettazione della minaccia di una sanzione. In questa accezione, il comando, inteso come mezzo di funzionamento delle norme, non può scindersi dalla sanzione sua propria: è comando in quanto la violazione di quanto prescritto comporta una reazione, una coazione. La coazione assume anche un valore psicologico, in quanto interviene in veste di *motivo* nei processi formativi dell'atto umano, sia quando essa si pone come minaccia - prima della violazione del precetto - sia quando diventa effettiva costrizione.

Pur vero che la norma penale orienta per il tramite della minaccia di una sanzione che viene inflitta in seguito alla violazione del precetto di astenersi dal ledere un certo bene giuridico, non può tuttavia negarsi alla componente meramente precettiva una propria autonomia. La stessa norma, come strumento di esercizio del potere che mira a far aderire i cittadini al proprio contenuto precettivo, ha una struttura persuasiva ed una coercitiva. Difatti, occorre fin da subito evidenziare come il comportamento conforme alla legge non sia frutto, unicamente, della mera paura di essere puniti, ma il risultato di una serie di fattori legati anche - e almeno in parte - al processo di interiorizzazione delle norme da parte dei loro destinatari. In tal senso, il tema è fortemente connesso alla distinzione che, in sede di prevenzione generale, viene effettuata tra la funzione di deterrenza in senso stretto e la c.d. prevenzione positiva. Se con riguardo alla prima si fa riferimento all'orientamento tradizionalmente dominante, secondo il quale la capacità general preventiva della fattispecie penale è legata alla minaccia della pena e, dunque, alla sua effettiva inflizione, la prevenzione generale positiva guarda invece alla forza "autonoma" del precetto.

Il riferimento è, in questo caso, alle posizioni dottrinali secondo le quali «il cardine dell'efficacia motivazionale del diritto penale deve essere

spostato dalla *sanzione al precetto*<sup>10</sup>. Esse non negano certo la centrale rilevanza della sanzione – e della sua forza intimidatrice – nell’economia della norma penale, né con essa il peso che la concreta applicazione della pena in seguito alla commissione dell’illecito gioca nel rafforzare il precetto posto, ma ritengono che essa non debba costituire il perno centrale e unico della norma penale. Le teorie in esame, che rappresentano un’interessante evoluzione delle teorie sulla prevenzione generale, tendono a «superare i limiti del puro meccanismo intimidativo, per esaltare invece le componenti generalpreventive di tipo educativo»<sup>11</sup>. Alla pena viene dunque chiesto, in tale prospettiva, di rappresentare un «fattore di credibilità della norma, cioè del desiderio effettivo, e non solo formale, dell’ordinamento che i suoi divieti vengano rispettati»<sup>12</sup>. La norma penale opera in due distinti modi: da un lato come orientamento culturale, dall’altro come pressione motivazionale.

A fondamento di simile evoluzioni risiedono, almeno in parte, i limiti mostrati dalla la prevenzione generale c.d. negativa (mediante intimidazione). Sotto il profilo empirico, infatti, è emerso come le reali motivazioni per le quali il destinatario della norma rispetta quanto in essa prescritto non siano legate unicamente alla minaccia e all’effetto intimidativo svolto dalla previsione punitiva, ma anche a «variabili di controllo interno»<sup>13</sup> connesse

---

<sup>10</sup> L. EUSEBI, *La pena “in crisi”. Il recente dibattito sulla funzione della pena*, Brescia, 1990, 48. V. anche C. PEDRAZZI, voce *Diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, IV, 1990, 67 il quale, con riferimento alla prevenzione generale, afferma come «la dottrina più consapevole non la intende come mera intimidazione, ma come azione socialpedagogica, intesa a rafforzare nella coscienza dei consociati una tavola di valori con le conseguenti direttive di comportamento».

V. ANDENAES, *La prevenzione generale: illusione o realtà?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1953, 269 ss. *General Prevention Revisited: Research and Policy Implications*, in *The Journal of Criminal Law and Criminology*, 1975, 338 ss.; ID.; M. ROMANO, F. STELLA (a cura di), *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna, 1980; V. MILITELLO, *Prevenzione generale e commisurazione della pena*, Milano, 1982, 83; DE VERO, *L’incerto percorso e le prospettive di approdo dell’idea della prevenzione generale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 439. A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, 8<sup>a</sup> ed., Milano, 2003, 677 ss.; W. HASSEMER, *Perché punire è necessario. Difesa del diritto penale*, Bologna, 2012, 96 ss.

<sup>11</sup> F. PALAZZO, *Corso di diritto penale, Parte generale*, 7<sup>a</sup> ed., Milano, 2018, 20. Per un quadro generale cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, 11<sup>a</sup> ed., Padova, 2020, 762 ss.

<sup>12</sup> L. EUSEBI, *La pena “in crisi”. Il recente dibattito sulla funzione della pena*, cit., 53

<sup>13</sup> L. EUSEBI, *La pena “in crisi”. Il recente dibattito sulla funzione della pena*, cit., 24

al grado di interiorizzazione del precetto e del bene giuridico da questo tutelato<sup>14</sup>.

Come si metterà in evidenza più avanti, le trasformazioni in atto hanno investito anche il precetto penale: da un lato, con riguardo alla funzione di comando, ovvero alla capacità della norma di orientare il comportamento dei cittadini trasmettendo in positivo – contrariamente rispetto alla formulazione sotto forma di divieto – i valori che in una determinata società meritano la massima tutela. Ma anche con riferimento alla stessa struttura imperativa della norma, cioè al comando inteso come strumento per mezzo del quale si orienta la condotta altrui.

Si è già anticipato come i due concetti, sebbene mai distinti all'interno dell'analisi della norma penale – perché di tale separazione non si è mai avvertita la necessità – si riferiscano a due componenti distinte.

La funzione di orientamento comportamentale è svolta dal precetto che, sebbene rafforzato dalla presenza della sanzione, gode di una propria autonomia. Alla componente “informativa” della norma va riconosciuta, infatti, una specifica funzione che prescinda dalla componente sanzionatoria.

Il comando, invece, è la struttura e lo “scheletro” della norma incriminatrice. È il *mezzo* con il quale l'ordinamento interagisce con il destinatario della norma e rappresenta, dunque, il funzionamento della norma stessa. Del resto, si comanda ciò che può essere forzatamente sanzionato in caso di

---

<sup>14</sup> Il tema è a sua volta connesso con quello del rapporto tra diritto penale e consenso. Sul punto, cfr., per tutti, C.E. PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 849 ss. il quale mette ben in luce il rapporto esistente tra il consenso retrostante alla norma (consenso come *input*) e il grado di osservanza della norma stessa (consenso come *output*). Il suddetto rapporto è a sua volta a fondamento del principio di effettività, inteso quale obiettivo verso il quale la norma penale deve tendere e consistente nella conformità dei comportamenti dei destinatari a quanto da questa prescritto; l'effettività della norma penale, dunque, non deve esaurirsi nell'effettualità della sanzione e dunque coincidere la misurazione statistica dell'applicazione punitiva, poiché una norma che sia raramente osservata ma la cui trasgressione sia regolarmente sanzionata non può essere paragonata, in termini di efficacia, a quella il cui precetto sia generalmente osservato dai destinatari. Sul punto, sul quale si tornerà successivamente al Cap. 2, par. 7, v. C.E. PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 434 ss.

mancata adesione da parte da parte del destinatario dello stesso<sup>15</sup>.

## 2. La funzione comando e l'orientamento delle condotte

Si è detto che l'analisi del comando si può biforcare nell'esame della funzione e della struttura. Più in particolare, questi diversi, ma affini, concetti costituiscono i due poli attorno ai quali ruoterà l'intera ricerca.

Da una parte vi è infatti il comando inteso come struttura della norma penale. Da questo punto di vista ciò che viene messo in evidenza è lo specifico rapporto sussistente tra componente precettiva e componente sanzionatoria. Il comando, infatti, si differenzia da altre forme normative per il fatto che il suo contenuto precettivo è dotato di obbligatorietà e sanzionabilità. La norma penale rappresenta l'archetipo di tale struttura. Il carattere penale della stessa è ontologicamente legato alla natura punitiva

---

<sup>15</sup> Una simile distinzione la si può ritrovare in quella che Marsilio da Padova nel suo *Defensor pacis* opera con riferimento al termine "precetto", individuandone due accezioni: da un lato l'atto del comando, proveniente da chi emana il precetto; dall'altro il contenuto, l'oggetto della volizione di chi lo emana. Marsilio da Padova, *Defensor pacis*, 1324, 2001, 540 (trad. it. Mario Conetti) «Precetto [*preceptum*] ha una duplice accezione: innanzitutto, secondo l'accezione attiva, indica l'atto di chi lo emana, quando diciamo che la volontà stessa di chi detiene il potere, come il re o un altro governante, è di per sé un precetto. In altra accezione, precetto si dice del contenuto dell'atto di chi lo emana, quando diciamo che il servo ha compiuto il precetto del padrone, non perché il servo abbia compiuto l'atto che spetta al padrone, emanare il precetto o comandare, ma perché il servo ha eseguito ciò che era contenuto nell'azione del padrone, cioè il comando.» Il testo è ritenuto da molti un'opera di assoluto rilievo se letto nell'ottica della logica deontica.

La medesima distinzione ritorna in una seconda opera dell'autore. V. Marsilio da Padova, *Defensor minor*, 1342, 1979, p. 270 (trad. it. Cesare Vasoli): «Il termine 'precetto' e 'proibizione' possono avere due intenzioni o significati, cioè a seconda che con il termine 'precetto' o 'proibizione' s'intendano gli "atti di prescrivere" (ossia il precetto proveniente da chi prescrive quasi inteso in senso attivo) o si intendano con i termini predetti non "l'atto di prescrivere" di colui che prescrive o comanda, ma piuttosto l'atto o l'opera di colui al quale viene impartito il precetto, quasi in senso passivo; in quel modo, insomma, per cui diciamo, nell'uso comune, che il servo ha eseguito il precetto del padrone quando ha fatto od omesso ciò che il suo padrone gli aveva prescritto di fare od omettere, come, ad esempio, bardare un cavallo, versare il vino ed altri simili servizi. In questo senso 'precetto' o 'proibizione' significa o indica "cosa comandata" e non "comando" o "atto di prescrivere" in senso attivo, perché ciò non può fare il servo in quanto servo, ma solamente il padrone.»

della sanzione<sup>16</sup>, secondo il fondante principio del *nullum crimen sine poena*.

In secondo luogo, il comando rappresenta anche la *funzione* della norma penale<sup>17</sup>, intesa come finalità di orientamento.

In quanto funzione, essa non è, di per sé, inscindibilmente legata ad un mezzo. La funzione si definisce come attività diretta al raggiungimento di un fine, un obiettivo, che in questo caso è, appunto, l'orientamento comportamentale dei consociati. Essa dunque, in quanto tale, può essere assolta per mezzo di strumenti differenti e, nello specifico della norma essa può essere esercitata anche per il tramite di strutture normative differenti.

Tornando all'analisi della funzione comando, si deve evidenziare come, pur all'interno dell'inscindibile legame di cui si è detto, nella norma penale il ruolo svolto dal precetto assume da sempre un'importanza fondamentale. Tra le funzioni che la fattispecie svolge nel suo rapporto con il destinatario, di centrale rilevanza, è infatti quella "comunicativa". Dettando regole di condotta – siano esse positive come nei comandi in senso stretto o negative nella forma del divieto – la fattispecie si propone di orientare il comportamento dei cittadini ai quali si rivolge, prima e, in parte, a prescindere dalla minaccia della pena<sup>18</sup>. Da sempre si sottolinea come, attraverso i precetti e le pene, il diritto penale attua il suo scopo principale, che è quello

---

<sup>16</sup> Ben noti, in proposito, gli sviluppi che la tematica del carattere "sostanzialmente" penale della sanzione ha affrontato negli anni. Sul tema, *ex multis*, AA. VV., *La matière pénale» au sens de la Convention européenne des droit de l'homme, flou du droit pénal*, in *Rev. sc. crim. Et droit pén. Comp.*, 1987, 819 ss.; D. BIANCHI, *Il problema della "successione impropria": un'occasione di (rinnovata?) riflessione sul sistema del diritto punitivo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 322 ss.; F. CONSULICH, *"Materia penale" e tutela dei beni giuridici nello spazio unitario europeo*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, 65 ss.; V. MANES, *Profili e confini dell'illecito parapenale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 988 ss.; F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017.

<sup>17</sup> Per una trattazione delle funzioni svolte dalla fattispecie incriminatrice v. M. PAPA, *Fantastic Voyage*, cit.

<sup>18</sup> G. FORTI, *La cura delle norme, Oltre la corruzione delle regole e dei saperi*, Milano, 2018, 130 ss.; ID., *Le ragioni extrapenali dell'osservanza della legge penale: esperienze e prospettive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 3., 2013, 1108 ss. Sulla relazione tra destinatario e norma, e sul carattere *narrativo* di quest'ultima v. PAPA M., *Fantastic Voyage*, cit., 108.

di «rendere gli uomini migliori, e non più miserabili»<sup>19</sup>. Lo scopo della norma non è dunque la sanzione, bensì l'adesione a quanto prescritto.

Proprio perché il precetto si pone quale presupposto sostanziale del giudizio di responsabilità, e quindi di colpevolezza, esso deve essere comprensibile nella sua interezza; i confini tra ciò che è comandato o vietato e ciò che è invece lecito devono essere tracciati in modo tassativo e devono sussistere al momento della decisione comportamentale<sup>20</sup>.

La valorizzazione delle componenti e funzioni comunicative del precetto si lega, come noto, alla funzione general preventiva, di carattere positivo, riconosciuta alla pena. La prevenzione generale positiva, che si attua certamente per mezzo della minaccia di pena, «presuppone necessariamente un *medium*, funziona, cioè, soltanto in virtù di processi di trasmissione e di comunicazione»<sup>21</sup>. Tanto più la pena guarda al futuro e in essa si scoloriscono le componenti retrospettive a carattere retributivo, tanto più si rafforza la pretesa di norme chiare e concise, in grado di comunicare con il destinatario e garantire ad esso la certezza di quali siano i confini del precetto e quali le conseguenze in caso di violazione. La fattispecie è infatti una *specie facti*, la «costruzione di un modello, [...] questo è ciò che di esso ai sudditi si fa vedere (*specie*) affinché regolino la loro condotta»<sup>22</sup>.

La teoria normologica che più valorizza tale componente è la teoria imperativistica, sulla quale si tornerà più approfonditamente con riferimento alla struttura-comando. Sebbene essa affondi le sue radici nel diritto romano, la sua formulazione in chiave moderna si fa risalire all'opera di

---

<sup>19</sup> J. E. M. PORTALIS, *Discours préliminaire sur le premier projet de code civil*, (1801), Bordeaux, 2004, 21.

<sup>20</sup> Cfr. P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1982, 39 il quale, su tali presupposti, afferma che nella prospettiva delle norme-comando «il principio di legalità in ordine al comando è una categoria logica del diritto penale».

<sup>21</sup> W. HASSEMER, *Il diritto attraverso i media: messa in scena della realtà?*, in *Ars Interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica*, IX, *Mediazione ed ermeneutica*, 2004, 147 ss.

<sup>22</sup> F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, 3ª ed., Roma, 1951, 230.

Thon<sup>23</sup>, e solo dal connubio con il positivismo giuridico, di cui ha rappresentato uno dei tratti costitutivi<sup>24</sup>, essa ha tratto quel vigore che le ha consentito di rappresentare fino ad oggi il fondamento, esplicito o implicito che fosse, della norma penale. Essa è al contempo la più risalente tra le moderne teorie della norma penale ma anche quella che ha subito le più severe critiche e alla quale, di volta in volta, sono state preferite ricostruzioni alternative.

Secondo tale teoria la struttura della norma penale si impennerebbe sul comando. La fattispecie è un comando, di astensione, che si rivolge ai cittadini ai quali prospetta, in caso di violazione, la minaccia della più severa tra le sanzioni. Nell'opinione tradizionale, dunque, la norma penale assume la struttura di imperativo, in accordo con quella che era l'idea predominante della norma giuridica<sup>25</sup>. In questa prospettiva, l'imperativo consisterebbe nell'appello di una volontà superiore ad una volontà inferiore. Proprio da tale carattere che muovono le più importanti critiche che hanno portato la teoria imperativistica a perdere smalto perfino tra i penalisti. Il principale rimprovero mosso a tale teorica, e da cui principiano tutte le ricostruzioni alternative nel tempo proposte, prende le mosse dalla critica dell'asserito rapporto tra norma e destinatario<sup>26</sup>. Intendendo la norma come comando, infatti, si presuppone che il destinatario sia sempre in grado di recepire quanto ordinatogli. Tale presupposto si scontra, secondo i critici di tale teorica, con alcuni dati caratterizzanti l'intero ordinamento penale e inoculati in specifiche norme del codice.

Non è tanto l'affermazione secondo cui alcune (il maggior numero per

---

<sup>23</sup> A. THON, *Norma giuridica e diritto soggettivo. Indagini di teoria generale del diritto*, 2<sup>a</sup> ed., Padova, 1951, 11 ss.

<sup>24</sup> N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico. Lezioni di filosofia del diritto*, Torino, 1997, 129 ss.

<sup>25</sup> Aderiscono espressamente all'opzione imperativistica, tra i penalisti B. PETROCELLI, *L'antigiuridicità*, Padova, 1945, 35 ss.; G. BELLAVISTA, *Il problema della colpevolezza*, Palermo, 1942, 162 ss.; A. PECORARO ALBANI, *Il dolo*, 1955; M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, I, Torino, 1999, 17.

<sup>26</sup> Per una efficace ricostruzione delle critiche mosse alla teoria imperativistica, v. A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003, 31 ss.

vero) delle norme penali funzioni come imperativo ad aver portato la teoria ad essere progressivamente abbandonata, bensì la pretesa che tutte le norme siano strutturate come tali e che diversamente non possa essere, finendo per escludere dal perimetro della giuridicità quelle norme che in tal modo non fossero costruite<sup>27</sup>. La pretesa di negare giuridicità alla norma che non richieda, come elemento indispensabile per la propria applicazione, l'appello attuale alla volontà dei sudditi si scontrava, secondo chi avversava simile ricostruzione, con la allora concreta applicabilità delle norme penali anche ai destinatari che fossero incapaci di intendere e di volere, come nei casi di *ignorantia legis* scusabile, colpa incosciente e le molteplici ipotesi di responsabilità oggettiva.

Inoltre, si sottolineava come le norme penali non siano costruite in termini di violazione di un comando e la tipicità del fatto non riproduca la struttura imperativa, avvicinandosi di più ad un giudizio su un accadimento.

Dunque, alla ricostruzione secondo cui la norma penale costituirebbe prima di tutto un comando indirizzato alla mente del cittadino – ricostruzione che, come si è detto, attualmente non gode di un particolare credito – si è preferito affiancare, fino a sostituirlo, il paradigma che individua la funzione principale della norma penale in quella di garanzia. La norma, dunque, prima di comandare di tenere o astenersi dal tenere un dato comportamento, conterrebbe regole di giudizio indirizzate al giudice e la sua funzione sarebbe dunque quella di circoscrivere il potere punitivo dello Stato.

---

<sup>27</sup> Secondo L. CORNACCHIA, *Lex imperfecta: ciò che sopravvive della Normetheorie di Binding nella dottrina penale*, in *Criminalia* 2016, 355, l'assunto in cui si compendiano tutte le critiche che nel tempo sono state mosse alla teoria imperativistica è quello secondo cui comando e norma sono in realtà due concetti eterogenei, afferenti a mondi diversi. La norma è infatti un fenomeno complesso che, in quanto tale, non si lascia ridurre ad imperativo.

Lo stesso autore sottolinea l'importanza, anche per la teoria del reato, di interrogarsi ancora sul significato delle strutture normative dell'ordinamento giuridico penale, e dunque di compiere un'indagine normologica della fattispecie penale. L'Autore evidenzia come le indagini sulla struttura della norma abbiano un'importanza decisiva a fini dogmatici; tali ricerche, se valorizzate adeguatamente, permetterebbero di reimpostare in maniera più soddisfacente una serie di questioni che investono la teoria del reato. V. *ivi*, 347 ss.

Seguendo tale diversa ricostruzione, che affonda le proprie radici nella generale convinzione che il compito del diritto penale risieda nella stabilizzazione delle aspettative piuttosto che nella guida del comportamento<sup>28</sup>, la norma, lungi dall'essere un comando, rappresenterebbe piuttosto un giudizio; essa non mirerebbe ad orientare il comportamento dei destinatari ma semplicemente ad esprimere un giudizio su un accadimento. Lo stesso principio di determinatezza è stato declinato esaltandone la *ratio* di garanzia dal momento che la formulazione chiara del precetto, prima che orientare il destinatario dello stesso, servirebbe a contenere l'attività interpretativa del giudice e dunque preservare il cittadino mettendolo al riparo dagli arbitri dell'autorità.

Tuttavia, seppur scolorito, il paradigma imperativista non è del tutto scomparso dal perimetro della norma penale, a prescindere dall'adesione esplicita alla preconcezione, propria di tutti i penalisti, secondo cui «le norme penali sono intese come precetti a contenuto imperativo dotati di sanzione»<sup>29</sup>. Ciò trova ragione nel fatto che la sanzione più afflittiva dell'ordinamento è la pena, e dunque la struttura di comando sarebbe inevitabilmente quella propria delle norme del sistema criminale<sup>30</sup>. Il successo della teoria in esame presso i penalisti si deve anche al fatto che essa rappresenta il naturale substrato del principio di determinatezza: dato che può essere oggetto di incriminazione solo ciò che è espressamente previsto dalla legge, la fattispecie deve giocoforza prescrivere determinati comportamenti, in modo da poter considerare assolutamente leciti tutti quelli che non siano vietati o comandati, apprestando così un tassativo criterio di orientamento per i consociati. Essa infatti «non si limita a descrivere e ricostruire l'accaduto, a registrare che qualcosa di nuovo è entrato nella natura o nella storia,

---

<sup>28</sup> N. LUHMANN, *La funzione del diritto: sicurezza delle aspettative o guida del comportamento?*, in ID., *La differenziazione del diritto*, Bologna, 1990, 81 ss.

<sup>29</sup> L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, 2004, 56 ss.

<sup>30</sup> L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, cit. 57.

ma vuole attribuire all'evento un significato e trarre da esso una linea di condotta, un dover fare o non fare degli uomini»<sup>31</sup>.

Come si avrà modo di mettere in luce, gli sforzi dottrinali che nel tempo hanno teso ad inserire nell'ambito di queste ipotesi i correttivi rispondenti al principio di colpevolezza, dovrebbero, almeno in parte, poter placare le critiche alla teoria imperativistica potendo recuperarne il profilo di valorizzazione del contenuto "comunicativo" insito nel comando penale. Infatti, sebbene la funzione di orientamento comportamentale - e con essa la ricostruzione imperativistica della norma penale - sia in larga misura screditata, essa pare essere tornata di attualità nel più ampio dibattito in ordine all'incertezza del diritto e al ruolo svolto dal giudice.

### **3. La crisi della legge: sue cause e riflessi sul precetto penale**

Come noto, negli ultimi anni si assiste ad un fenomeno di sgretolamento delle forme giuridiche per come tradizionalmente intese, almeno da tre secoli a questa parte. La legge, fonte e forma giuridica per eccellenza<sup>32</sup>, di fondante rilevanza nel settore penalistico, del quale rappresenta la *forma essendi*, sta subendo un declino. Una crisi che si sostanzia nel progressivo affievolimento del dogma della centralità della legge e le cui cause sono riconducibili ad una pluralità di fattori.

Economia e sviluppo tecnologico rappresentano le principali direttrici attraverso le quali individuare e ripercorrere le maggiori trasformazioni che hanno investito le società moderne annoverandosi tra le principali cause della crisi delle regole giuridiche, avendo contribuito a dare vita a quella

---

<sup>31</sup> N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 1, 37.

<sup>32</sup> Sul tema della perdita di valore della forma e del suo scollamento rispetto alla funzione, con specifico riferimento alle ricadute in ambito penalistico, M. PAPA, *Dal codice penale "scheumorfico" alle playlist. Considerazioni inattuali sul principio di riserva di codice*, in *Dir. pen. cont.*, 5, 2018, 129 ss.; ID., *Fantastic Voyage*, cit., 161.

«società del rischio»<sup>33</sup> alla quale non si è saputa contrapporre una struttura politica e sociale in grado di farvi adeguatamente fronte.

Ma non è solo la legge a subire radicali mutamenti. Pare infatti importante sottolineare che la crisi non riguarda unicamente la fonte di legittimazione delle regole, e cioè la legge, ma la forma giuridica in quanto tale. È il diritto come fenomeno sociale a subire vistosissime evoluzioni, risultato dei mutamenti cui la post-modernità sta sottoponendo le categorie del mondo. Da tali mutamenti il diritto, in quanto “strumento sociale”, non può prescindere; dell’evoluzione della società e delle forme di potere deve tenere conto e alle esigenze da essa sollevate è costretto, prima o poi, a rispondere. Non si è certo di fronte alla «fine del diritto»<sup>34</sup>, ma ci troviamo al cospetto del tramonto di una certa forma e un certo modo di intendere la giuridicità.

Di tali complesse trasformazioni la scienza penale non è stata ancora del tutto investita, ma iniziano a scorgersi anche all’interno della più rigida delle materie, i sintomi di questa evoluzione.

Al contrario, è certamente avvertita anche dal diritto punitivo la crisi delle fonti, di cui la dottrina parla da tempo senza soluzione di continuità<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> Fondamentale sul tema U. BECK, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, (trad. it.), Roma, 2013.

<sup>34</sup> È lo stimolante titolo del libro di Pietro Rossi, che raccoglie le riflessioni di alcuni dei più eminenti giuristi che si sono occupati del tema della trasformazione delle forme giuridiche. V. P. ROSSI, *Fine del diritto?*, Bologna, 2014.

<sup>35</sup> Sulla crisi della legge penale, *ex multis*, F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un ‘principio’ fondamentale*, in *Quad. fior.*, 2007, 1279 ss.; G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, *ivi*, 1271 ss.; ID., *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell’età del protagonismo giudiziario*, in *Criminalia* 2011, 79 ss; A. GARGANI, *Verso una ‘democrazia giudiziaria’? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo*, in *Criminalia* 2011, 99; C. F. GROSSO, *Il fascino discreto della conservazione (considerazioni in margine all’asserita crisi del principio di riserva di legge in materia penale)*, in *Criminalia* 2011, 125 ss. V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili di intersezione tra diritto nazionale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012.; F. GIUNTA, *Al capezzale del diritto penale moderno (e nella culla, ancora vuota, del suo erede)*, in *Criminalia* 2015, 383 ss.; Tavola rotonda *Le due legalità: quale convivenza nel diritto penale* (ne discutono F. Fiandanese, V. Maiello, S. Riondato, A. Vallini), in *Criminalia* 2013, 205 ss.; C. E. PALIERO, *Il diritto liquido. Pensieri post-Delmasiani sulla dialettica delle fonti penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1009 ss.; B. PASTORE, *Le fonti, la piramide, la rete: per un ripensamento del principio di legalità*, in B. PASTORE, *Interpreti e fonti nell’esperienza giuridica contemporanea*, Padova, 2014; D. PULITANO, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 29 ss.; ID., *Paradossi della legalità, Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2016, 1, 228 ss.; A.

La crisi della legge, quale fenomeno ricollegabile, come si è detto, ad un più ampio processo di mutamento delle forme giuridiche, ha avuto forti ripercussioni sulla forma e sulla sostanza del precetto penale. Le cause che hanno portato alla crisi della forma-legge, dunque, hanno influenzato anche il modo di essere del precetto, intaccando la capacità della norma di orientare i comportamenti dei consociati.

Di fronte alla caduta degli «assiomi della legalità al singolare», il precetto è polverizzato e diffuso su molteplici livelli, trovando il proprio *ubi consistam* negli spazi di intersezione tra le fonti, propri della c.d. interlegalità<sup>36</sup> che porta allo scollamento dei due poli del binomio di forma e sostanza

---

BERNARDI, *Il difficile rapporto tra fonti interne e fonti sovranazionali*, in C. E. Paliero, S. Moccia, G. De Francesco, G. Insolera, M. Pellissero, R. Rampioni, L. Risicato (a cura di), *La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali*, Napoli, 2016, 7 ss.; G. DE VERO, *Gli obblighi di penalizzazione di fonte europea*, *ivi*, 93 ss.; R. BARTOLI, *Legalità europea versus legalità nazionale? Un tentativo di possibile integrazione*, *ivi*, 283 ss.; A. FIORELLA, *Pluralità di fonti e complessità del sistema penale*, *ivi*, 335 ss.; F. GROSSO, *Fonti sovranazionali e principio di legalità*, *ivi*, 319 ss.; S. MOCCIA, *La crisi della legalità nella crisi del sistema penale*, *ivi*, 341 ss.; V. VALENTINI, *La ricombinazione genica della legalità penale: bio-technological Strenghtening o manipolazione autostruttiva?*, in *Dir. pen. cont.*, 2016; A. CAVALIERE, *Radici e prospettive del principio di legalità. Per una critica del 'diritto penale vivente' interno ed europeo*, in *Ind. pen.*, 2017, 653 ss.; G. AMARELLI, *Dalla legolatria alla post-legalità: eclissi o rinnovamento di un principio?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1406 ss.; C. BERNASCONI, *Crisi della legalità nel diritto penale o "Krisis" nelle diverse legalità?*, in *Riv. pen.*, 2021, fasc. 2, 105 ss.; Sulla centralità assunta dal potere giudiziario, *ex multis*, L. VIOLANTE, *L'evoluzione del ruolo giudiziario*, in *Criminalia 2015*, 341 ss.; N. ZANON, *L'ascesa del potere giudiziario, tra mode culturali e mutamenti costituzionali*, in *Criminalia 2015*, 359 ss.; C. INSOLERA, *I percorsi di un'egemonia*, in *Criminalia 2015*, 371 ss.; G. BALBI, *Democrazia crepuscolare e diritto vivente*; D. MICHELETTI, *Jus contra lex. Un campionato dell'incontenibile avversione del giudice penale per la legalità*, in *Criminalia 2016*, 161 ss.; C. BERNASCONI, *Alle radici dell'imprevedibilità del diritto giurisprudenziale*, in *Criminalia 2016*, 193 ss.; D. PULITANÒ, *Tra ius facere e ius dicere*, in *Criminalia 2016*, 205 ss.; C. GUARNIERI, *Ruolo della giurisdizione e modelli di reclutamento della magistratura*, in *Criminalia 2016*, 235 ss.; L. VIOLANTE, *Verso un giudice di common law?*, in *Criminalia 2016*, 239 ss.; A. GARGANI, *Crisi del diritto sostanziale e "vis expansiva" del processo*, in *Criminalia 2016*, 303 ss.; C. GUARNIERI, G. INSOLERA, L. ZILLETTI, *Anatomia del potere giudiziario. Nuove concezioni, nuove sfide*, Roma, 2016; F. PALAZZO, *Legalità penale, interpretazione e etica del giudice*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 1249 ss.;

<sup>36</sup> Sul tema dell'interlegalità, v. J. KLABBERS, G. PALOMBELLA (eds.), *The Challenge of Interlegality*, Cambridge, 2019; G. PALOMBELLA, *Interlegalità. L'interconnessione tra ordinamenti giuridici, il diritto, il ruolo delle corti*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 2018, 2, 30 ss.; A. DI MARTINO, G. PALOMBELLA, *Oltre l'architettura ordinamentale: il nuovo diritto composito della "terza ondata"*, in *Questioni costituzionali*, 2020, 1, 225 ss.; A. CHITI, A. DI MARTINO, G. PALOMBELLA (a cura di) *L'era dell'interlegalità*, Bologna, 2022; E. SCODITTI, *Legalità al plurale*, in *Quad. cost.*, 2013, 1031 ss.; ID., *Lo scenario dell'inter-legalità*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 22 aprile 2020

che univa la legge (e più in generale la norma) con il precetto<sup>37</sup>. È chiaro come questo abbia forti ripercussioni sullo statuto precettivo delle norme. Siamo di fronte ad una precettività giuridica condivisa, che trova spazio nella confluenza delle varie legalità, ugualmente valide ed efficaci: convenzionale, costituzionale, europea, giurisprudenziale.

Una crisi delle fonti che si trasforma in una crisi comunicativa, dunque, e che si risolve in una frantumazione del precetto, distribuito su più “fonti”, anche di diversa natura e che necessita di essere ricomposto per poter essere compreso; quanto più il sistema delle fonti risulta disarticolato e la descrizione del precetto affidata a norme di carattere tecnico, secondario e settoriale, tanto meno l’ordinamento adempie al dovere di renderlo conoscibile al destinatario, che sarà dunque gravato dell’onere di trovare e ricostruire l’effettiva consistenza della regola da non violare<sup>38</sup>.

Ma una crisi, infine, anche assiologica, frutto di un’incapacità (impossibilità?) politica (ma anche sociale) di individuare beni giuridici da tutelare a prescindere, nei quali si riflettano valori condivisi nella comunità di riferimento.

---

<sup>37</sup> In questa visione, la pluralità degli ordinamenti non è concepita, come lo era nell’ottica, pur pluralista, di Luhmann, come un rapporto tra ordinamento e ambiente, tale per cui la compatibilità tra l’unicità ed esclusività del criterio giuridico e il pluralismo dei sistemi era garantita dalla distinzione fra valore giuridico e fatto. Secondo tali concezioni, infatti, la constatazione dell’esistenza di una pluralità di ordinamenti non incide sul modo di essere dell’ordinamento giuridico, dal cui punto di vista essi valgono come “fatti”, come ambiente. Nella teoria sistemica di Luhmann, stante la pluralità degli ordinamenti giuridici, vi è un’asimmetria tale per cui l’uno ordinamento vale, al cospetto dell’altro, come ambiente l’ordinamento che si confronta con un altro ordinamento assume la veste di fatto, di ambiente dal punto di vista dell’osservatore. V., N. LUHMANN, *Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale*, (trad. it.), Bologna, 2001. Al contrario nella teorizzazione dell’interlegalità la pluralità degli ordinamenti non trova sollievo nella legalità al singolare ma apre le porte al definitivo consolidarsi della legalità al plurale. Ogni ordinamento assume i caratteri dell’efficacia giuridica costante, che non viene meno neanche nel momento in cui si assuma il punto di vista interno ad uno specifico ordinamento. Viene meno quell’asimmetria tra sistema e ambiente che manteneva in equilibrio la pluralità degli ordinamenti con l’unicità del giuridico nella visione luhmanniana: ogni ordinamento vale come tale di fronte agli altri. Se più ordinamenti sono dunque produttivi di effetti e non sono l’uno il criterio di valutazione dell’altro, il diritto è ciò che risulta dall’interconnessione tra questi. È ciò che sta nel mezzo.

<sup>38</sup> F. PALAZZO, *Tecnica legislativa e formulazione della fattispecie in una recente circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri*, in *Cass. Pen.*, 1986, 230 ss.

Nell'analisi che si tenterà di condurre in ordine alle cause alla base della crisi della legge si cercherà di assumere il punto di vista della funzione comando, preferendo, in luogo della tradizionale partizione tra cause esterne e cause interne – che si riferisce piuttosto alla fonte –, una generale ricognizione dei fenomeni che ne sono alla base, per poi aprirsi ad una categorizzazione che abbia come perno l'effetto che esse riversano sulla funzione comando della fattispecie.

### **3.1. L'ordinamento "multilivello" e la globalizzazione del diritto**

Tra le più note cause alla base della crisi cui abbiamo accennato è necessario, in primo luogo, fare riferimento all'irrompere sulla scena giuridica di attori sovranazionali. In questo senso, la crisi della legge, intesa come parte di una più ampia trasformazione del paradigma ordinamentale, affonda le sue radici oltre i confini nazionali.

Ciò che, secondo tale prospettiva, viene trasformandosi è l'idea di ordinamento inteso quale configurazione coerente e sistematica di un insieme di norme i cui rapporti sono concepiti in senso gerarchico e piramidale. L'interazione dell'ordinamento nazionale con lo scenario internazionale ed europeo ha comportato una frammentazione delle fonti, tra le quali è sempre più difficile individuare una rigida e precisa gerarchizzazione. Il contatto continuo con le realtà sovranazionali, a loro volta tra loro interrelate<sup>39</sup>, ha inoltre attivato un lento ma continuo processo osmotico tra sistemi molto diversi tra loro – *common law* e *civil law* – reso ancor più intenso dall'azione forte e sempre più protagonista delle Corti<sup>40</sup>.

---

<sup>39</sup> Si pensi al rapporto tra Cedu e Unione europea. La convenzione, seppur in via indiretta mediante l'interpretazione ad essa conforme della Carta di Nizza, viene recepita dall'Unione Europea.

<sup>40</sup> G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, cit., 1272.

In primo luogo, il tentativo dell'Unione Europea di affrancarsi dal carattere meramente economico-commerciale della Comunità Europea facendosi portatrice di valori sociali e politici comuni, che si è spesso risolto in un'espansione delle sfere di competenza della stessa e che, sotto il profilo della fattispecie penale, ha comportato la necessaria interazione tra quest'ultima e concetti (e comandi) conati al di fuori dello Stato<sup>41</sup>. Espansione che ha ricevuto una decisiva accelerazione in sede di stipula del Trattato di Lisbona, da molti ritenuta un passaggio fondamentale in vista di una auspicabile strutturazione dell'Unione secondo un modello di tipo federale<sup>42</sup>.

Inoltre, sebbene non sia riconosciuta una competenza diretta in materia penale, l'art. 83 TFUE consente l'adozione di atti volti all'armonizzazione del diritto penale all'interno dell'Unione; atti che si rivelano a contenuto precettivo sempre più puntuale, fissando obblighi di incriminazione «con precisione e specificità molto vicine a quelle di vere e proprie fattispecie di reato»<sup>43</sup>. Esempio ne siano le più recenti direttive le quali costituiscono un vero e proprio *novum* nel panorama delle politiche di protezione degli interessi finanziari dell'Unione, in quanto strumenti capaci di dettare, con efficacia cogente, ai Parlamenti degli Stati membri linee di politica criminale da tradurre sul piano interno in precetti e sanzioni. Esse, difatti, impongono veri e propri obblighi di penalizzazione con riguardo a fenomeni ritenuti offensivi di interessi dell'Unione<sup>44</sup>.

---

<sup>41</sup> Sul tema cfr. M. D'AMICO, *Il principio di legalità in materia penale tra Corte Costituzionale e Corti europee*, in AA.VV., *Le Corti dell'integrazione europea: avvicinamenti, dialoghi, assonanze*, Napoli, 2006, 157; S. MANACORDA, *L'efficacia espansiva del diritto comunitario sul diritto penale*, in "Foro it.", 1995, IV, 55; A. BERNARDI, *Codificazione penale e diritto comunitario. I - la modificazione del codice penale ad opera del diritto comunitario*, Ferrara, 1996; G. GRASSO, *Introduzione: diritto penale e integrazione europea*, in AA.VV., *Lezioni di diritto penale europeo*, Milano, 2005, 388 e ss.

<sup>42</sup> G. SALCUNI, *L'europeizzazione del diritto penale*, Milano, 2011, 13 ss.

<sup>43</sup> M. LANZI, *Error iuris e sistema penale. Attualità e prospettive*, Torino, 2018, 143. Sul tema degli obblighi di tutela penale, v. C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa, 2009.

<sup>44</sup> Il principale riferimento è alla c.d. direttiva Pif, relative alla lotta contro le frodi che ledano gli interessi finanziari dell'Unione europea mediante il diritto penale. In particolare,

Non è da sottovalutare, poi, il ruolo svolto dalla stessa Corte di Giustizia nella sua funzione di orientamento dei giudici interni con riferimento all'interpretazione delle norme nazionali in senso conforme al diritto europeo. Neppure privo di rilievo il ruolo ricoperto dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, le cui norme, riconosciute quale parametro interposto ai sensi dell'art. 117 Cost., vincolano il legislatore interno al rispetto dei principi enunciati dalla Carta stessa, per come interpretati dalla relativa Corte<sup>45</sup>.

Nell'esercizio del loro ruolo di collettori tra differenti ordinamenti, le Corti sovranazionali hanno elaborato infatti un modello di legalità di tipo sostanziale che ben si distacca da quella formale e rigida propria del nostro ordinamento, ma dalla quale è oramai impossibile prescindere. Ed infatti,

---

Direttiva Ue 2017/1371, recepita con il d.lgs. 14 luglio 2020, n. 75 ha comportato, per mezzo dell'interpolazione dell'art. 322-bis, l'ampliamento del novero dei soggetti attivi dei reati propri contemplati agli artt. 314, 316, da 317 a 320 e 322, comma 3 e 4 e, di riflesso, del reato di traffico di influenze illecite di cui all'art. 346-bis. Ancora, la medesima direttiva, ha imposto l'obbligo di incriminazione per una serie di condotte fraudolente realizzate in danno al sistema Iva, anticipando la soglia di tutela alla forma del tentativo, in dispetto a quanto già contemplato nel d.lgs. 74/2000, pur circoscrivendo il proprio ambito applicativo ai soli fatti gravi, ossia a carattere transnazionale e comportanti un danno non inferiore a 10 milioni di euro; infine essa ha ampliato il novero dei reati presupposto al verificarsi dei quali l'ente potrà essere chiamato a rispondere. Degna di essere richiamata è anche la Direttiva UE 2018/1673 sulla lotta al riciclaggio la quale, convertita con d.lgs. 8 novembre 2021 n. 195, ha ampliato il novero dei reati presupposto dei delitti di riciclaggio e autoriciclaggio, includendovi anche le contravvenzioni e i delitti colposi; infine la conversione della Direttiva UE 2019/713, relativa alla lotta contro le frodi e le falsificazioni di mezzi di pagamento diversi dai contanti, ha modificato gli articoli 493-ter e 640-ter ed ha introdotto all'art. 493-*quater* il nuovo delitto di "Detenzione e diffusione di apparecchiature, dispositivi o programmi informatici diretti a commettere reati riguardanti strumenti di pagamento diversi dai contanti".

<sup>45</sup> Le norme della CEDU, e per quanto di nostro interesse l'art 7, penetrano all'interno dell'ordinamento nazionale attraverso molteplici canali. Innanzitutto, come norme incorporate nell'ordinamento in forza della l. n. 848/1955 con conseguente diretta applicabilità da parte dei giudici comuni. In secondo luogo, quali canoni ermeneutici che orientano i giudici comuni nell'interpretazione delle disposizioni in senso conforme alla normativa sovranazionale; ugualmente come canoni ermeneutici esse operano per la Corte Costituzionale che sempre più spesso si riferisce alle fonti internazionali per arricchire il contenuto delle garanzie e dei diritti presenti nella Carta Costituzionale. Infine, in forza delle sentenze gemelle del 2007, esse operano quali parametri interposti nel giudizio di legittimità costituzionale. V. F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità delle decisioni giudiziali in materia penale*, in C.E. Paliero, S. Moccia, G.A De Francesco, G. Insolera, M. Pellissero, R. Rampioni, L. Risicato (a cura di), *Le crisi della legalità. Il "sistema vivente delle fonti penali"*, Napoli, 2017, 213 ss.

ad oggi, ogni discorso sulla legalità non può trascurare la dimensione europea di tale principio e il *nullum crimen sine lege* non può non leggersi sulla base del combinato disposto dell'art. 25, comma 2 Cost. e dell'art. 7 della Convenzione europea, nell'interpretazione che di quest'ultimo ha fornito la Corte EDU e che tanto ha messo in crisi gli ordinamenti di entrambe le matrici<sup>46</sup>.

Proprio dall'impossibilità di rendere compatibile con le differenti istanze provenienti da ordinamenti giuridici tra loro molto diversi un concetto di legalità che faccia perno unicamente sulla natura formale della fonte, e nel tentativo di realizzare un'autentica «fusione di orizzonti»<sup>47</sup> tra ordinamenti a legalità formale e sistemi ove vige il *judicial law making*, è nato il concetto di legalità europea, di matrice sostanziale. Per il tramite dell'interpretazione che dell'art. 7 Cedu ha elaborato la Corte di Strasburgo è scaturito, infatti, un concetto di legalità europea a sé stante, da quale è stata del tutto espunta la dimensione formale della fonte, per dare piuttosto rilievo alla dimensione qualitativa della norma di cui viene valorizzata l'accessibilità, la conoscibilità e, infine, la prevedibilità di applicazione. Se sotto il profilo della riserva di legge l'estensione applicativa di simili criteri al diritto di formazione giurisprudenziale, affermata dalla Corte Edu, ha posto e

---

<sup>46</sup> Sul punto v. V. FIANDANESE, V. MAIELLO, A. VALLINI, S. RIONDATO, *Le due legalità: quale convivenza nel diritto penale?*, cit., 205 ss. Possiamo facilmente notare come, seppur in ordinamenti diversi appartenenti a sistemi di *common law* e di *civil law*, e quindi evitando tentativi di semplificazione che rischiano di cadere in compiute opere di banalizzazione, l'attenzione si sposti sulle garanzie che il processo, ormai pacificamente seppur non dichiaratamente visto come fulcro del procedimento giuridico, deve offrire. Se per i paesi di *common law* ciò significa svincolare le decisioni del giudice da meccanismi troppo stretti che non consentono di rendere il diritto applicato conforme alle Convenzioni, nei paesi di *civil law* la discussione riguardava, fino alla loro effettiva introduzione, possibili meccanismi di stabilizzazione che limitino quei contrasti, diacronici e sincronici, che caratterizza(va)no il diritto vivente nel nostro paese, al fine di assicurare alla legalità, nella sua dimensione *in action* quella tassatività e quella determinatezza che la *law in the books* pretende. Cfr. A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, 2007, p. XIV.

<sup>47</sup> V. MANES, *Common law-isation del diritto penale? Trasformazioni del nullum crimen e sfide prossime future*, in *Cass. pen.*, 3, 2017, 959.

pone seri interrogativi in ordine alla compatibilità di tale assetto con i principi del nostro ordinamento, non si può negare che, dal punto di vista del comando, le categorie citate sembrano rimettere in gioco, riportandolo *in auge*, il rapporto tra norma e destinatario.

Quello dell'ordinamento multilivello non è tuttavia il più complesso grado di interazione tra ordinamenti giuridici. In molti campi si parla ormai senza alcuna riserva di "globalizzazione del diritto" o di "diritto globale"<sup>48</sup>.

Si usa l'espressione *governance*, in contrapposizione con quella di 'governo', per fare riferimento al fenomeno, espressivo di un nuovo paradigma politico e giuridico, secondo cui le decisioni politiche e gli assetti sociali, e con essi dunque anche le attività di produzione normativa, non si svolgono più secondo i tradizionali meccanismi fondati su gerarchia e autorità<sup>49</sup> ma si risolvono in una gestione dinamica, collettiva e dialogica; un nuovo paradigma politico e giuridico che si esprime in un insieme procedure e di regole a carattere flessibile, tra loro intersecantesi.

La *governance* si accompagna all'idea di uno Stato regolatore, che non si impegna nella precipua definizione delle regole ma si limita a predisporre il campo nel quale giocheranno la partita gli attori privati (principalmente attori del mercato), occupandosi dunque unicamente dei "risultati".

---

<sup>48</sup> Come noto, per globalizzazione si intende quel fenomeno di intensificazione dei rapporti - economici *in primis* ma ormai anche sociali - tra persone, organizzazioni, enti e Stati. Le interconnessioni, dapprima solamente economiche, poi divenute anche politiche, culturali, sociali e, infine, giuridiche, che la globalizzazione comporta, determinano la condivisione, a livello globale, di tendenze, idee e problematiche. Tra le riflessioni sul tema della globalizzazione, secondo la prospettiva giuridica, *ex multis*, F. GALGANO, *La globalizzazione dello specchio del diritto*, Bologna, 2009; S. CASSESE, *Oltre lo Stato*, Roma-Bari, 2005; M.R. FERRARESE, voce *Globalizzazione (Aspetti istituzionali)*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, I supplemento, 2001; ID., *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, 2002; ID., *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2010. Da ultimo, evidenzia come il processo di europeizzazione e quello di globalizzazione siano due fenomeni fortemente legati tra loro nell'ottica di una «sfida ad allargare i confini che il mondo si era dato con gli Stati moderni»

<sup>49</sup> G. MESSINA, *Diritto liquido? La governance come nuovo paradigma della politica e del diritto*, Milano, 2012. Proprio il tema della *governance* ha posto le fondamenta per le domande in ordine al ruolo che la categoria dell'effettività, intesa come capacità di raggiungere gli obiettivi prefissati, abbia all'interno della norma e non più solo come parametro di riferimento dell'azione socio-politica in senso lato.

Riferendosi alla gestione di fenomeni complessi, il concetto apre all'idea di una giuridicità che non si esprime secondo i tradizionali canoni del potere, verticale e gerarchico, ma secondo forme che siano idonee a recepire l'apporto di soggetti privati, ammessi quali coautori al processo di creazione della normatività<sup>50</sup>. Nei sistemi sociali emergono autorità di controllo che rappresentano le espressioni di un potere diffuso e reticolare, incline a favorire meccanismi che «rendono interni gli imperativi che precedentemente erano imposti dall'esterno»<sup>51</sup>. Una rimodulazione, dunque, delle fonti e delle forme del potere, che porta la normatività ad astrarsi dal rapporto con il singolo destinatario del precetto.

Sebbene si tratti di due fenomeni – quelli della europeizzazione e della globalizzazione – tra loro distinti, non può non ravvisarsi un filo comune che accomuna il modo con cui essi hanno influito sui paradigmi giuridici. I fenomeni possono essere accomunati dall'essere, entrambi, l'incarnazione della grande sfida «ad allargare le misure che il mondo si era dato con gli Stati moderni»<sup>52</sup> attraverso il ridimensionamento della potestà statale e del potere di cui essa era depositaria.

Il concetto stesso di spazio è mutato. Esso non coincide più con quello di territorio, sul quale si impernia(va) la sovranità degli Stati. La rapida evoluzione che ha interessato la tecnologia negli ultimi decenni ha ampliato lo spazio tra i due concetti, contribuendo a creare una spazialità del tutto nuova, virtuale ed immateriale. Lo spazio, nel quale si comunica, si scambiano informazioni, si creano valori economici e assiologici non è più legato ai confini dello Stato i quali, sempre più porosi, non sono in grado di contenere i fenomeni sociali, economici e financo giuridici che la globalizzazione porta con sé.

---

<sup>50</sup> M. R. FERRARESE, *Private lawmaking a livello globale tra potenzialità e problemi*, in *Riv. dir. priv.*, 2019.

<sup>51</sup> M. POWER, *From Risk Society to Audit Society*, in *Soziale systeme*, 1997, 3 ss.

<sup>52</sup> M. R. FERRARESE, *Al di là della globalizzazione: verso un mondo post-globale?*, in *Politica del diritto*, 2, 2021, 260.

Dal punto di vista strettamente giuridico, quella della rete<sup>53</sup> risulta sicuramente l'immagine più efficace per descrivere la struttura delle norme contemporanee nelle quali si assiste al declino della legge come unico strumento di comando. Non è più possibile, infatti, preservare l'immagine verticale delle norme giuridiche (e prima di esse del potere politico stesso) secondo il tradizionale schema piramidale di derivazione kelseniana. Ad esso va ormai sostituito una nuova dimensione del diritto, talvolta definita "comunicativa"<sup>54</sup>, che rinvia ad un'ontologia relazionale e intersoggettiva che subentra in luogo di quella imperativa, fondata sull'unitarietà dell'individuo, sulla meccanicità della razionalità occidentale<sup>55</sup>. L'epistemologia

---

<sup>53</sup> Sul concetto di rete v., F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au reseau. Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, 2002; nell'ambito della penalistica la dissoluzione del modello gerarchico in favore di un diritto fluido e discorsivo, M. DELMAS MARTY, *Le flou du droit. Du code pénal aux droits de l'homme*, Paris, 1986; C.E. PALIERO, *Il diritto liquido. Pensieri post-delmasiani sulla dialettica delle fonti penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1099 ss.

<sup>54</sup> L'assetto comunicativo del diritto, in luogo di quello tradizionalmente prescrittivo, nasce dalla necessità che nella rete assumano ruolo di partecipi anche i soggetti privati, che affiancano gli apparati istituzionali. Sul ruolo dei privati nel processo di modificazione della struttura delle norme torneremo oltre. È fin da subito da sottolineare tuttavia come il ruolo assunto dai privati del processo di modifica delle norme riflette l'assottigliarsi della cesura, da sempre netta, tra diritto pubblico e diritto privato. Il primo sempre più esposto all'influenza dei moduli privatistici e consensuali – si pensi al fenomeno dell'autonormazione –, il secondo sempre più incline ad assumere importanti effetti di natura pubblicistica, essendo ormai assunto il contratto a fonte autonoma di diritto.

Il consolidarsi del carattere comunicativo del diritto determina, al contempo, il declino della nozione di volontà sulla quale era incentrato il modello piramidale del diritto moderno. Cfr. M. VAN HOECKE, *Law as Communication*, Oxford, 2002; J. LENOBLE, *Droit et communication*, Paris, 1994.

<sup>55</sup> F. OST, *Dalla piramide alla rete: un nuovo paradigma per la scienza giuridica?*, in *Saggi sulla globalizzazione giuridica e il pluralismo normativo*, a cura di M. Vogliotti, Torino, 2013, 36, il quale fa efficacemente riferimento, per spiegare il mutamento sociale in atto e i differenti atteggiamenti che la dottrina ha dimostrato rispetto ad esso, alla "teoria del mutamento dei paradigmi" di Kuhn. Kuhn, pur riferendosi all'ambito delle scoperte scientifiche, spiega che durante i periodi di c.d. "scienza normale", i ricercatori si trovano concordi nel condividere una certa cornice teorica, la quale, per quel periodo, offre soluzioni e si pone come modello ideale di risoluzione dei problemi. Tale paradigma, al quale tutti fanno riferimento, funge dunque da bussola per un determinato lasso di tempo. Ciò fino al momento in cui iniziano a manifestarsi alcune anomalie, ovvero fenomeni che non sono spiegabili per mezzo della teoria sulla quale tutti fino a quel momento concordavano. Dunque, si vengono a creare più fronde all'interno della comunità scientifica: alcuni proporranno nuove soluzioni, differenti schemi teorici che siano in grado di spiegare anche gli anomali fenomeni; altri invece rimarranno ancorati al vecchio paradigma, minimizzando l'incidenza degli accadimenti. Questo periodo di forte tensione all'interno della comunità scien-

della rete, come è stato lucidamente notato, invita a ripensare la figura dell'*autorità*. Nel modello della piramide, l'*autorità* è strettamente legata alla *posizione* occupata nella gerarchia del potere. Per mezzo della forza intrinseca dei suoi atti (forza che proviene dall'alto, per effetto di un'investitura ufficiale) l'*autorità* assicura il rispetto dell'ordine gerarchico<sup>56</sup>.

Alla logica unilaterale e autoritaria, tipica della sovranità, subentrano (*rectius*: si affiancano) logiche comunicative, cooperative, dialogiche e persuasive, che non fanno leva sul carattere autoritario del rapporto tra creatore e destinatario del precetto – cioè sulla legittimità della fonte e sulla sua autorità formale – bensì sulla spontanea collaborazione di un destinatario che riconosca la validità sostanziale della regola.

Il concetto di rete, quale metafora tessile che implica la presenza di una trama costituita da fili e nodi, esprime bene la risposta a questa esigenza di "dinamicità" dello strumento normativo: non solo perché la rete, a differenza della piramide, si sviluppa su un piano orizzontale, disconoscendo le subordinazioni gerarchiche proprie dell'ordinamento delle fonti in tal modo ordinate; ma anche perché, attraverso l'immagine dei "nodi" nei quali si intrecciano le corde della rete tenendo così insieme l'intera struttura, essa esprime efficacemente il ruolo fondamentale affidato al momento dell'interazione dei flussi normativi. Essi rappresentano sì nodi di autorità, ovvero momenti di giuridicità rigida in mezzo al flusso, ma anche "nodi di mediazione", nei quali i flussi normativi si incrociano e mediano tra loro, insieme con il caso concreto. Tra essi non vi è rapporto di gerarchia: «si tratta di un intreccio di relazioni, che intercorrono tra gli elementi del sistema senza che si possa stabilire un punto di partenza obbligato o un'unica

---

tifica viene definito da Kuhn "periodo di scienza straordinaria", che prelude all'affermazione di un nuovo paradigma, che dia la stabilità sulla quale troverà fondamento un nuovo periodo di "scienza normale".

<sup>56</sup> M. VOGLIOTTI, *La "rhapsodie": fécondité d'une métaphore littéraire pour repenser l'écriture juridique contemporaine. Une hypothèse de travail pour le cham pénal*, in *Diritti&questioni pubbliche*, 2, 2002, 216.

via d'accesso»<sup>57</sup>. Trattandosi di una struttura per sua natura aperta, in grado di recepire qualsiasi tipo di espansione, la rete esprime bene l'idea dell'incompatibilità di tale modello con qualsiasi forma di chiusura del sistema<sup>58</sup>.

La regolazione giuridica «perde la natura di un oggetto che dovrà essere tutto presente prima dell'inizio del gioco, per assumere la natura di *progetto* che, per divenire, domanda la collaborazione attiva e responsabile di tutti gli attori del campo giuridico»<sup>59</sup>. L'approccio basato sul concetto di rete e sulla limitrofa nozione di *governance* induce a riplasmare il concetto stesso di diritto, ridefinendolo come una dimensione non statica e tetica, bensì comunicativa, sgorgante dalle interazioni sociali; una nuova dimensione della normatività, che abbia quale elemento essenziale l'effettività<sup>60</sup>.

---

<sup>57</sup> F. VIOLA, *Autorità e ordine del diritto*, 2ª ed., Torino, 1987, 377.

<sup>58</sup> G. MESSINA, *Diritto liquido? La governance come nuovo paradigma della politica e del diritto*, Milano, 2012, 86.

<sup>59</sup> M. VOGLIOTTI, *La "rhapsodie"*, cit., 212

<sup>60</sup> In uno dei pochi studi di teoria del diritto dedicati al tema della *governance* si è tentato di formulare una teoria della norma giuridica che prenda in considerazione proprio la questione dell'efficacia delle prescrizioni in essa contenute, della loro effettiva azione sul corpo sociale. V. J. LENOBLE, M. MAESSCHALCK, *Towards a Theory of Governance: The Action of Norms*, The Hague-New York-London, 2003. Efficaci anche le parole di A. Shutz che descrive il concetto di "società mondiale" quale prodotto sociale ultimo del processo di globalizzazione: «Il concetto di società mondiale è quindi forse in gran parte direttamente opposto al progetto di una solennizzazione della politica. La società mondiale è una sfida all'idea della primazia della politica, all'idea stessa che una oggettiva cornice istituzionale, stabilita da processi decisionali politici, criticabili o no ma sovrani e definiti, esista. [...] Essa asserisce che le possibilità sociali siano possibilità di comunicazione. La società mondiale non è basata [...] sul grande stratagemma di rarefazione e addomesticamento conosciuto come 'consenso'. È basata sull'innumerabile molteplicità di simultanee continue comunicazioni. I partecipanti alla comunicazione interagiscono con un orizzonte di opportunità e rischi. Essi selezionano le loro operazioni secondo le loro aspettative. Il consenso presuppone lo sviluppo di certificazioni di validità, ma la comunicazione va oltre il consenso. Essa continua, crea effetti, cambia il mondo, ben prima che le vere precondizioni del consenso siano stabilite». V. A. SCHUTZ, *The Twilight of the Global Polis: On Losing Paradigms, Envrioning Systems and Observing World Society*, in G. Teubner (a cura di), *Global Law Without a State*, Aldershot-Brookfield-Singapore-Sidney, 1997, 283.

Sul tema del ruolo svolto dall'effettività nell'odierno panorama normativo torneremo più approfonditamente *infra*, cap. 2.

### 3.2. Economia e assiologia

Il fenomeno della globalizzazione del diritto segue di pari passo quello del declino della politica, irreversibilmente intrecciato con il nuovo e centrale ruolo assunto dall'economia nel governo dei Paesi, e nei rapporti tra gli stessi.

Ad una marcata globalizzazione e alla moltiplicazione dei centri (di potere) economici non ha fatto seguito, infatti, un adeguamento delle strutture sociali e politiche, con conseguente perdita di centralità del concetto stesso di legalità, quale forma giuridica legata all'assetto organizzativo dello Stato moderno<sup>61</sup>. Si scioglie il binomio Stato-sovrantà, lungo un percorso che lascia scoperta una realtà del potere e dei diritti che presenta una complessità ben maggiore rispetto a quella del modello hobbesiano.

Si può dire senza riserve che l'economia ha fagocitato, in molti ambiti, la politica. I «poteri privati economici»<sup>62</sup> hanno assunto un ruolo di prim'ordine nella direzione delle politiche mondiali, sottraendo agli Stati il ruolo di esclusivi depositari del potere. Le grandi imprese detengono oggi poteri e capacità in grado di incidere in modo rilevante su diritti e libertà. L'economia è sfociata dunque nella pretesa, comune a tutte le scienze sociali quali scienze del comportamento, di ridurre l'agere dell'uomo a quello di un animale condizionato a comportamenti prevedibili.

Se dunque l'economia ha preso il posto della politica, intesa come attività di direzione sociale nel rispetto di valori condivisi dalla popolazione a cui tale governo fa riferimento - valori perlopiù ormai assenti, perché frantumati e relativizzati - ciò è stato reso possibile, o quantomeno facilitato, dall'assenza di un substrato valoriale fortemente condiviso. La forte riduzione degli elementi morali, etici, all'interno delle società occidentali,

---

<sup>61</sup> M. R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*, Bologna, 2000; ID., *Prima lezione di diritto globale*, Roma-Bari, 2012.

<sup>62</sup> L'espressione è stata coniata da G. FARJAT, *Pour un droit économique*, Paris, 2004, che li definisce come persone o enti di natura privata che dispongono di un potere di decisione unilaterale analogo, sul piano materiale, a quello dei poteri pubblici.

sempre più aperte al multiculturalismo, alla frammentazione delle idee, ha distrutto il soggetto giuridico per come concepito nella *modernità*.

Esso, inteso quale soggetto unitario e astratto che si pone come unico destinatario del rapporto con lo Stato, è stato sostituito dalla moltiplicazione delle figure soggettive che, portatrici di elementi fattuali di contesto, rivestono differenti e molteplici ruoli all'interno della società, ciascuno vantante un proprio specifico statuto (il consumatore, il professionista, ma anche l'omosessuale, il diversamente abile, ecc.)<sup>63</sup>. Un «precario rifugio entro il relativo, l'individuale, il soggettivo»<sup>64</sup> che è diretta conseguenza della perdita di stabilità degli assetti politici e sociali della nostra epoca, delle certezze etiche cadute sotto il peso della complessità sociale portata dalla globalizzazione, il multiculturalismo, il rapido quanto incessante progresso tecnologico.

A fronte di questa frammentazione soggettiva, a cui si accompagna la polverizzazione del diritto nei diritti<sup>65</sup>, si staglia tuttavia un diverso e contrario movimento, un fenomeno che potremmo definire di “assiologia globale”, che si sostanzia nella trasversale assolutizzazione di alcuni valori, dei quali si pretende un'immediata e totale tutela<sup>66</sup>. Si pensi alle spinose questioni riguardanti la tutela dell'identità sessuale, dell'inclusività, l'ambiente, la non discriminazione.

---

<sup>63</sup> N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1979, 95, 96 secondo cui «Il movimento delle norme speciali è fedele interprete di una società *pulviscolare*, che non si riconosce in una comune tavola di valori e si scompone nella varietà dei gruppi e delle categorie economiche. La società non si esprime un diritto uniforme e indifferenziato.» E, ancora, «la tutela di singole categorie di interessi (così come i beni giuridici penalmente rilevanti) richiede leggi apposite. [...] Età, dunque, di particolarismo giuridico».

<sup>64</sup> C. MAZZUCATO, *Dal buio delle pene alla luce dei precetti*, cit., 5.

<sup>65</sup> G. ZAGREBELSKY, *Diritto mite*, Torino, 1992, 43.

<sup>66</sup> Sul punto, v. *ultra*, par. 8. Negli ultimi anni, pur a partire da esigenze ragionevoli, è andato sviluppandosi un fenomeno (c.d. *politically correct*) che chiede (impone?) la tutela, piena e non mediata, di visioni “etiche” ritenute assolute. Manifestazioni di tali impulsi le si rintraccia sia nelle richieste di tutela formale di sensibilità soggettive, rivolte perlopiù al diritto penale, sia nei più vari comportamenti sociali: ostracismo verso chi metta in discussione l'assolutizzazione delle richieste di tutela stessa; accanimento contro simboli appartenenti al passato, come l'abbattimento di statue raffiguranti personaggi storici sottoposti, oggi, ad un giudizio anti-storico; fino a giungere a porre criteri rispondenti al *politically*

Nel prendere in esame le principali cause che affliggono la fattispecie, determinandone la crisi, autorevolissima dottrina pone l'attenzione proprio sui valori; dal primo passo, ligio al metodo positivista, che dalla legge porta al diritto, e dunque ad innervare le norme della linfa costituzionale, si compie il secondo passo che consiste «nel salire *dal diritto ai valori*»<sup>67</sup>, i quali non hanno bisogno di fattispecie, poiché valgono in sé. Con riferimento al precepto penale l'assolutizzazione di alcuni valori comporta problemi su più fronti. Dal lato applicativo, il problematico aspetto dell'estensione della fattispecie ben oltre i limiti consentiti all'attività ermeneutica, trasformando la stessa da limite alla risposta punitiva a «occasione per far valere un valore»<sup>68</sup>. Sotto il profilo della costruzione della norma, il difficile compito di mediare tra le ragioni della vittima, sempre più portatrice di un interesse attivo, e quelle del reo; ancora, la sempre più ardua distinzione tra comunicazione mass mediatica e comunicazione normativa la cui sovrapposizione alimenta la percezione sociale del crimine e al contempo sminuisce la portata comunicativa della fattispecie, la quale si trova a “dire

---

*correct* per le opera cinematografiche che vogliono aspirare alla vittoria dei più prestigiosi premi cinematografici. Una tendenza che, sebbene trovi fondamento in istanze di natura progressista, non si rivela altro che l'espressione di una *cancel culture* che, riecheggiando un'orwelliana opera di estirpazione dei ricordi, vorrebbe riscrivere la storia alla luce della propria attuale visione del bene e del male e in ciò dimostrandosi del tutto illiberale. Si veda sul punto la lettera aperta “*On justice and Open Debate*” inviata alla testata Harper nella quale, numerosi intellettuali di tutto il mondo, rivendicano la libertà di pensiero e di parola, le uniche a poter garantire il dialogo costante espressione di quel pluralismo delle idee che rappresenta la linfa vitale di ogni ordinamento democratico. Per la lettura integrale della lettera v. <https://harpers.org/a-letter-on-justice-and-open-debate/>.

Illuminante può risultare la lettura del fenomeno attraverso le parole di Z. BAUMAN, *Postmodern Ethics* (1993), trad. it., *Le sfide dell'etica*, Milano, 1996, 44, 45, secondo il quale le difficoltà di salvaguardare l'integrità della propria etica alla luce della consapevolezza che quest'ultima sia una tra tante si traducono nell'impulso di attuare una «temporalizzazione della diversità»; il tempo assume in questa prospettiva il ruolo di criterio di giudizio della maggiore o minore “giustizia” delle scelte etiche, finendo per far coincidere “successivo” con “migliore” e “precedente” con “sorpasato”, “ingiusto”. Una tendenza, propria della post-modernità, definita dall'Autore “cronopolitica”, e che consiste nel «proiettare in avanti nel tempo la differenziazione contemporanea, così da poter definire le alternative culturali come “allocroniche”, cioè come appartenenti a un'altra epoca, e sopravvissute fino al tempo presente fingendo di essere altro da ciò che effettivamente sono, reliquie condannate all'estinzione».

<sup>67</sup> N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 40.

<sup>68</sup> N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, cit., 40.

meno” di quanto ci si aspetterebbe, in un “circolo autopoietico” che si autoalimenta<sup>69</sup>.

A questi valori “mondiali” di cui ben poco riescono a farsi carico le politiche degli Stati, sembrano interessarsi, piuttosto, le realtà economiche di cui abbiamo parlato. Nell’ambito di un complessivo trasferimento di funzioni e di poteri dalla sfera statale a quella economica, infatti, le imprese non hanno acquisito solo poteri normativi<sup>70</sup>. Un vero e proprio nuovo ruolo “sociale” sembra essere oggi riconosciuto ad esse, in un abbraccio tra economia ed etica che conduce le realtà economiche a farsi portatrici di interessi sociali e a perseguirne, per mezzo della loro attività, la realizzazione.

A dimostrazione che una simile posizione all’interno della società sia non solo riconosciuta ma accettata e ben sfruttata dalle imprese, sono fiorite negli ultimi anni discipline economiche che si occupano del calcolo dell’impatto che le singole attività economiche hanno sull’ambiente, la società e l’economia e della comunicazione di tali dati all’esterno, alla collettività<sup>71</sup>.

---

<sup>69</sup> Parla di «collusione distorsiva», con riferimento alla sovrapposizione, anche parziale, tra sistema penale e sistema mass-mediatico C.E. PALIERO, *La maschera e il volto. Percezione sociale del crimine ed ‘effetti penali’ dei media*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 534, il quale evidenzia come «In questi casi, pur nel reciproco rispetto dei ruoli, il Sistema penale funge da collettore di bisogni di pena veicolati dal Sistema Sociale attraverso la ‘cassa di risonanza’ del Sistema mediatico: a sua volta il Sistema mediatico funge da *induttore (manipolatore)* di *consenso sociale* ‘su richiesta’ del Sistema penale a fini di (auto)legittimazione»

<sup>70</sup> Si fa riferimento al fenomeno dell’autonormazione, cui si è fatto cenno nel cap. 1. La c.d. *self-regulation*, connessa al ruolo assunto dalle realtà economiche private, è dettata secondo alcuni dalla corsa da parte degli Stati nazionali alla *deregulation* nel tentativo di limitare i danni che la fuga delle imprese dai territori nazionali comporta sui livelli occupazionali e sul benessere complessivo, ma che dimostra al contempo l’incapacità di dominare i processi economici attraverso i tradizionali strumenti normativi. In quest’ottica la *self-regulation*, intrisa dei postulati etici cui abbiamo fatto riferimento e che si sostanziano nei *codici etici, codici di disciplina ecc.*, diverrebbe l’espressione di un bilanciamento tra la cieca applicazione delle leggi del profitto, e la garanzia dei soggetti estranei ai processi decisionali dell’impresa ma che nondimeno subiscono le conseguenze delle stesse. V. M. CAPUTO, *La mano visibile. Codici etici e cultura d’impresa nell’imputazione della responsabilità degli enti*, in *Dir. pen. cont.*, 1, 2013, 101 ss. a cui fare riferimento anche per l’ampia bibliografia sul tema dei codici etici.

<sup>71</sup> Sullo sfondo della *Corporate Social Responsibility* vi è un cambio di paradigma della teoria economica d’impresa. Alla c.d. *Shareholders Theory*, che vedeva i proprietari quali unici destinatari della soddisfazione alla quale l’impresa doveva tendere, subentra la c.d. *Stakeholders Theory* che, al contrario, mette a fuoco, ulteriori gruppi di individui coinvolti, più o meno direttamente, dall’azione dell’impresa: lavoratori, abitanti dell’area vicina

#### 4. La crisi assiologica del precetto penale

Abbandonando la complessiva rassegna delle cause che, a livello generale, sono a fondamento del declino della legge come strumento cardine dell'ordinamento giuridico, passiamo adesso all'analisi degli effetti che una simile crisi ha riversato sulla fattispecie penale, assumendo quale lente attraverso la quale osservare il fenomeno la funzione di orientamento comportamentale che la stessa è chiamata ad assolvere.

Nel fare ciò, è inevitabile il ricorso ad una partizione del tutto personale e, in quanto tale, assolutamente rivedibile e criticabile. Tale (bi)partizione

---

all'impresa, consumatori ecc. in quello che è stato definito "un abbraccio tra etica ed economia". Secondo questa moderna impostazione la tensione per lo sviluppo economico non porta necessariamente con sé un miglioramento in termini di progresso sociale, ma può anzi comportare ingenti costi in termini di inquinamento dell'ambiente, salute dei lavoratori; costi sociali non più tollerabili e di cui l'impresa deve oggi farsi carico. La possibilità che l'attività dell'impresa possa coinvolgere, con effetti negativi sebbene involontari, soggetti diversi da quelli appartenenti alla compagine sociale, proietta sull'azienda stessa aspettative ulteriori rispetto a quelle cui sarebbe tenuta per legge o per economia. Dunque, come si è accennato, un nuovo ruolo "sociale" per le *Corporations*. La teoria degli *stakeholders* è stata formulata da R.E. FREEMAN, *Strategic Management: a Stakeholder Approach*, Boston, 1984. Critico, nei confronti della *stakeholders theory*, M. FRIEDMAN, *A Friedman doctrine: The Social Responsibility of Business is to Increase Its Profits*, in *New York Times Magazine*, 1970.

Le società valorizzano e sfruttano tale ruolo attraverso la pratica del c.d. *Corporate social responsibility reporting*, un modello di comunicazione di informazioni non finanziarie, rivolte non più unicamente agli investitori, e finalizzate a dare conto degli sforzi compiuti dalla singola impresa in ambito etico, filantropico, ambientale ed economico. Esempi di CSR riguardanti grandi imprese: Walt Disney Company's 2019 Corporate sociale Responsibility Update: <https://thewaltdisneycompany.com/app/uploads/2020/02/CSR2019Report.pdf>; IBM: General Motor's 2019 Sustainability Report: [https://www.gmsustainability.com/\\_pdf/resources-and-downloads/GM\\_2019\\_SR.pdf](https://www.gmsustainability.com/_pdf/resources-and-downloads/GM_2019_SR.pdf); IBM's 2019 Corporate Report: <https://www.ibm.org/responsibility/2019/IBM-2019-CRR.pdf>.

Tale pratica viene talvolta strumentalizzata per farne un uso fraudolento. Si tratta dei fenomeni di c.d. *greenwashing*, *pinkwashing*, *blackwashing*, con i quali si fa riferimento alle ipotesi in cui le imprese, pur non avendo in alcun modo provveduto ad una riorganizzazione "etica" dell'impresa stessa, indirizzata alla salvaguardia di interessi sensibili quali l'ambiente, la parità di genere o l'inclusività/non discriminazione, comunichino all'esterno dati, non veritieri, che facciano credere che un tale riassetto sia avvenuto, sostanzandosi in una operazione di mera cosmesi etica. Sul punto cfr. T. P. LYON, J. W. MAXWELL, *Greenwash: Corporate Environmental Disclosure under Threat of Audit*, in *Journal of Economics & Management Strategy*, 20 (1), 2011, 3 ss.; D. CRILLY, M. T. HANSEN, M. ZOLLO, *Faking it or Muddling Through? Understanding Decoupling in Response to Stakeholder Pressures*, in *The Academy of Management Journal*, 2012, 55 (6), 1429 ss.; F. BOWEN, J. A. ARAGON CORREA, *Greenwashing in Corporate Environmentalism Research and Practice: The Importance of What We Say and Do*, in *Organization & Environment*, 27(2), 2014, 107 ss.

prende in esame la crisi “assiologica”, riferita cioè al contenuto valoriale tutelato dalla norma penale, e la crisi “comunicativa”, che fa invece riferimento alla capacità della fattispecie di giungere al destinatario e trasmettergli il proprio contenuto precettivo. I due fenomeni sono tra loro legati e, come avviene per ogni fenomeno complesso, le cause dell’uno non sono del tutto scindibili da quelle dell’altro.

Muovendo dall’analisi della crisi assiologica che la fattispecie sta attraversando – e con essa la funzione comando – è necessario evidenziare come essa sia strettamente legata alla complessità del mondo che il diritto si trova a dover regolare. Tale crisi presenta una duplice faccia, apparentemente in contraddizione ma che, ad uno sguardo più attento, risulta frutto delle medesime problematicità.

Da un lato, molti sono gli ambiti nei quali la norma penale – e il legislatore a monte – non è più in grado di esprimere la tutela di un valore “a prescindere”, di scegliere quale, tra beni che entrino tra loro in conflitto, sia da tutelare e quale, invece, debba conseguentemente soccombere<sup>72</sup>. Tale incapacità si riflette sulla conformazione stessa del precetto: esso risulterà essere il frutto di una serie di procedure, da svolgersi a valle, funzionali a mettere in comunicazione i beni giuridici che vengono in gioco, rapportarli con il caso concreto e bilanciarli tra loro, creando così un precetto concreto, sempre più mediato e individualizzato.

Dall’altro lato, si assiste ad un’apparente riemersione di componenti assiologiche frutto del rafforzamento di movimenti populistici, che si fanno portatori di istanze di protezione secondo un modello panpenalista. I nuovi «gestori “atipici” di moralità» (*atypische Moralunternehmer*), espressione usata per designare alcuni nuovi “amministratori” della morale collettiva,

---

<sup>72</sup> Parallelo al processo di relativizzazione dei valori si staglia, negli ultimi anni, un diverso e contrario movimento di assolutizzazione di alcuni di essi, dei quali si pretende un’immediata e totale tutela. Si pensi alle spinose questioni riguardanti la parità di genere, la tutela delle donne, l’ambiente, la non discriminazione.

non si identificano più con le classi borghesi bensì con movimenti di carattere trasversale – come quelli ecologisti, femministi, consumeristi ecc. –, i quali, pretendendo di utilizzare lo strumento punitivo per raggiungere i propri fini di emancipazione, promuovono istanze di tutela che determinano un progressivo ampliamento del diritto penale e giungono ad innescare nuovi processi di criminalizzazione<sup>73</sup>.

A questi aspetti di dettaglio si affianca, in un’ottica grandangolare, il sempre più pesante influsso del c.d. “populismo penale”<sup>74</sup>. Difatti, si assiste ad un incremento della risposta punitiva, caratterizzata da sempre maggiore severità, quale risposta alle istanze di sicurezza intorno alle quali si costruisce e focalizza un discorso politico guidato dalla ricerca di un consenso alimentato da vecchie e nuove paure<sup>75</sup>, non di rado sostenute da una comunicazione *mass mediatica* che distorce, sotto il profilo quantitativo e qualitativo, la percezione del crimine<sup>76</sup>.

---

<sup>73</sup> J. M. SILVA SANCHEZ, *L’espansione del diritto penale. Aspetti della politica criminale nelle società postindustriali*, Milano, 2004, 35.

<sup>74</sup> Sul tema del populismo penale v. S. ANASTASIA, M. ANSELMINI, D. FALCINELLI, *Populismo penale: una prospettiva italiana*, Padova, 2015; D. PULITANÒ, *Populismi e penale*, in *Criminalia*, 2013, 123 ss.; A. F. TRIPODI, *Dal diritto penale della paura alla paura del diritto penale. Spunti per una riflessione*, in *Quaderni di storia del diritto penale e della giustizia*, 2019, 1ss.; G. FIANDACA, *Populismo penale e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, 95 ss.; M. DONINI, *Il diritto penale come etica pubblica*, Modena, 2014; ID., *Populismo e ragione pubblica.*, Modena, 2019; F. SGUBBI, *Il diritto penale totale*, Bologna, 2019; E. AMATI, *L’enigma penale. L’affermazione politica dei populismi nelle democrazie liberali*, Torino, 2021.

<sup>75</sup> D. PULITANÒ, *Idee per un manifesto sulle politiche del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 363. Parla, con riferimento alla punizione, di “passione contemporanea”, D. FASSIN, *Punire. Una passione contemporanea*, Milano, 2018.

<sup>76</sup> Sui rapporti tra diritto penale e comunicazione mediatica cfr. BERTOLINO M., *Privato e pubblico nella rappresentazione mediatica del reato*, in G. Forti, M. Bertolino (a cura di) *La televisione del crimine*, Atti del convegno “La rappresentazione televisiva del crimine”, Milano, 2005, 213 ss.; PALIERO C.E., *La maschera e il volto. Percezione sociale del crimine ed ‘effetti penali’ dei media*, cit., 467 ss.; A. M. MAUGERI, *Lo stalking tra necessità politico-criminale e promozione mediatica*, Torino, 2010; Sul fronte processuale, con riguardo dunque al rapporto tra comunicazione mediatica e processo penale, *ex multis*, v. D. SOULEZ LARIVIÈRE, *Du Cirque médiatico-judiciaire et des moyens d’en sortir* (trad. it. a cura di Giustozzi, *Il circo mediatico giudiziario*), Macerata; 1994; C. CONTI (a cura di), *Processo mediatico e processo penale*, Torino, 2016; G. GIOSTRA, *Processo mediatico*, in *Enc. dir., Annali II*, X, Milano, 2017, 647 ss.; F. PALAZZO, *Note sintetiche sul rapporto tra giustizia penale e informazione giudiziaria*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 140 ss.; C. CONTI, *Cronaca giudiziaria e processo mediatico: l’etica della responsabilità verso nuovi paradigmi*, in *Arch. pen.*, 1, 2022.

Il fenomeno è frutto di quella «deriva “emotivista” ed irrazionalista nelle scelte sui valori etici, abbandonate alla decisione della volontà normale del singolo, autorizzato a decidere del suo destino, come del bene e del male», che ha finito per individuare nel diritto penale l'unico surrogato di un'etica pubblica ormai inesistente<sup>77</sup> ed ha acuito il fenomeno di dissociazione tra “forza” e “giustizia” determinandone quasi una completa inversione, fino al punto che «non essendosi potuto fare in modo che quel che è giusto fosse forte si è fatto in modo che quel che è forte fosse giusto»<sup>78</sup>. In un movimento paradossalmente contrario rispetto a quello di complessificazione della realtà che porta una parte del diritto penale a disseminare i propri precetti in un *puzzle* di norme tecniche, il populismo penale parla la lingua della semplificazione, retorica e autocelebrativa e financo massmediatica<sup>79</sup>. Il dialogo politico che si ispira a tali correnti, lungi dall'aver un carattere realmente dialettico, è piuttosto apodittico, dando per provato ciò che dovrebbe essere oggetto di dimostrazione.

La volontà di dare seguito alle richieste di tutela, senza incorrere in stalli di tipo dialogico, porta il legislatore a formulare norme tecnicamente imprecise, piene di componenti emotive di difficile delimitazione, lasciando così spazio, e talvolta legittimandoli, agli interventi chiarificatori della giurisprudenza. In questo senso il diritto penale, da “*Magna charta*” del reo, si tramuta in strumento di garanzia di (tipologie di) vittime piuttosto che di beni.

Tornando al profilo della crisi assiologica del diritto penale che maggiormente interessa in questa sede, è necessario mettere in evidenza come il

---

<sup>77</sup> Così, M. DONINI, *Il diritto penale come etica pubblica*, cit., 15.

<sup>78</sup> Secondo il pensiero di B. PASCAL, *Pensieri*, Torino, 1962, 145, secondo cui «occorre [...] congiungere la giustizia e la forza, facendo in modo che quel che è giusto sia forte e quel che è forte sia giusto», che al contempo tuttavia constatava che «non essendosi potuto fare in modo che quel che è giusto fosse forte si è fatto in modo che quel che è forte fosse giusto». Rielaborazione e analisi del pensiero di Pascal in J. DERIDDA, *Forza di legge. Il «fondamento mistico dell'autorità»*, (trad. it.), Torino, 2003.

<sup>79</sup> M. DONINI, *Populismo e ragione pubblica*, cit., 11 parla di discorso «*applause-oriented*», suggerendo che la tecnica – cioè l'uso di mezzi di comunicazione basati su un tipo di comunicazione veloce, emotiva e impulsiva – ha prodotto questo modo di fare politica e non viceversa.

profilo valoriale sia strettamente legato al tasso di conformità che la norma, di per sé, è in grado di raggiungere. Difatti, le norme che seguono il più possibile i binari sui quali si sono già fissate le concezioni etico-sociali dominanti, possiedono anche le migliori prospettive di efficienza e di incontrare, cioè, una generalizzata osservanza giuridica. Le c.d. “aspettative esterne di comportamento”, sulle quali il consenso è massimo o particolarmente elevato, sono interiorizzate dai consociati come *standards* e attuate prima, e a prescindere, dalla minaccia di pena. Tuttavia, lo si è detto, in numerosi campi la capacità della norma incriminatrice di illuminare il valore degno della più forte delle tutele lasci il campo alla logica regolativa, l’unica in grado di mediare i numerosi e differenti interessi che di volta in volta vengono in gioco.

L’incapacità di comunicare efficacemente il contenuto del precetto, che trova causa nella difficoltà di selezionare valori da tutelare *a prescindere*, investe anche la possibilità comunicativa volta a convincere i destinatari degli stessi, e che dovrebbe fondarsi sulla forza motivazionale che trova fonte in quell’«accordo armonico» garantito dal comune sentire<sup>80</sup>. La risposta punitiva dello Stato, infatti, dovrebbe trovare giustificazione solo postulando la possibilità del soggetto di riconoscere, attraverso la norma «i valori sottostanti alle scelte di incriminazione»<sup>81</sup>.

Per quanto riguarda i reati c.d. artificiali, il riconoscimento, da parte

---

<sup>80</sup> G. FORTI, *Le ragioni extrapenali dell’osservanza della legge penale: esperienze e prospettive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1120, il quale sottolinea l’importanza vitale del mantenimento di tale comunanza per il processo deliberativo e decisionale del singolo, attraverso il quale si perviene all’attualizzazione della regola in rapporto alla situazione concreta: percorso necessario affinché questa sia in grado di orientare le condotte individuali. L’autore parla anche di “norme di salienza” definendo tali quelle norme che consentono al destinatario di «rendere valutativa una descrizione», che operano cioè come richiamo al contempo cognitivo e morale e che corrispondono tendenzialmente alla cornice assiologica in cui si colloca la norma penale. V. anche C. BAGNOLI, *L’autorità della morale*, Milano, 2007, 140. Il problema della possibile corruzione dello “stato di salute” delle norme e la necessità di una loro attenta e continua “manutenzione”, torna anche in G. FORTI, *La cura delle norme*, cit..

<sup>81</sup> G. DE FRANCESCO, *Il principio della personalità della responsabilità penale nel quadro delle scelte di criminalizzazione*, in S. Canestrari (a cura di), *Il diritto penale alla svolta di fine millennio*, Torino, 1988, 373.

del destinatario, del bene giuridico tutelato dalla norma, già di per sé difficoltoso, è reso ancor più arduo dalla delega, alla logica regolatoria e alla necessaria intermediazione di un tecnico tra la norma e il suo destinatario<sup>82</sup>. Il tratto specifico di questa gamma di reati è uno scarso grado di riconoscibilità delle norme comportamentali, vuoi per il loro carattere di artificiosità, vuoi per coinvolgere gruppi specifici di destinatari. L'estrema difficoltà di cogliere il contenuto precettivo e valoriale di norme così costruite viene, difatti, "bilanciata" dalla valorizzazione degli obblighi informativi e delle effettive capacità tecnico-giuridiche di cui si presume sia dotato chi esercita attività di tipo professionale-imprenditoriale.

Più forte si fa sentire la crisi assiologica della fattispecie con riferimento ai reati naturali. La loro comunicazione, infatti, dovrebbe essere agevolata dalla condivisione di valori sociali fondanti di cui i precetti sono espressione. Tuttavia, la diversificazione dell'universo etico nella società odierna, caratterizzato da un forte grado di progresso tecnologico, insieme alla pluralità di compiti che lo Stato, per mantenere intatto il suo volto sociale, dovrebbe svolgere, esasperano il politeismo di valori, rendendo difficoltosa la comunicazione dei precetti e, ancor più grave, la loro formulazione in sede legislativa.

#### **4.1. La transizione del precetto dalla norma al procedimento**

Uno dei più rilevanti punti di emersione della crisi assiologica che la fattispecie sta attraversando è quello di fattispecie che, in stretto rapporto con il versante amministrativo, vengono costruite *in itinere*. Il tema involge questioni inerenti all'interazione tra autorità statali e autorità private ed ha dunque un assoluto rilievo anche sotto il profilo del principio di legalità.

---

<sup>82</sup> F. PALAZZO, F. VIGANÒ, *Diritto penale. Una conversazione*, Bologna, 2018, 168.

Inoltre, e sul punto torneremo in seguito, una simile interazione con la disciplina amministrativa, oltre a comportare importanti conseguenze in punto di comunicazione del precetto, rappresenta una delle cause alla base del fenomeno della decodificazione.

Il fenomeno, come noto, trae origine dalla necessità, che la norma penale si trova a fronteggiare, di identificare l'oggetto della tutela in valori non individuabili *ex ante*, quantomeno nella loro consistenza concreta. Il bene giuridico, in tali casi, viene individuato nello spazio risultante dalla confluenza di interessi tra loro in conflitto, spesso bilanciabili solo ad opera dell'attività della pubblica amministrazione.

Una simile forma di interazione si estrinseca in una molteplice e articolata fenomenologia.

In primo luogo, emerge il ricorso, sempre più frequente nel corpo delle fattispecie, ad elementi normativi che facciano rinvio a provvedimenti della P.A. Ciò, oltre ad "esternalizzare" il precetto, rende, come è comprensibile, più difficilmente afferrabile l'oggetto della tutela il quale, non più desumibile dal testo normativo, può essere individuato solo dal concreto atteggiarsi del provvedimento amministrativo.

In secondo luogo, soprattutto con riferimento a fattispecie aventi ad oggetto la tutela di beni "eticamente rilevanti", come quelle dell'aborto, molto spesso la possibilità di adottare una determinata scelta è consentita solo in seguito all'attivazione di una procedura, che assume nell'economia della norma una funzione costitutiva e non meramente dichiarativa. La costruzione della norma, in tali casi, lascia spazio ad alcuni dubbi in ordine al ruolo svolto dalla procedura nell'economia dogmatica della fattispecie. Se essa, cioè, ritagli uno spazio di tipicità - con il rischio, tuttavia, di far coincidere il bene giuridico con il rispetto della procedura - oppure se essa rappresenti piuttosto una causa di generale legittimazione, esterna, di una condotta penalmente tipica. Lo stesso criterio del bene giuridico vacilla davanti

all'incessante necessità di bilanciare beni e interessi in perenne contraddizione<sup>83</sup>. In questo senso si dirige la teorizzazione delle c.d. scriminanti procedurali, che trova la sua prima e più compiuta teorizzazione nella dottrina tedesca<sup>84</sup>.

Nelle fasi di etica socialmente disomogenea la legittimazione delle norme incriminatrici tende a farsi più debole, lasciando spazio a forme di *giustificazione* che rappresentano lo strumento attraverso il quale gestire il conflitto normativo tra diritti e doveri collidenti e ontologicamente controversi<sup>85</sup>. In questa prospettiva proprio la concettualizzazione delle c.d. scriminanti procedurali offre notevoli spunti di riflessione. Più in particolare, diversamente da quanto accade nell'esperienza più "comune" dell'antigiuridicità, la giustificazione e l'illecito nascono insieme, come entità *ab initio* simbiotiche: a ben vedere, infatti, mediante l'enucleazione del procedimento – nel quale alberga la causa di giustificazione – il precetto si *espande*, quanto al suo ambito applicativo, mentre la giustificazione *si crea*, al ricorrere del primo. L'effettuazione del procedimento entra a far parte del *pre-cetto-protocollo* comportamentale richiesto dalla norma, garantendo così quel carattere dialogico-relazionale proprio della giuridicità contemporanea<sup>86</sup>.

---

<sup>83</sup> Sottolinea come, specialmente nei campi eticamente sensibili, quali quelli della bioetica, la ricerca di una disciplina normativa passi da criteriologie alternative rispetto a quella incentrata sul bene giuridico, come per esempio quella del bilanciamento tra beni, C. E. PALIERO, *La laicità penale alla sfida del "secolo delle paure"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1185 ss.

<sup>84</sup> Per tutti, W. HASSEMER, *Prozedurale Rechtsfertigungen* (1994), in *Strafen in Rechtsstaat*, Baden-Baden, 2000, 109 ss. Nella letteratura italiana, v. A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato*, Napoli, 2018.

<sup>85</sup> F. CONSULICH, *Lo statuto penale delle scriminanti. Principio di legalità e cause di giustificazione: necessità e limiti*, Torino, 2018, 38. V. anche C. E. PALIERO, *La laicità penale*, cit. 1185 ss.; V. TORRE, *La "privatizzazione" delle fonti di diritto penale. Un'analisi comparata dei modelli di responsabilità penale nell'esercizio dell'attività d'impresa*, Bologna, 2014.

<sup>86</sup> A. SESSA, *Strutture e opzioni di valore: il diritto penale "inedito" tra nomofilachia delle norme e utopia dinamica*, in *Cass. pen.*, n. 2, 2021, 761 «nel rispetto del modello discorsivo-relazionale orientato da situazioni necessitate ed in presenza di un *deficit* assoluto di conoscenza, diversamente dalle verifiche di necessità e proporzione *ex post* affidate all'accertamento in concreto di terzi (il giudice) - come nella giustificazione sostanziale - si è venuto, allora, enucleando, così come recepito anche nella più recente evoluzione giurisprudenziale, un

È chiaro come una simile difficoltà abbia ricadute sulla comunicabilità per mezzo della norma, del disvalore retrostante lo stesso precetto. Al crescere della complessità sociale e alla difficoltà di tutelare unicamente beni giuridici di evidente rilevanza, fa infatti seguito la perdita di “visibilità” dell’illecito. Se, infatti, «il tipo nasce [...] in stretta aderenza ai quadri di vita in cui quelle condotte (oggetto dell’incriminazione) accadono con ricorrenza e diviene sintesi significativa della vita di tali quadri», con l’avanzare della complessità sociale «non è più possibile utilizzare paradigmi normativi puramente e specularmente imitativi di modalità aggressive visualmente isomorfe»<sup>87</sup>.

Prendendo ad esempio fattispecie di carattere artificiale, quale per esempio lo sversamento non autorizzato di acque reflue o inquinate nei corsi d’acqua, si può facilmente notare come le condotte incriminate non abbiano una propria specifica visibilità; agli occhi di un osservatore esterno, infatti, la morfologia della condotta appare la medesima sia che l’attività di smaltimento sia perfettamente lecita, perché autorizzata, sia se

---

‘inedito’ spazio libero dall’illecito come spazio di diritto libero in cui la neutralità dell’ordinamento viene condizionato a criteri tassativamente pre-determinati per legge e tali da rendere lecita anticipatamente una consapevole decisione ovvero una ineccepibile prognosi privilegiata statale perché verificate nel rispetto di una costitutiva procedura giustificante di condotte che, non impedibili, benché lesive, vengono garantite da un orientamento solo così razionalmente neutrale rispetto alla migliore tutela possibile in quel momento del valore, anche solidaristico, di volta in volta coinvolto e affidato alla insindacabile decisione del soggetto decidente qualificato».

<sup>87</sup> M. PAPA, *Fantastic Voyage*, cit., 76. L’Autore ripercorre la storia della tipicità, ovvero della genesi dei tipi criminosi. La storia parte, come è ovvio, dal mondo antico, nel quale la definizione degli illeciti matura per opera della comunità sociale che, cogliendone il tratto isomorfo, incrimina tutti i comportamenti «dotati di spiccata visibilità e riconoscibilità», a prescindere dalla loro lesività. Vengono infatti ritenuti illeciti anche comportamenti che, seppur non lesivi, abbiano la medesima forma esteriore di quelli offensivi. È il caso delle regole del *Talmud* secondo le quali anche ciò che “appare” come simile al male, seppur solo nella forma esteriore, viene vietato. Sulla nascita e lo sviluppo della tipicità penale, fondamentale A. GARGANI, *Dal corpus delicti al Tatbestand. Le origini della tipicità penale*, Torino, 1997. Per l’approfondimento del principio di tipicità, nella dottrina italiana v. F. PALAZZO, *Principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979, 342 ss.; M. RONCO, *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell’ordinamento vigente*, Torino, 1979, 139 ss.; ID., *Precomprensione ermeneutica del tipo legale e divieto di analogia*, in E. Dolcini, C. E. Paliero (a cura di) *Studi in onore di G. Marinucci*, Milano, 2006, 693 ss.; G. VASSALLI, voce *Tipicità (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1992, XLIV, 535 ss.

illecita perché posta in essere in assenza del necessario provvedimento amministrativo, ovvero oltre i limiti consentiti dalla legge. Man mano che la costruzione del tipo richiede il riferimento a nozioni extrapenali, dal contenuto tecnico, si fa sempre più difficile individuare la forma dell'illecito ed è necessario ricorrere a chiavi per decifrare «parole dal significato non immediato e univoco»<sup>88</sup>.

Appare, dunque, chiaro come la crisi assiologica oltre ai numerosi problemi che pone in termini di valore del bene giuridico quale criterio sul quale si impernia e si legittima la tutela penale, abbia notevoli riflessi sull'efficacia della fattispecie nel comunicare il disvalore ad essa sottostante. La stessa dislocazione delle fattispecie in luoghi differenti dal *corpus* codicistico, dovuta alla necessaria interazione con le specifiche discipline cui offre tutela, come si vedrà, comporta un affievolimento delle capacità comunicative dell'intero sistema normativo.

## **5. La crisi comunicativa del precetto penale**

Si è detto che alla norma penale è attribuito un primario compito di orientamento delle condotte dei cittadini. Per svolgere una simile funzione, e al contempo per non tradire quell'istanza di garanzia che permea il principio di tipicità e che vuole il potere punitivo dello Stato limitato entro gli stretti confini della fattispecie, essa deve avere i caratteri della chiarezza e determinatezza. Per poter orientare il comportamento dei cittadini la regola di condotta deve infatti essere comprensibile e determinata, oltre che precedere la condotta stessa.

La conoscibilità del precetto è dunque un presupposto ontologico della funzione comando della fattispecie. Come si è detto, la crescente complessità di situazioni fattuali che il diritto penale si trova a regolare, così

---

<sup>88</sup> M. PAPA, *Fantastic Voyage*, cit. 79.

come l'avanzamento della tecnica, seguito da quello della tecnologia, e il conseguente accrescimento dei rischi ad esse connesso, insieme al moltiplicarsi delle interazioni sociali, hanno innestato un processo di moltiplicazione dei tasselli da inserire nella descrizione del fatto tipico. La relativizzazione della realtà e delle forme accentua le difficoltà di individuare, per mezzo delle parole, segmenti di realtà che riflettano chiare (e condivise) «fenomenologie di comportamenti»<sup>89</sup>.

All'aumentare del numero di contenuti tecnici che, come si è detto, entrano necessariamente a far parte della fattispecie, si acuisce la perdita di quella "visualità" che dovrebbe garantire l'immediata percezione di quale sia il comportamento da cui astenersi, in favore di una tecnicità che spinge la norma penale ad appiattirsi sul diritto amministrativo; il carattere tecnico di quest'ultimo si riversa infatti nel contenuto sempre più incomprendibile delle norme, la cui costruzione risulta stratificata e costituita da continui rinvii normativi<sup>90</sup>. Sotto questo specifico profilo il tema della funzione comunicativa della norma penale e della crisi che essa sta attraversando è strettamente connesso a quello della decodificazione, inteso quale fenomeno di progressiva perdita di valore della forma-codice, a favore della dislocazione delle fattispecie penali all'interno di leggi speciali (c.d. *extra codicem*), leggi organiche comprensive di legislazioni a carattere tecnico<sup>91</sup>.

I fattori elencati mettono "in pericolo" la riconoscibilità del precetto,

---

<sup>89</sup> M. PAPA, *Fantastic Voyage*, cit., 112, il quale parla di un diritto che «usa lo specchio più che la voce» per sottolineare il carattere narrativo e visuale della tipicità penale che, più che ordinare, dovrebbe mostrare schemi di comportamento e di aggressione che costituiscano paradigmi iconografici di illiceità già presenti nella società.

<sup>90</sup> Mette in luce come il fenomeno si accompagni ad una fuga anche dallo strumento legislativo, per ricondurre il precetto a forme di normazione morbida alla ricerca di maggiore certezza e determinatezza delle regole di comportamento che il precetto non è più in grado di fornire, V. TORRE, *Linee guida e tassatività*, in M. Mantovani, F. Curi, S. Tordini Cagli, V. Torre, M. Caianiello (a cura di), *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, Bologna, 2016, 309 ss.

<sup>91</sup> Sul tema della decodificazione e ricodificazione, v. *infra*, par. 5.2.

ovvero la sua individuazione quale necessario antecedente della sua conoscibilità<sup>92</sup>, aumentando considerevolmente il rischio che il destinatario sia indotto in errore.

Senza considerare l'ormai centrale ruolo svolto dal momento interpretativo, che già in sé mina quel contenuto di certezza che dovrebbe fare da ontologico presupposto alla funzione comunicativa della fattispecie e alla sua conoscibilità da parte del destinatario.

La fattispecie dovrebbe dunque parlare al cittadino, prospettandogli chiaramente quale sia il comportamento vietato e quali le conseguenze in caso di violazione. Ma immersa in una tale complessità essa non sempre è in grado di esprimere tutto e subito. Tale difficoltà, oltre al profilo strettamente comunicativo di cui si è detto, è ricollegabile a due ulteriori fenomeni.

Il primo è il valore, seppur tendenziale, "recessivo" del divieto, e cioè del comando negativo. Come noto, il diritto penale si pone come strumento di conservazione di beni giuridici, tutelati contro azioni aggressive; esso prospetta schemi di azione che il cittadino deve astenersi dal compiere e il suo fine è dunque l'inerzia. L'età postmoderna, tuttavia, non trova più nella staticità, nel limite e nell'inazione la propria principale forma espressiva; piuttosto l'azione, la libertà e il fare sono le caratteristiche che la innervano. In un mondo in cui ogni soggetto è chiamato, in definitiva, sempre ad agire in qualche modo, sono necessari precetti giuridici che indichino cosa "fare" piuttosto che cosa "non fare"<sup>93</sup> e la forma giuridica che per eccellenza si fonda sul divieto di commettere determinate azioni non risulta, dunque, più congeniale.

---

<sup>92</sup> Per un approfondimento del principio di riconoscibilità, e sulla prospettazione di un sistema di tutela composito, piramidale e comprendente un complesso di tutele alternative a quella penale che valorizzino il recupero della relazione tra precetto e destinatario in un'ottica *discorsiva* e *dinamica*, fondamentale G. ROTOLO, *'Riconoscibilità' del precetto e modelli alternativi di tutela. Analisi critica del diritto penale dell'ambiente*, Torino, 2018.

<sup>93</sup> Riprova ne sia l'espansione del modello colposo il quale, per mezzo delle regole cautelari, si struttura come modello di azione positivo.

Tra comando e divieto, sebbene appartenenti allo stesso *genus*, esistono differenze funzionali e psicologiche, tra le quali rientra il fine cui si rivolge la norma così formulata. Rispetto ad esso, il divieto mira a rendere possibile la convivenza mentre il comando tende a rendere possibile la collaborazione, rappresentando così uno stadio più avanzato del controllo sociale<sup>94</sup>.

La stessa tutela dei beni giuridici per risultare efficace necessita sempre più frequentemente di azioni positive, attive, trovando nel comando (positivo), piuttosto che nel divieto, una più efficace forma di tutela. Il comando, infatti, si pone come interlocutore migliore di un diritto penale che è sempre meno conservativo e sempre più propulsivo, in pieno accordo con la tendenza dello stesso ad assumere compiti promozionali originariamente estranei alla sua essenza, che lo rendono pericolosamente vicino ad uno strumento di governo della società piuttosto che di limite alla criminalità.

Se il divieto restringe il campo d'azione di un individuo solo in rapporto ad una singola azione individuabile, lasciandolo libero di operare come vuole nel restante ampio spazio di libertà, al contrario per mezzo del comando il soggetto è costretto ad agire secondo un modello d'azione indicato e ben definito<sup>95</sup>. Si può sempre aggiungere componenti al comando, imponendo di fare qualcosa di più e di ulteriore. Al contrario è paradossalmente

---

<sup>94</sup> Cfr. N. BOBBIO, voce *Norma giuridica*, in *Noviss. Dig. It.*, XI, Torino, 1961, 331, 332, il quale evidenzia come paradigma del divieto sia il principio del *neminem laedere*, mentre quello del comando rimandi al *suum cuique tribuere*. L'Autore mette in luce altre due distinzioni tra comando e divieto, ulteriori rispetto a quella basata sul fine. Con riguardo al *destinatario*, il divieto richiede uno sforzo minore, se pur continuo, per essere rispettato; al contrario il comando necessita di uno sforzo maggiore seppur circoscritto a determinate circostanze e condizioni. Ancora, con riferimento agli *effetti*, se in presenza di due sole alternative per raggiungere un determinato scopo l'imposizione dell'una determina il divieto dell'altra, qualora le possibili scelte siano più numerose i due imperativi hanno effetti differenti; il comando di un'azione, infatti, determina la proibizione delle altre secondo la massima «le alternative non comandate sono proibite», mentre per il divieto «le alternative non proibite sono permesse». Il comando è dunque esclusivo mentre il divieto puramente limitativo.

Parla di funzione propulsiva del diritto penale, assoluta per mezzo dei reati omissivi, G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979, 56 ss.

<sup>95</sup> N. BOBBIO, voce *Norma giuridica*, cit., 331.

più difficile dire, attraverso il divieto in che modo un certo bene debba essere “protetto” e (attivamente) tutelato. In breve, c’è un solo modo di astersi ma tanti modi di agire.

Dimostrazione ne sia l’ampliamento della sfera di operatività dei reati omissivi, non solo per mezzo di nuove fattispecie, ma anche e soprattutto attraverso la “valorizzazione” della categoria stessa dell’omissione, il cui presupposto solidaristico viene esaltato oltre i confini consentiti dalla natura stessa del diritto penale<sup>96</sup>.

In secondo luogo, il problema del “rischio penale” e della sua gestione sembra nascere proprio dalla condizione di mancata intellegibilità del sistema. Del contenuto precettivo delle singole norme, *in primis*, e, in seconda battuta, del loro sistematico coordinamento<sup>97</sup>.

Abbandonata la prospettiva di un codice decalogo, l’ottica da adottare è quella di una legislazione complessa e composita nella quale la ricostruzione della regola di comportamento deve fare i conti con una necessaria opera di ricomposizione e interrelazione del sistema<sup>98</sup>. La crisi comunicativa del precetto è legata a filo doppio con l’avanzare di tecniche di gestione giuridica dei fenomeni, che dalla regolazione passano alla *regolamentazione*, dal governo alla *governance*.

---

<sup>96</sup> Dalla lettura di alcuni recenti pronunciamenti si evince chiaramente il tentativo operato dalla giurisprudenza di allargare le maglie dell’omissione per il tramite di posizioni di garanzia scaturentesi da precedente azione illecita (teoria dell’ingerenza), *negotiorum gestio* e fino a giungere alla valorizzazione, in tal senso, della teorica civilistica del c.d. contatto sociale. Sul punto Cfr. Cass. pen., sez. IV, 4 luglio 2007, n. 25527; Cass. pen., sez. IV, 2 dicembre 2011, n. 13547, in *CED*, rv. 253293; Cass. pen., Sez. V, 19 luglio 2021, n. 27905.

<sup>97</sup> Parla di «galassie nane» per esprimere l’attuale stato del fenomeno del concorso di norme, M. PAPA, *Fantastic Voyage*, cit., 197 ss.

<sup>98</sup> Ne è riprova il testo del DPCM n. 169 del 2017, il quale con riguardo all’analisi dell’impatto della legislazione fa riferimento ad una valutazione integrale della stessa, nella sua complessità, e non alle norme singolarmente considerate.

## 5.1. La perdita di ruolo del legislatore e l'intraprendenza giurisprudenziale

Tra le cause che contribuiscono alla crisi comunicativa del precetto penale, un ruolo di rilievo lo ricopre la perdita di centralità del legislatore, le cui ricadute sulla fattispecie e sulla funzione comando sono ben comprensibili: come è noto, infatti, la predeterminazione legislativa dei fatti oggetto di sanzione penale costituisce garanzia, duplice e primaria, per il cittadino.

Da una parte, sotto il profilo della certezza giuridica, la possibilità per il cittadino di conoscere in anticipo il limite tra azioni lecite ed illecite lo garantisce nella sua libertà d'azione, proteggendolo da possibili abusi. Dall'altra, secondo un punto di vista che guarda alla modalità di produzione della fonte, il carattere legislativo della norma penale assicura la democraticità delle scelte di incriminazione; il carattere rappresentativo della maggioranza, insieme con il necessario confronto con le minoranze che la sede parlamentare consente, garantiscono (dovrebbero garantire) che le scelte di incriminazione rappresentino sempre l'*extrema ratio* poiché solo i fatti sulla cui illiceità si raggiunga un largo consenso dovrebbero trovare l'approvazione del Parlamento.

Già in questa sua prima declinazione il modello è smentito dalla realtà: il fenomeno dell'ipertrofia penalistica è sotto gli occhi di tutti. Conseguenza della complessità sociale e dell'uso eccessivo in chiave opportunistico-simbolica della norma penale, esso rivela l'incapacità della legalità legislativa di garantire l'uso parsimonioso delle risorse penali.

L'utilizzo delle norme penali per acquisire facili consensi politici attraverso interventi securitari, non ponderati, non condivisi e di carattere non sistematico, spesso non rispettosi di principi generali che dovrebbero guidare qualsiasi intervento di parte speciale, comporta una torsione della stessa *ratio essendi* del diritto penale, di quell'equilibrio tra *favor rei* e *favor societatis* che da sempre rappresenta la più ardua «sfida dei sistemi penali

democratici»<sup>99</sup>.

Da tempo si parla di crisi del modello parlamentare, intendendo così l'inadeguatezza del Parlamento a legiferare in modo soddisfacente, quale conseguenza di una più generale incapacità dello stesso di rimanere struttura politica adeguata a rappresentare e rispondere alle esigenze poste dalla società. Le esigenze di celerità cui la giuridicità è oggi sottoposta, chiamata come è a regolare fenomeni in continuo divenire, rendono la legge uno strumento troppo pesante per poter soddisfare tali necessità.

Anche in ambito penale, dove, come si è detto, la garanzia della riserva di legge dovrebbe presiedere al mantenimento in vita di una ampia base di dialogo funzionale a scelte di criminalizzazione consapevoli e mediate, lo strumento legislativo risente dei mutamenti in essere. La complessità dei fenomeni che si stagliano sullo sfondo delle fattispecie richiede sempre più spesso valutazioni di carattere tecnico-applicativo, difficilmente esperibili in sede parlamentare, con la conseguenza che, anche in tale materia, è spesso il governo a compiere e attuare scelte di criminalizzazione in sede di delega parlamentare ma anche, e sempre più frequentemente, mediante il ricorso abusivo alla fiducia parlamentare, strumento che soffoca il confronto ed "estorce" i consensi.

Ma anche lo stesso prodotto normativo, la fattispecie, non è in grado di rispettare i principi che ne vorrebbero il precetto racchiuso tra le maglie della tipicità; al contrario essa deve farsi integrare per il tramite di elementi normativi che rinviino a fonti sub-legislative, più idonee a contenere un ampio numero di dettagli tecnici.

Sottratto così al Parlamento il ruolo di sede di dialogo della maggioranza con le minoranze, fondamentale per raggiungere scelte di valore tanto alto quale dovrebbero essere quelle in materia penale, la normativa in materia penale è ormai priva di ogni sistematicità. Tanto che taluno ha

---

<sup>99</sup> G. MINICUCCI, *Il diritto penale della vittima. Ricadute sistematiche e interventi*, in *Riv. pen.*, fasc. 12, 2020, 1042.

avanzato l'ipotesi di una possibile introduzione, a tutela di tali componenti, anche in Italia di istituti di legalità rafforzata sul modello della *Ley Organica* spagnola<sup>100</sup>, che impegnino realmente e in misura consistente la sede parlamentare.

In tale assetto, le carenze delle tecniche legislative, soppiantate da interventi spasmodici, incoerenti e asistematici si riversano sulla forma e sul contenuto del precetto penale, dando luogo a fattispecie mal costruite, non ponderate, confuse e spesso incomplete, che manifestano in modo chiaro la mancata attenzione allo studio del linguaggio – generale e giuridico in particolare.

Se il “malcostume normativo” che porta allo scadimento delle tecniche di incriminazione rappresenta il sintomo dell'inadeguatezza della sede parlamentare ad accogliere l'estremo tecnicismo che talora si rende necessario, ad una più attenta analisi esso appare come la spia di una patologia che ha radici più profonde e complesse. Esse risiedono nell'incapacità di adottare decisioni politico-criminali che si fondino su scelte assiologiche chiare, con la conseguenza diretta e immediata di affidarle a chi applica il diritto, ovvero i giudici.

Tale difficoltà deriva in parte dalla crisi di rappresentatività che il Parlamento sta attraversando da anni<sup>101</sup> e dall'incapacità di giungere ad una

---

<sup>100</sup> Come noto, la Costituzione spagnola del 1987 prevede, all'art. 81, che, per l'introduzione e la modifica di norme «in materia di sviluppo dei diritti fondamentali e delle libertà pubbliche» (tra cui rientrano, evidentemente, quelle penali) sia necessaria la maggioranza assoluta del Congresso che voti sul progetto di legge nel suo insieme. V. F. PALAZZO, M. PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, 3<sup>a</sup> ed., Torino, 2013, 164, 165. Con riferimento alla dottrina italiana che ne auspica l'introduzione nel nostro ordinamento v., E. MUSCO, *L'illusione penalistica*, Milano, 2004, 185; G. LOSAPPIO, *Diritto penale del nemico, diritto penale dell'amico, nemici del diritto penale*, in *Ind. pen.*, 2007, 51 ss.; C. CUPELLI, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Napoli, 2012, 321 ss.; M. MANTOVANI, *Contributo ad uno studio sul disvalore di azione nel sistema penale vigente*, Bologna, 2014, 146 ss. Posizioni riassunte in e ampiamente commentate in G. FORNASARI, *Argomenti per una riserva di legge rafforzata in materia penale*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 28 maggio 2018.

<sup>101</sup> Volendo datare un possibile inizio di tale crisi possiamo tornare indietro nel tempo, fino agli anni del compromesso storico, del rapimento e uccisione di Aldo Moro, per poi passare a quello che ha rappresentato per lo scenario politico italiano una sicura battuta

sintesi di quel pluralismo politico-culturale che innerva la società, impedendo così ogni tentativo di recupero di una razionalità penalistica ordinaria in grado di ricondurre ad unità il quadro ordinamentale. A conferma si può osservare il fiorire di fattispecie indeterminate, non solo sul versante linguistico ma addirittura sotto il profilo del tipo delittuoso, destinate *ab origine* ad essere colmate in fase applicativa<sup>102</sup>.

L'urgenza di mettere mano al problema della qualità della normazione è un problema sentito tanto nel nostro paese quanto a livello sovranazionale e tale da aver condotto la Commissione europea ad adottare una Risoluzione dedicata alla "*better regulation*" ("legiferare meglio"); intervento ritenuto dall'OCSE uno degli approcci normativi più avanzati al mondo<sup>103</sup>.

Appare dunque chiaro come, l'incapacità di confezionare prodotti legislativi chiari e precisi abbia condotto la stessa legalità (legislativa), e dunque la norma penale, a perdere la sua funzione di orientamento per il cittadino.

È proprio su questo punto che si inserisce il secondo fenomeno, di carattere interno, che ha contribuito, nel tempo, all'erosione del paradigma legicentrico. Si tratta del rafforzamento del ruolo svolto dal potere giudiziario, chiamato a maneggiare l'indomabile materia di un diritto liquido, *flou*, policentrico, senza codice<sup>104</sup>. L'aggettivazione del fenomeno come "giurisdizionalizzazione della politica" o "politicizzazione della giurisdizione"<sup>105</sup>

---

d'arresto, cioè "Tangentopoli"; i partiti uscirono rattrappiti da tali vicende e abbandonarono gradualmente il loro ruolo di rappresentanti sociale fino a diventare mera espressione del sistema pubblico, resisi incapaci di rispondere alle domande di individuazione dell'etica pubblica e di scelte assiologiche di fondo. Il ruolo di "rappresentazione" del popolo comincia ad essere assunto da singoli movimenti, "specializzati" che raccolgono specifiche istanze: il femminismo, l'ecologismo ecc.

<sup>102</sup> F. GIUNTA, *Al capezzale del diritto penale moderno (e nella culla, ancora vuota, del suo erede)*, cit., 385.

<sup>103</sup> Cfr. OCSE, *Prospettive OCSE 2018 sulla politica*, Parigi, 2019

<sup>104</sup> V. MANES, *Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di deontologia ermeneutica*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 17 gennaio 2018, 2.

<sup>105</sup> Sul tema, senza pretese di completezza, cfr. M. J. MOSSMAN, G. OTIS, *The judiciary as Third Branch of Government: Manifestations of Challenges to Legitimacy*, Montréal, 2000; N. C.

ben delinea la preoccupante commistione tra poteri cui si assiste e nella quale si afferma la supplenza della magistratura nei confronti della politica<sup>106</sup>, sempre più annichilita.

Tale crisi, sul versante interno, ha comportato l'emersione del c.d. "diritto penale giurisprudenziale, quale conseguenza dell'assunzione di una crescente maggiore centralità del momento processuale-applicativo in luogo di quello legislativo-normativo<sup>107</sup>.

La storia della crisi della legalità formale è infatti, almeno nel nostro Paese, fortemente legata all'ascesa del diritto giurisprudenziale; in questa prospettiva l'analisi del fenomeno non può che involgere i fenomeni di trasformazione che hanno riguardato le istituzioni, insieme con il mutamento del ruolo del giudice nel contesto politico, istituzionale e sociale<sup>108</sup>. Difatti, come è stato evidenziato, «se la legge penale ha mutato le sue caratteristiche e il giudice i suoi compiti, è evidente che ne abbia risentito anche il rapporto

---

TATE, T. VALLINDER, *The Global Expansion of Judicial Power*, New York, 1995; R. HIRSCHL, *Towards Juristocracy: The origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge, 2004; G. HIRSCH, *Verso uno stato di giudici? A proposito del rapporto tra giudice e legislatore nell'attuale momento storico*, in *Criminalia* 2007, 107 ss.; A. GARGANI, *Verso una 'democrazia giudiziaria'? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo*, cit., 99 ss.; M. DONINI, *Sistema delle fonti penali e garanzie giurisdizionali in un'Europa coordinata dal potere giudiziario*, in S. Mir Puig, M Corcoy Bidasolo (dir.), V. Gomez Martín (coord.), *Garantias constitucionales y Derecho penale europeo*, Madrid, 2012, 179 e ss.

<sup>106</sup> L'attribuzione di funzioni indirettamente politiche alla giurisdizione trasformano la magistratura in 'giudice di scopo', al quale non è più affidata la sola applicazione della legge ma il perseguimento di politiche criminali in senso lato. Espressioni come "combattere la mafia" "combattere il terrorismo" quali specifiche attribuzioni dei giudici e pubblici ministeri ben sottolineano il carattere del mandato che la politica affidò alla magistratura a partire dagli anni Settanta. L'idea che il magistrato potesse effettivamente sostituirsi al politico si fece sempre più vivo in seno alle vicende giudiziarie dei primi anni Novanta; il fenomeno di Tangentopoli, coinvolgendo direttamente la classe politica ne accentuava la crisi di credibilità etica mettendola in diretta competizione con il potere giudiziario. L. VIOLANTE, *La crisi del giudice "bocca della legge" e l'emergere di nuove concezioni del ruolo giudiziario*, in C. Guarnieri, G. Insolera, L. Zilletti (a cura di), *Anatomia del potere giudiziario. Nuove concezioni, nuove sfide*, Roma, 2016, 26.

<sup>107</sup> Sul crescente ruolo suppletivo del processo penale rispetto al momento normativo, e la conseguente sostituzioni dei valori dell'etica politica con quelli desumibili dal codice penale, v. F. GIUNTA, *Dal governo delle leggi al governo degli uomini? A proposito delle influenze reciproche tra diritto e processo*, in *Studi Senesi*, CXXV, 2013, 23 ss.; L. VIOLANTE, *La crisi del giudice "bocca della legge" e l'emergere di nuove concezioni del ruolo giudiziario*, cit., 31.

<sup>108</sup> G. FIANDACA, *Il diritto tra legge e giudice*, Padova, 2002.

tra il potere legislativo e quello giudiziario»<sup>109</sup>.

Ben lontano dal modello che lo vorrebbe *bouche de la loi* e dall'illusoria pretesa di legarne le mani che affondava le proprie radici nei sentimenti che mossero la Rivoluzione francese, il giudice moderno ha attraversato differenti fasi che lo hanno condotto ad assumere l'attuale fisionomia.

Durante l'Ottocento e nei primi decenni del Novecento si poteva riscontrare ancora in ogni proposizione legislativa le caratteristiche della chiarezza, conoscibilità e applicabilità cui conseguiva un apprezzabile stato di certezza del diritto. Seppur già lontani dall'onirica versione illuministica, il modello si declinava secondo un giudice che fosse "bocca del governo", e dunque mai autonomo. A partire dagli anni Sessanta, il clima cambiò radicalmente, sospinto dal movimento sessantottino che si muoveva contro la società autoritaria e che mise in crisi tutte le gerarchie, nel pubblico come nel privato. Anche l'attuazione della Carta costituzionale, resasi necessaria per adeguare la normativa esistente ai nuovi valori ivi contenuti, contribuì a mutare il ruolo della magistratura, chiamata ad assumere il compito di controllore della correttezza costituzionale delle leggi al fine di poterne promuovere l'eventuale caducazione ad opera della Corte Costituzionale; la seconda parte dell'art. 3 della Carta costituzionale, ha impegnato la magistratura nella ricerca di interpretazioni evolutive delle leggi introdotte precedentemente, contribuendo così a trasformarne il ruolo: da portatrice degli interessi delle classi dirigenti a destinataria primaria delle istanze sociali provenienti dalle fasce deboli della società.

È proprio in quegli anni che, per le condizioni venutesi a creare, inizia il cammino del protagonismo giudiziario. L'emergere di fenomeni criminali di origine politica contribuì fortemente a far risaltare la magistratura ed evidenziarne le caratteristiche di 'potere bianco', facendole acquisire insieme

---

<sup>109</sup> G. AMARELLI, *Legge penale e giudice: un vecchio rapporto alla ricerca di un nuovo equilibrio*, in *Cass. pen.*, 2014, 411.

al consenso di una buona parte dell'opinione pubblica e dei mezzi di comunicazione, un vero e proprio ruolo sociale, favorendo il «progressivo spostamento nella mani del potere giudiziario [...] delle strategie di politica criminale e delle conseguenti opzioni penalistiche»<sup>110</sup>.

La lenta ma costante trasformazione della figura del giudice, da mero interprete della legge a depositario di un nuovo ordine sociale, ebbe come conseguenza il mutamento della sua legittimazione sostanziale: da garantistico-processuale a socio-democratica<sup>111</sup>.

Nei decenni che seguirono alcuni fattori contribuirono a rafforzare l'influenza creativa della giurisprudenza e il ruolo di traino che i giudici iniziarono a svolgere nei confronti della società civile e della politica. Accanto alla crescente incertezza della legge, frutto, lo si è detto, di una scadente qualità dell'attività normativa unita alla difficoltà di orientarsi nel "labirinto"<sup>112</sup> all'interno del quale il giudice si trova intrappolato, si staglia, sul piano prettamente politico, la degenerazione del fisiologico conflitto democratico in permanente stato di scontro, che ha portato alla paralisi del Parlamento quale luogo di risoluzione dei conflitti sociali.

Di fronte a tali difficoltà il neo-costituzionalismo ha trasformato il modello della garanzia dell'esercizio dei diritti che trovava la sua essenza nella partecipazione alle istituzioni rappresentative<sup>113</sup>. Essa non risiede più, secondo tale corrente di pensiero, nell'unità politica e nella partecipazione dei

---

<sup>110</sup> G. INSOLERA, *Guardando nel caleidoscopio. Antimafia, antipolitica, potere giudiziario*, in *Ind. pen.*, 2015, 223 ss.

<sup>111</sup> G. PRETEROSSO, *Ciò che resta della democrazia*, Roma, 2015, 164 ss.

<sup>112</sup> Fa riferimento alla metafora del labirinto per esprimere le condizioni in cui il giudice moderno si trova nell'interpretare ed applicare le fonti, V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit.

<sup>113</sup> Il neo-costituzionalismo si caratterizza per il proliferare di diritti e garanzie frutto di variegati e frammentari istanze sociali o di pretese conformità a giurisprudenze sovranazionali. Ne consegue una proliferazione di diritti in assenza di criteri ordinatori orizzontali che, attraverso la tecnica del bilanciamento, lasciano spazio ad una componente creativa proprio al fine di tale composizione di interessi. Secondo il neo-costituzionalismo l'ordinamento giuridico incorpora principi e valori etico-politici i quali legittimano l'ordinamento non solo dall'esterno e da un punto di vista politico e morale, ma diventano vere e proprie norme, come nelle Costituzioni dove vengono ricordati in modo esplicito. Con l'integrazione e la comunicazione dello stato nazionale con gli ordinamenti sovranazionali, la cui

cittadini, bensì nella tecnocrazia delle giurisdizioni e nella loro indipendenza dalle istituzioni politiche<sup>114</sup>.

Si allenta così la connessione tra partecipazione politica e diritti individuali di cittadini sempre più “consumatori di libertà”, alla cui creazione però contribuiscono sempre meno.<sup>115</sup> La rinuncia, più o meno espressa e consapevole, da parte della politica a determinare le linee di confine tra essa e l’esercizio della giurisdizione ha contribuito ad elevare lo statuto della magistratura come potere.

Nello iato tra la perdita di ruolo del legislatore e l’intraprendenza giurisprudenziale, emergono fenomeni ibridi, che confermano quella commistione di poteri di cui si è detto.

Si fa riferimento alle ipotesi in cui il primo, rinunciando anche parzialmente al proprio ruolo, deleghi al potere giudiziario il compito di delimitare il campo applicativo delle fattispecie penali. Si tratta di un affidamento, espresso<sup>116</sup> od occulto, alla giurisdizione non tanto del compito di mediare

---

effettiva sovranità possiamo affermare essere espressa per lo più dalle relative corti di giustizia – CGUE e CEDU *in primis* – tali valori legittimanti coincide con ciò che viene espresso da tali organi giurisdizionali.

Sulle caratteristiche del pensiero “neocostituzionale”, quale frutto della riconosciuta dicotomia tra Costituzione e legge, N. ZANON, *L’ascesa del potere giudiziario, tra mode culturali e mutamenti giurisprudenziali*, cit., 37.

<sup>114</sup> «There is a close affinity between the existence of a constitutional catalogue of rights in a polity and judicial activism on the part of that polity’s judiciary», così ricollega l’aumento dei diritti riconosciuti dalle carte costituzionali e sovranazionali con il rafforzamento del potere giudiziario R. HIRSCHL, *Towards Juristocracy. The origins and consequences of the new constitutionalism*, Harvard, 2007, 1.

Nelle moderne democrazie potere politico e giurisdizioni rappresentano sfere tra loro confinanti. Laddove inizia una finisce l’altra e ad ogni arretramento dell’uno corrisponde un avanzamento dell’altro. Il potere politico limita l’esercizio della giurisdizione attraverso la determinazione delle fattispecie rilevanti per il diritto e il loro funzionamento. Al contempo l’ordinamento giuridico “è titolare delle regole per delimitare la forza del potere politico”. L’espressione tedesca *Kriminalpolitik im kleinen* dimostra bene come lo spazio interpretativo del giudice non possa che essere interstiziale, ovvero rimanere entro i confini della norma e limitarsi a riempire gli spazi lasciati aperti dal legislatore concretizzando nei singoli casi il programma generale di politica criminale deliberato in sede legislativa senza mai spingersi oltre.

<sup>115</sup> F. GIUNTA, *Al capezzale del diritto penale moderno, (e nella culla, ancora vuota, del suo erede)*, cit., 384; G. FIANDACA, *Il diritto penale tra legge e giudice*, cit.

<sup>116</sup> Basti ricordare la relazione al disegno di legge A.S. n. 19 del Sen. Prof. Nico D’Ascola, sul tema della rilevanza penale delle valutazioni nell’ambito delle fattispecie di false comunicazioni sociali: “La nostra Corte di cassazione dovrà valutare se gli elementi valutativi

tra generale e particolare, in un'opera di concretizzazione tesa ad integrare fatto e diritto, bensì della «mediazione tra opposte rappresentazioni del generale»<sup>117</sup>; tanto che la recente produzione legislativa non teme di offrire al giudice prodotti semi lavorati<sup>118</sup>, o al contrario, di recepire e positivizzare, *ex post*, fattispecie “create” anticipatamente dalla giurisprudenza, a tutto vantaggio del c.d. potere normativo del processo<sup>119</sup>.

Se visto dal punto di vista della crisi della fonte il fenomeno produce i ben noti problemi che abbiamo tentato brevemente di riassumere, esso si iscrive, sebbene a diverso titolo, anche come fattore di crisi della funzione comando della fattispecie. Guardato da questo punto di osservazione, infatti, lo spostamento del fulcro del ruolo di produzione del diritto rivela il declino di un linguaggio giuridico al quale si va affiancandosi un differente modo di “dire il diritto”. Il linguaggio del legislatore, sebbene malamente usato, si differenzia da quello usato dal giudice.

Se la comunicazione del messaggio normativo passa dalle esclusive

---

e le stime possano o meno rientrare all'interno di un concetto che implica fatti materiali rilevanti. [...] il relatore a tal proposito non dà alcuna risposta, perché non la deve dare: ci mancherebbe altro che la desse. Noi non siamo la Corte di cassazione che dà risposte giurisprudenziali: questo è un tema che la giurisprudenza affronterà. Ripeto, il relatore ha la sua risposta, ma non avrebbe alcuna efficacia e alcun significato vincolante; pertanto, il relatore ritiene di non poterla dare, bensì di non dover dare alcuna risposta su questo aspetto”. Sul punto cfr., D'ALESSANDRO F., *La riforma delle false comunicazioni sociali al vaglio del giudice di legittimità: davvero penalmente irrilevanti le valutazioni mendaci?*, in *Giur. It.*, 2015, pp. 2211 ss., il quale autore denuncia “l'inaccettabile sciattezza dell'attuale legislatore, il quale sembra scientemente abdicare al proprio ruolo di autore delle regole legali, rimettendo direttamente alla giurisprudenza il compito di stabilire il confine tra i comportamenti costituenti reato e quelli penalmente irrilevanti.”

<sup>117</sup> G. FIANDACA, *La legalità penale negli equilibri del sistema politico-istituzionale*, in *Foro It.*, 2000, 138.

<sup>118</sup> Si pensi, a titolo di mero esempio, alle riforme che hanno introdotto il delitto di autoriciclaggio (legge 15 dicembre 2014, n. 186) e i cc.dd. “eco-delitti” (legge 22 maggio 2015, n. 68); si pensi, altresì, a tutti i dubbi che permangono in relazione alla determinatezza degli eventi-condizioni nel reato di atti persecutori, pur a fronte dell'intervento della Corte costituzionale (sentenza 11 giugno 2014, n. 172, con nota di F. GIUNTA, *Il diritto (malamente) vivente salva gli atti persecutori*, in *Giur. Cost.*, 2014, 2738 ss.

<sup>119</sup> Come si è anticipato, oltre al difficile rapporto che negli ultimi decenni si è venuto a creare tra i poteri, il fenomeno appena menzionato è espressione un ulteriore problema, sul quale torneremo più approfonditamente *ultra*. Si fa riferimento alla crisi assiologica del diritto penale, che sempre più difficilmente è in grado di esprimere precetti di tutela di beni giuridici “a priori”, all'interno della norma.

mani del legislatore anche in quelle del giudice, il quale lo esprime attraverso la motivazione delle sentenze e, ancor di più, la loro massimazione<sup>120</sup> in sede di legittimità, appare evidente come il linguaggio con il quale simile messaggio viene veicolato è molto differente. La comunicazione giudiziaria, come è ovvio, è infatti molto diversa da quella legislativa e necessariamente mediata dall'opera interpretativa del giudice, condizionata a sua volta dal caso concreto.

Senza addentrarsi nelle problematiche dispute circa il carattere di fonte – almeno sostanziale – della giurisprudenza, tema che riguarda il profilo della legittimità della fonte prima che della sua consistenza, non si può tuttavia non mettere in luce come le sentenze di legittimità parlino un linguaggio anche rivolto ai cittadini. Il carattere «ambiguo»<sup>121</sup> del vertice di legittimità, stretto tra lo *ius constitutum* e lo *ius litigatoris*, determina un'ibridazione dei registri linguistici fortemente condizionata dalla duplicità dei destinatari cui le pronunce si rivolgono. Se da un lato la funzione di controllo sull'operato dei giudici dei gradi precedenti porta ad un registro stilistico tecnico e puntuale, la necessità sempre più avvertita di comunicare ai cittadini le regole di condotta comporta un registro più discorsivo e proiettato verso il futuro. Tale duplicità prospettica e funzionale incide sulla struttura linguistica delle pronunce di legittimità «[...] caratterizzate da un'alta densità di argomenti giuridici enunciati in termini generali ed astratti, tanto pertinenti al caso di specie quanto proiettati, al pari delle autentiche disposizioni, nel futuro ordinamentale»<sup>122</sup>. Prova ne sia che – stando alla teoria del diritto vivente – questi *dicta* riguarderebbero, non solo i giudici, ma anche la collettività chiamata a desumere la reale portata di

---

<sup>120</sup> Sul tema della massimazione e, più in generale, delle opere di raccolta e divulgazione del materiale giurisprudenziale vi sarebbe molto da dire, così come numerosi sono i profili problematici che il carattere discrezionale di simili attività rivela; sul punto cfr. D. MICHELETTI, *Le fonti di cognizione del diritto vivente*, in *Criminalia*, 2012, 619 ss.

<sup>121</sup> Il riferimento è a M. TARUFFO, *Il vertice ambiguo. Saggi sulla cassazione civile*, Bologna, 1991.

<sup>122</sup> D. MICHELETTI, *Le fonti di cognizione del diritto vivente*, cit., 620.

una legge più dalla sua reale applicazione pratica che non dal testo normativo.

Se è vero che in ogni messaggio linguistico si «accentua sempre il segno caratteristico [ritenuto] più rilevante»<sup>123</sup>, appare chiaro che nell'opera di costruzione dell'impianto motivazionale delle sentenze il peso rappresentato dal caso concreto non può essere sottovalutato; così come la sua influenza in sede di massimazione.

Che il linguaggio del diritto, con la mediazione - e talvolta sostituzione - della giurisprudenza, si faccia differente, dialogico, "liquido", è dimostrato anche dai recenti sviluppi in ordine al ruolo assunto dalla Corte costituzionale, nel modo di intendere il proprio ruolo rispetto al legislatore penale. In tale prospettiva si iscrive il nuovo volto assunto dal sindacato di legittimità costituzionale sulle scelte legislative in materia penale <sup>124</sup>.

Mutamento i cui principali caratteri si rivelano, in primo luogo, nella parabola di sviluppo del giudizio di proporzionalità delle fattispecie penali.

Abbandonato, a partire dalla sentenza n. 236 del 2016, il più cauto approccio<sup>125</sup> che, individuando nella sanzione il limite ultimo di intervento del giudizio di legittimità costituzionale, ne limitava l'intervento ai soli casi in

---

<sup>123</sup> F. W. NIETZSCHE, *Linguaggio e verità* (1869-1875), a cura di M. Carassai, Roma, 2016, 46.

<sup>124</sup> Sottolinea come il contesto, inteso come il segmento di storia politico-costituzionale in cui ci si trovi immersi, forgi evolvendolo senza sosta lo strumentario decisorio della Corte e come «le stesse dottrine elaborate dal giudice costituzionale [...] costituiscano anche una modalità di rinnovazione costante della *legittimazione* dell'organo in un contesto istituzionale e sociale in cambiamento», D. TEGA, *La traiettoria delle rime obbligate. Da creatività accessoria, a felix culpa, a gabbia troppo costrittiva*, in *Sistema penale*, 2, 2021, 10

<sup>125</sup> Come noto, prima della richiamata sentenza, il vaglio di proporzionalità della sanzione che la Corte riteneva di poter svolgere era di carattere relativo. Considerando la sanzione competenza assoluta del legislatore la Consulta riteneva di non poter sindacare, in via assoluta, la proporzionalità dell'editto, potendo intervenire soltanto nei limitati casi in cui questa, messa in comparazione con altre fattispecie tutelanti beni giuridici assimilabili, risultasse sproporzionata. E tale criterio ha trovato applicazione in un cospicuo numero di pronunce. V. C. Cost, n. 26 del 1979 con la quale la Corte ha censurato l'irragionevole equiparazione sanzionatoria all'interno nella fattispecie di insubordinazione militare (codice militare) tra omicidio e lesioni gravissime; C. Cost. 341 del 1994 con riguardo all'oltraggio a pubblico ufficiale; C. Cost. n. 409 del 1989 sulla fattispecie di violazione dell'obbligo di leva militare; ancora, C. Cost. n. 68 del 2012 con riferimento al sequestro a scopo di estorsione.

cui fosse un *tertium comparationis* a rivelare la manifesta sproporzione sanzionatoria della norma, la Corte ha manifestato la propensione ad un uso più penetrante delle decisioni manipolative con riguardo alle scelte sanzionatorie operate dal legislatore.

Individuato nel principio di proporzionalità della pena, ricostruito quale corollario dei principi di uguaglianza a finalità rieducativa della pena (artt. 3 e 27 Cost.), il referente del proprio sindacato, la Corte rinuncia allo schema triadico in favore di un sindacato diretto sulla congruità intrinseca delle pene edittali. Un passaggio da un giudizio di tipo «ordinale» ad uno di tipo «cardinale»<sup>126</sup>, che evidenzia un affievolimento della preoccupazione di invadere gli spazi di discrezionalità del legislatore da parte della Corte, che assume, al contrario, un ruolo attivo nella tutela dei diritti e delle garanzie che stanno sullo sfondo delle scelte sanzionatorie.

Il ruolo della Corte si è fatto ancor più forte nei confronti del legislatore, colpevole come si è detto di non essere in grado di dare soluzione a problemi assiologicamente pregnanti e complessi, per il tramite dell'utilizzo delle c.d. sentenze monito, nella declinazione ad esse data dalla stessa Corte negli ultimi pronunciamenti<sup>127</sup>. Appare chiaro come l'utilizzo di tale strumento decisorio, con il quale la Consulta sollecita il legislatore ad intervenire entro un determinato lasso di tempo, prospettando in caso contrario un'incostituzionalità differita, ponga rilevanti questioni in ordine al principio di legalità e alla separazione dei poteri. Così facendo, infatti, non solo la

---

<sup>126</sup> La felice distinzione tra un giudizio di proporzionalità di tipo "ordinale", che implica una verifica di carattere relativo, comparativo, fondata su un ordine esterno alla coppia fattispecie-pena e che chiama in causa un ordine di grandezze in cui tale rapporto si inserisce, e un giudizio di tipo "cardinale", a carattere assoluto, interno alla coppia stessa, è di M. PAPA, *Fantastic voyage*, cit., 136, 137.

<sup>127</sup> La c.d. sentenza monito, creata in via pretoria al fine di evitare il pericolo che, in conseguenza di una secca dichiarazione di incostituzionalità, si venissero a creare pericolosi vuoti normativi, aveva in origine un carattere più "morbido", di mero consiglio che ben si inseriva in un contesto di leale collaborazione tra organi costituzionali. Recentemente, in risposta alla perdurante inerzia che ha fatto seguito ai moniti della Corte, rimasti perlopiù inascoltati, la Consulta ha iniziato ad accompagnare il monito con imposizione di "vincoli" di tempo, di modo e di contenuti che l'adempimento da parte del Parlamento dovrebbe rispettare.

Corte si inserisce nei lavori parlamentari, dettandone l'agenda politica, ma si accinge a svolgere funzioni di vera e propria supplenza legislativa.

Dunque, il ruolo del giudice nelle moderne società tende a eccedere i limiti che ad esso erano stati posti nel tradizionale modello di Stato di diritto tipico dei paesi dell'Europa continentale. Ad oggi, come già anticipato, il giudice è sempre meno soggetto passivo che si limita ad applicare meccanicamente la legislazione scritta e deliberata in sede legislativa, ma riveste un ruolo attivo che, per mezzo della sua diretta partecipazione al dibattito politico o attraverso l'affidamento ad esso del ruolo di 'concretizzatore' di scelte assiologicamente incerte, giunge ad assumere la funzione di co-legislatore collaborando alla produzione di scelte legislative.

## **5.2. I luoghi del precetto: fuga e ritorno al codice**

Il luogo del precetto, il posto nel quale il cittadino può raggiungere la norma che gli comanda cosa (non deve) fare, è questione profondamente correlata a quella della funzione comando e della capacità comunicativa della norma. Se guardato dal punto di osservazione che ci siamo prefissi, infatti, il codice rappresenta un *medium*, un mezzo di comunicazione al quale per secoli è stato affidato, senza riserve, il compito di rendere riconoscibili e conoscibili le norme ai cittadini.

Il codice, quale unitaria e completa raccolta di norme organizzate secondo un criterio ordinatore, ha subito nel tempo fortune alterne. Come noto, decodificazione e ricodificazione sono i due grandi movimenti, opposti e all'apparenza incompatibili, che hanno interessato il codice, e il ruolo da esso rivestito, nel processo di sviluppo del diritto penale dal dopoguerra fino ad oggi.

Il fenomeno della decodificazione rappresenta il movimento centrifugo delle fattispecie penali che vengono spinte fuori dal codice penale per approdare in leggi speciali, c.d. *extra codicem*. La perdita di centralità del

codice avviene in favore di una proliferazione di sottosistemi penali che, «cresciuti come quartieri nuovi (e talora abusivi!) intorno ad un codice penale vecchio», che rappresenta, in questa metafora «un centro storico [...] obsoleto e ormai privo del suo ruolo dominante»<sup>128</sup>.

La denominazione della legislazione *extra codicem* quale “diritto penale complementare” lascerebbe sottintendere una natura prettamente accessoria della prima rispetto a quella codicistica che tuttavia non corrisponde completamente a realtà. Non solo perché il numero di fattispecie che si trovano al di fuori del codice supera di gran lunga quello delle norme interne allo stesso, ma anche perché, sebbene all'interno del *corpus* codicistico trovino collocazione molti reati c.d. “naturali” o che appartengono a quel nucleo di costanti nella storia degli ordinamenti penali, non è men vero che nelle legislazioni speciali si trovino fattispecie a tutela di beni giuridici di carattere primario, che hanno assunto valore crescente nelle società moderne (si pensi alla *privacy*, sostanze stupefacenti, ambiente, immigrazione ecc.)<sup>129</sup>.

Le cause di tale diaspora sono molteplici. In parte collegate al ruolo che la forma riveste nella post-modernità, in parte legate alle difficoltà tecniche di novellazione di un codice già compiutamente strutturato. Ancora, e forse di maggior peso, il fenomeno di complessificazione delle discipline tecnico-giuridiche a cui alcune fattispecie fanno riferimento che presuppongono la regolamentazione di una serie di presupposti tecnici, di istituti giuridici extrapenali; da ciò la necessità di una collocazione delle fattispecie in luoghi che facilitano il dialogo tra queste e la disciplina (amministrativa) di

---

<sup>128</sup> G. FIANDACA, *In tema di rapporti tra codice e legislazione speciale complementare*, in *Foro it.*, 1994, vol V, 137. Per una ricerca sul numero, esageratamente alto, di norme incriminatrici *extra codicem*, v. M. DONINI, *Modelli ed esperienze di riforma del diritto penale complementare*, Milano, 2003, 25 ss.

<sup>129</sup> E. M. AMBROSETTI, *Codice e leggi speciali. Progettare una riforma dopo la riserva di codice*, in *disCrimen*, 5 dicembre 2018, 3, sottolinea come al carattere eccessivo e disordinato con cui si è espansa la legislazione speciale, e che rende quest'ultima una «disordinata periferia», non corrisponde la tutela di beni giuridici secondari, artificiali; al contrario oggi, settori fondamentali del diritto penale si trovano al di fuori del codice.

riferimento.

La tecnica normativa cui si ricorre nella costruzione delle fattispecie contenute nella legislazione complementare ben esprime la difficoltà di gestire il bilanciamento di interessi contrapposti, difficilmente compendiabile nelle poche righe che il rispetto dei principi di tassatività e determinatezza richiederebbero al precetto penale, e sempre più spesso rimessi alle autorità amministrative. Troviamo quindi fattispecie diversamente costruite: alcune si limitano ad apporre una componente prettamente sanzionatoria della disciplina amministrativa contenuta nella legislazione speciale; altre presentano numerose componenti normative sotto forma di rinvio; altre ancora che, inverando il fenomeno della c.d. "amministrativizzazione del diritto" finiscono per tutelare l'atto amministrativo che cristallizza lo specifico e concreto bilanciamento di interessi, per come operato dalla stessa amministrazione.

Al fenomeno della decodificazione ha fatto da contraltare il contrario movimento di ricodificazione il quale, nel tentativo (forse più ideologico che reale) di arginare la moltiplicazione normativa e la dislocazione di fattispecie penali negli angoli più reconditi del sistema, ha rappresentato un obiettivo che molti legislatori si sono posti.

Come noto, attraverso l'introduzione, con il d.lgs. n. 21 del 2018, del nuovo art. 3-bis all'interno del codice penale, anche il legislatore italiano ha tentato di invertire il moto centrifugo della decodificazione trasformandolo in un opposto movimento centripeto. Il testo della norma, contenente il principio della riserva di codice, dispone che "nuove disposizione che prevedono reati possono essere introdotte nell'ordinamento solo se modificano il codice penale ovvero sono inserite in leggi che disciplinano in modo organico la materia". Il decreto provvede, inoltre, alla materiale reintroduzione all'interno del codice di alcune fattispecie precedentemente dislocate in numerose e differenti leggi complementari.

L'idea a fondamento dell'intervento, ben illustrata nella Relazione di

accompagnamento, è proprio quella di fare ritorno al codice. Quest'ultimo, rimesso al centro della galassia normativa penale, dovrebbe rappresentare l'argine alla proliferazione della legislazione speciale in un'ottica di riordino del materiale normativo funzionale ad un uso più consapevole e misurato dello strumento penale e rappresentare il prodromo di un ritorno alla sistematica e alla centralità della legge<sup>130</sup>.

Tuttavia, l'introduzione del principio di riserva di codice ha suscitato non poche perplessità in dottrina<sup>131</sup>, ravvivando un dibattito risalente che investe sia il principio in sé<sup>132</sup> che, più in generale, il tema del rapporto tra codice e leggi speciali<sup>133</sup>. La centralità del codice è stata ritenuta per anni il principale vessillo in grado di arginare il caos legislativo in nome di una riconquista della garanzia di razionalità e conoscibilità del diritto penale<sup>134</sup>, alla quale fa riferimento espresso anche il recente intervento<sup>135</sup>.

---

<sup>130</sup> Si legge, infatti, nella Relazione di accompagnamento: «un processo virtuoso che ponga freno alla proliferazione della legislazione penale, rimettendo al centro del sistema il codice penale e ponendo le basi per una futura riduzione dell'area dell'intervento punitivo, secondo un ragionevole rapporto tra rilievo del bene tutelato e sanzione penale».

<sup>131</sup> F. PALAZZO, *La riforma penale alza il tiro? Considerazioni sul disegno di legge A.S. 2067 e connessi*, in *Dir. pen. cont.*, 1, 2016, 59 ss.; M. PAPA, *Dal codice "scheumorfico" alle playlist. Riflessioni inattuali sul principio di riserva di codice*, in *Dir. pen. cont.*, 5, 2018, 129 ss.; M. DONINI, *L'art. 3 bis c.p. in cerca del disegno che la riforma Orlando ha forse immaginato*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 429 ss.; C.E. PALIERO, *La "riserva di codice" messa alla prova: deontica idealistica versus deontica realistica*, in *Criminalia* 2019, 31 ss.

<sup>132</sup> Riferimenti essenziali del dibattito che, intorno al principio di riserva di codice, si è sviluppato a partire dall'ultimo decennio del secolo scorso, sono, L. FERRAJOLI, *Crisi della legalità penale e giurisdizione. Una proposta: la riserva di codice*, in *Legalità e giurisdizione. Le garanzie penali tra incertezze del presente e ipotesi del futuro*, Padova, 2001, 27 ss.; G. FIANDACA, *In tema di rapporti tra codice penale e legislazione complementare*, cit., 138 ss.; C. F. GROSSO, *Riserva di codice, diritto penale minimo, carcere come extrema ratio di tutela penale*, in *Diritto penale minimo* (a cura di U. Curi, G. Palombarini), Roma, 2002, 99 ss.; S. SENESE, *La riserva di codice*, in *Diritto penale minimo* (a cura di U. Curi, G. Palombarini), Roma, 2002, 79 ss.; C. E. PALIERO, *Riforma penale in Italia e dinamica delle fonti: una paradigmatica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 1011 ss.

<sup>133</sup> A. CADOPPI, *Il crepuscolo del codice. Gli Ottant'anni del codice Rocco alla luce dell'esperienza comparatistica*, in *Gli Ottant'anni del codice Rocco*, (a cura di L. Strortoni, G. Insolera), Bologna, 2012, 83 ss.; G. FIANDACA, *La riforma codicistica tra mito accademico e realtà politico-culturale*, ivi, 207 ss.; F. PALAZZO, *Requiem per il codice penale? Scienza penale e politica dinanzi alla ricodificazione*, ivi, 39 ss.

<sup>134</sup> F. MANTOVANI, *Sulla perenne esigenza della ricodificazione*, in *Arch. Giur.*, 1994, 263 ss.

<sup>135</sup> Il testo della norma riproduce alla lettera quello previsto dall'art. 129 del Progetto costituzionale del 1997 della Commissione Bicamerale, successivamente recepito dalla Progetto Grosso del 2001 e dal Progetto Pisapia del 2006, sebbene quest'ultimo prevedesse

L'attuazione, seppur tendenziale, del principio in oggetto, infatti rappresenta, nell'ottica del legislatore, la garanzia di una «migliore conoscenza dei precetti e delle sanzioni» e dunque un'attuazione del principio rieducativo della pena<sup>136</sup>.

Secondo una parte della dottrina, il nuovo art. 3-bis non attuerebbe il principio del diritto penale minimo o una rivoluzione pancodicistica secondo cui tutto il penale dovrebbe risiedere all'interno del codice<sup>137</sup>; tali obiettivi, attuati in altri ordinamenti<sup>138</sup>, sarebbero raggiungibili solo se alla ricollocazione geografica delle norme facesse seguito la totale eliminazione di tutto il materiale normativo che si trova fuori dal codice e l'introduzione del principio di riserva di codice rappresentasse dunque l'occasione per una consistente depenalizzazione che lasciasse residuare un nucleo essenziale di incriminazioni, sistematicamente contenute (e contenibili) all'interno del *corpus* codicistico.

Al contrario, la riforma attuata nel nostro ordinamento, legittimerebbe il doppio binario basato sulla coesistenza di codice e legislazione speciale

---

anche l'inciso secondo cui le norme contenute in leggi che disciplinano organicamente l'intera materia «coordinandole con le disposizioni del codice e nel rispetto dei principi in esso contenuti»; inciso che, secondo M. DONINI, *La riserva di codice (art. 3-bis cp) tra democrazia normante e principi costituzionali. Apertura di un dibattito*, in *Legislazione penale*, 2018, 7, avrebbe dovuto essere inserito anche all'interno del nuovo art. 3-bis di modo da esplicitarne più efficacemente l'intento.

<sup>136</sup> Per la lettura della relazione illustrativa v. *Principio della riserva di codice: in G.U. il decreto attuativo*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), 26 marzo 2018. Sul rapporto tra riserva di codice e principio rieducativo, critico M. PAPA, *Dal codice "scheumorfico" alle playlist*, cit., 136.

<sup>137</sup> L. FERRAJOLI, *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, Napoli, 2015, 215 ss., secondo il quale l'introduzione del principio di riserva di codice comporterebbe che «nessuna norma può essere introdotta in materia di reati, pene e processi penali, se non attraverso una modifica o un'integrazione, da approvarsi con procedura aggravata, del testo del codice penale o di quello processuale». «Tutto il penale nel codice, nulla di esso fuori dal codice» (p. 227).

<sup>138</sup> Si fa riferimento all'esperienza di ricodificazione spagnola. V. F. MUNOZ CONDE, *Luci e ombre del modello spagnolo*, in AA. VV., *Modelli ed esperienze di riforma del diritto penale complementare*, Milano, 2003, 101 ss.

pretendendo però che esso si ispiri ai caratteri della organicità e sistematicità dell'intero sistema<sup>139</sup>, riportando così anche la legislazione speciale al rispetto dei principi costituzionali che devono guidare il legislatore nella politica criminale.

Prescindendo dall'effettiva portata e potenzialità di tale introduzione normativa che, per il rango non costituzionale della norma non è in grado di vincolare il legislatore ordinario con il rischio di trasformarsi, nel tempo, in una mera dichiarazione di intenti, una norma di indirizzo senza alcun potenziale di (concreta) vincolatività, è necessario interrogarsi sul ruolo che il codice può svolgere oggi e in che modo esso si lega al problema della funzione comando della fattispecie; e se, dunque, la riforma suddetta possa comportare qualche tipo di miglioramento della funzione di orientamento della fattispecie.

Infatti, il tema del rapporto tra codice e legislazione speciale non ha valenza unicamente tecnica ma «coinvolge questioni di fondo: relative al ruolo spettante alla forma-codice, di matrice ottocentesca, nell'ambito dei sistemi penali contemporanei; sia anche, più in generale, ai significati del punire nel presente momento storico. Sicché, specie sotto il secondo punto di vista, viene in rilievo [...] il complessivo *Zeitgeist* con tutte le sue implicazioni, invero alquanto contraddittorie e ambigue, che ne derivano circa gli attuali scopi e limiti del diritto penale»<sup>140</sup>.

Sebbene, infatti, possa essere condivisa l'idea che dietro all'introduzione del principio in esame vi sia un intento che vada oltre l'operazione di mera ricollocazione topografica, residua l'interrogativo in ordine all'opportunità e alla fattibilità, nell'attuale contesto sociale politico e culturale, di una riforma del diritto penale ispirata a tale principio<sup>141</sup>. Il codice, infatti,

---

<sup>139</sup> M. DONINI, *La riserva di codice (art. 3-bis cp) tra democrazia normante e principi costituzionali*, cit., 5,6.

<sup>140</sup> G. FIANDACA, *In tema di rapporti tra codice penale e legislazione complementare*, cit., 139.

<sup>141</sup> E. M. AMBROSETTI, *Codice e leggi speciali. Progettare una riforma dopo la riserva di codice*, cit., 5.

non è altro che un mezzo di comunicazione; un luogo nel quale chi lo volesse può trovare le informazioni necessarie per comprendere quali siano, in un determinato ordinamento, i precetti la cui violazione comporti la più grave tra le punizioni.

È necessario, dunque, separare il problema della conoscibilità del precetto penale da quello del luogo di sua collocazione. Non si nega che la dislocazione del precetto sia un fattore che aggrava la sua difficile conoscenza – e financo reperibilità – da parte del cittadino; tuttavia, essa non può essere considerata l'unica causa e la sua risoluzione, dunque, non può rappresentare la definitiva messa a tacere del problema. Neppure se si riuscisse a riportare tutte le fattispecie penali all'interno del codice si restituirebbe al sistema normativo quell'organicità funzionale alla conoscibilità dei precetti penali. Ne sia conferma il fatto che l'ipertrofia normativa affligge ormai anche il codice e le fattispecie *ivi* previste – di nuova introduzione o modifica – non presentano caratteri tanto diversi da quelle presenti nella legislazione complementare<sup>142</sup>.

L'eventualità che le fattispecie penali siano ricondotte in un medesimo luogo "fisico" può al più rilevare sotto il profilo dell'accessibilità materiale al testo normativo, della sua conoscenza formale. Ma questo, come è ovvio, ha poco a che vedere con l'effettiva possibilità di conoscere e comprendere la portata del comando, vero momento essenziale e necessario perché il consociato possa aderirvi.

Anzi in taluni casi l'intervento rischia addirittura di aggravare la situazione di incertezza nella quale si trova il precetto penale. Si pensi ad una fattispecie che, inizialmente inserita all'interno di una disciplina "integrata", si ritrovi improvvisamente a far parte del *corpus* codicistico. Circondata dalle

---

<sup>142</sup> Si pensi all'introduzione all'interno del codice, a seguito della novella del 2018, dell'art. 586-*bis* il cui mastodontico precetto risulta quasi ridicolo se confrontato con la raffinatezza e precisione del vicino 586 c.p. L'esempio è di M. PAPA, *Dal codice "scheumorfico" alla playlist*, cit., 145, il quale analizza anche i caotici testi dei "nuovi" articoli 289 *ter*, 593 *bis* e *ter*, frutto del reinserimento all'interno del codice ad opera della riforma del 2018.

più disparate fattispecie, inserita sotto ad un nuovo capo che ne descrive (apoditticamente) il bene giuridico tutelato, essa potrebbe trovarsi scompagnata da quei referenti normativi insieme ai quali è stata concepita, con il rischio di trasformare il codice da idilliaca città ideale a «centro di accoglienza per rifugiati»<sup>143</sup>.

Sebbene la collocazione delle norme incida sulla funzione comando è da mettere in evidenza come il codice possa rappresentare unicamente un mezzo di comunicazione di contenuti precettivi che tuttavia devono risiedere nella fattispecie. Come una risalente dottrina ha sottolineato, infatti, le cause della decodificazione non possono essere rintracciate unicamente nella crisi della forma codice, quale contenitore; bensì collegate ad una crisi profonda e forse irreversibile dell'atomo del diritto penale: la fattispecie<sup>144</sup>. La norma incriminatrice, come si è detto, non è più in grado di contenere il precetto temperando le esigenze di una comunicazione "tipica", riassuntiva, visuale<sup>145</sup> con la tecnicità che la complessità della vita sociale richiede per poter regolare fenomeni talvolta caratterizzati da un altissimo tasso di artificiosità.

Non è dunque tanto il luogo in cui il precetto penale è contenuto a determinare la maggiore o minore difficoltà di una sua effettiva conoscibilità, con conseguente mancata realizzazione della funzione comando; sono piuttosto i luoghi, in cui il precetto penale si ritrova polverizzato, e nei quali il destinatario deve ricercarlo per ricostruirne l'effettiva fisionomia.

---

<sup>143</sup> La metafora è di M. PAPA, *Dal codice "scheumorfico" alla playlist*, cit., 139.

<sup>144</sup> C. E. PALIERO, *L'autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1223 ss.; F. PALAZZO, *Tra aspirazioni e chimere la ricodificazione del diritto penale italiano*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 271 ss.; G. FIANDACA, *In tema di rapporti tra codice e legislazione penale complementare*, cit., 137 ss.

<sup>145</sup> M. PAPA, *Fantastic Voyage*, cit.

## 6. La conoscibilità del precetto penale quale componente necessaria per l'osservanza

Uno dei temi che ha impegnato a lungo la dottrina penalistica, e che non ha mai trovato una definitiva risoluzione, è appunto quello inerente al problema dei destinatari della norma penale<sup>146</sup>; se essa cioè si rivolga ai cittadini o al giudice.

Un argomento tradizionale affermava che la norma penale, composta, nella sua interezza, da precetto e sanzione, si rivolgesse ai cittadini e ad essi soltanto. In tale ricostruzione la minaccia di pena veniva concepita come mezzo affinché l'individuo si determinasse a non disobbedire al comando a lui diretto.

Successivamente sono emerse posizioni che, pur tra loro distinguendosi parzialmente, operavano una critica coesa nei confronti della ricostruzione tradizionale, sostenendo che la norma penale era piuttosto diretta agli organi ai quali era devoluto il compito di applicare la sanzione. In tal senso la condotta del cittadino non costituirebbe diretta violazione del comando contenuto nella norma ma presupposto di fatto perché il reale destinatario del comando, il giudice, possa adempiervi. Una simile differente ricostruzione, che vede nella norma un imperativo ipotetico, è alla base della celebre inversione del rapporto tra norma primaria e norma secondaria che porta Kelsen a sostenere la natura principale del precetto sanzionatorio rivolto al giudice, e secondaria e accessoria quella parte della norma contenente il precetto comportamentale diretto ai cittadini<sup>147</sup>.

Sebbene la disputa non si sia mai del tutto sopita, non riuscendo a raggiungere un reale punto di incontro, pare ragionevole optare per una

---

<sup>146</sup> G. BATTAGLINI, *Le norme del diritto penale e i loro destinatari*, Torino, 1910.

<sup>147</sup> H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., 68-69; G. PINO, *Teoria analitica del diritto I. La norma giuridica*, Pisa, 2016, 44,45. I due differenti approcci in ordine all'individuazione del principale destinatario della norma penale sono riconducibili, secondo una celebre distinzione, rispettivamente al c.d. imperativismo ingenuo e al c.d. imperativismo critico.

soluzione “mista” affermando che la fattispecie contenga contemporaneamente una regola di condotta, indirizzata al cittadino, e una regola di giudizio, destinata invece al giudice<sup>148</sup>. Come è stato efficacemente sottolineato, infatti, le due posizioni, sebbene si distinguano in ordine all’individuazione dei destinatari, sono accomunate, nel concepire la norma penale come comando, da una ricostruzione psicologica dello stesso<sup>149</sup>.

Con riferimento al rapporto tra norma e destinatario, un primo rilevante passo nella direzione della sua valorizzazione è rappresentato dal noto intervento della Corte costituzionale che, con la sentenza n. 364 del 1988, ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 5 c.p. nella parte in cui non prevedeva la scusabilità dell’*error iuris* inevitabile. Prima di giungere a tale esito, la pronuncia in discorso analizza tre differenti premesse ideologiche a fondamento della precedente formulazione dell’art. 5 e che si condensano nella mancata considerazione del rapporto tra soggetto e legge penale<sup>150</sup>. In prima battuta, si evidenzia come, se in presenza di un numero

---

<sup>148</sup> Accogliendo una posizione mista per la quale la norma parla al cittadino e al giudice, non si possono non evidenziare le difficoltà che questo “bilinguismo” comporti per il precetto. La necessità di comunicare al cittadino le condotte vietate e, al contempo, indicare al giudice quali siano le condizioni e i modi con cui infliggere la punizione, porta la fattispecie penale di fronte al rischio di non svolgere adeguatamente nessuna delle due funzioni. Da tale constatazione muovono i lavori dello statunitense Paul Robinson il quale, seppur con specifico riferimento al tema della ricodificazione, propone l’adozione di codici distinti: l’uno destinato alla funzione di orientamento comportamentale dei cittadini; l’altro, con contenuti altamente tecnici-applicativi, rivolto al giudice. Sul punto cfr. P. ROBINSON, P. GREENE, N. GOLDSTEIN, *Making Criminal Codes Functional: A Code of Conduct and a Code of Adjudication*, in *Criminal Law & Criminology*, 304, 1996, 304 ss.

Per un’approfondita analisi della proposta V. M. PAPA, *Fantastic Voyage*, cit., 169 ss.

<sup>149</sup> A. MASSARO, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, Napoli, 2020, 132.

<sup>150</sup> «La prima, in radicale critica alla concezione normativa del diritto, contesta che l’obbedienza o la trasgressione della legge abbia attinenza con la conoscenza od ignoranza della medesima. La seconda sottolinea che, essendo l’ordinamento giuridico sorretto da una “coscienza comune” che lo legittima e costituendo, peraltro, la trasgressione della legge “episodio” particolare, incoerente e perciò ingiustificato (attuato da chi, conoscendo e contribuendo a realizzare i valori essenziali che sono alla base dello stesso ordinamento, appunto arbitrariamente ed incoerentemente si pone in contrasto con uno dei predetti valori) non può lo stesso ordinamento condizionare l’effettiva applicazione della sanzione penale alla prova della conoscenza, da parte dell’agente, per ogni illecito, del particolare precetto violato. La terza impostazione ideologica, comunemente ritenuta soltanto politica, attiene all’illuministica “maestà” della legge, la cui obbligatorietà, si sostiene, non va condizionata dalle mutevoli “psicologie” individuali nonché dall’alea della prova, in giudizio,

circoscritto di norme penali che incriminino comportamenti rappresentanti violazione anche di norme sociali universalmente riconosciute, era dato sostenere la generale conoscibilità da parte dei consociati dei precetti ivi contenuti, lo stesso non può dirsi con riferimento alla situazione attuale; di fronte alla moltiplicazione delle sanzioni e dei precetti penali sarebbe quasi impossibile dimostrare che lo Stato sia effettivamente sorretto da una “coscienza comune” tutte le volte che aggiunge sanzioni a violazioni particolari, spesso imprevedibili, a tutela di valori molto lontani rispetto a quelli tutelati dai c.d. delitti naturali, di comune “riconoscimento” sociale<sup>151</sup>.

Sebbene secondo taluni il riferimento ai destinatari si sostanzia in poco più che «una clausola di stile»<sup>152</sup>, la Corte, pur ripudiando l’idea di imporre al giudice il compito di compiere una concreta ricerca psicologica in ordine all’effettiva conoscenza del precetto da parte del soggetto, opera un’analisi sulle cause della possibile ignoranza della legge penale, all’interno del quadro di una generale rivitalizzazione del rapporto tra ordinamento giuridico (norma) e soggetti, preliminare rispetto a quello tra soggetto e fatto – quale precipitato del principio di colpevolezza.

Come noto, la Corte valorizza due differenti aspetti della norma penale in ordine alla sua capacità di funzionare come comando. Da un lato, infatti, evidenzia come l’attuazione dei commi 1 e 3 dell’art. 27 Cost., tra loro collegati in una lettura sistematica che ne ampli la portata, comporti un vincolo per il legislatore di introdurre fattispecie a tutela di valori il più possibile condivisi, in modo tale da indurre la riconoscibilità della norma penale

---

della conoscenza della stessa legge». V. C. Cost. n. 364 del 24 marzo 1998, § 2 della parte in diritto.

<sup>151</sup> Il tema è fortemente collegato con quello della codificazione, sul quale ci siamo soffermati in precedenza, par. 5.2. Infatti, come evidenziato da A. VALLINI, *Antiche e nuove tensioni tra colpevolezza e diritto penale artificiale*, Torino, 2003, 81, il principio di inescusabilità dell’errore sul precetto ha tratto una considerevole quantità di linfa vitale dall’avvento dei codici ottocenteschi, «nati e concepiti per esaurire nel loro ambito l’intero sistema penale, in modo armonico, coerente, dunque perfettamente conoscibile», elevandosi a «sistemi perfetti, e di perfetta intellegibilità».

<sup>152</sup> A. MASSARO, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, cit., 163.

quale prosecuzione naturale di valori già presenti nel tessuto socioculturale di riferimento.

Dall'altro, le medesime garanzie comportano la necessità che il testo della norma sia comprensibile dal destinatario, che la tutela di detti beni sia dunque contenuta in «leggi precise, chiare, contenenti riconoscibili direttive di comportamento», quale contropartita che lo Stato offre in cambio dell'obbligatorietà della norma penale. L'oscurità del testo legislativo, la scarsa intellegibilità oggettiva della disposizione o la farraginosità del contegno interpretativo della giurisprudenza, che determinano l'impossibilità, anche potenziale, di conoscere il contenuto del divieto non possono che comportare, secondo la Corte, la non punibilità del soggetto.

La stessa funzione general preventiva affidata alla (minaccia della) sanzione penale si trova in rapporto di implicazione necessaria con la effettiva conoscenza della norma penale. Difatti, perché si possa produrre l'effetto deterrente della sanzione sui consociati non è sufficiente la formale introduzione di una nuova fattispecie di reato, ma risulta fondamentali che essi ne vengano a conoscenza e ne comprendano il contenuto, seppur in termini "laici". In tal senso, dunque, anche in questo caso quella general preventiva, in quanto funzione, non rappresenta «un connotato strutturale della sanzione penale, ma può prodursi, come effetto eventuale, solo nel caso in cui il consociato sia portato a conoscenza della norma penale»<sup>153</sup>.

La versione dell'art. 5, per come risultante dall'intervento della Corte costituzionale, sembra porre nuovamente in luce il ruolo del destinatario del precetto. La categoria della colpevolezza, infatti, così valorizzata dalla pronuncia, si fonda sull'«idea, giusta o sbagliata che sia, che l'ordinamento attraverso i suoi precetti pone una condizione rilevante ed efficace per orientare il processo motivazionale dei destinatari»<sup>154</sup>. L'effettiva conoscenza del

---

<sup>153</sup> A. MASSARO, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, cit., 149.

<sup>154</sup> F. PALAZZO, *Colpevolezza ed ignorantia legis nel sistema italiano: un binomio in evoluzione*, in AA. VV., *Scritti in memoria di R. Dell'Andro*, II, Bari, 1994, 701. Cfr. anche R. BARTOLI, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Torino, 2005.

precetto porta, infatti, ad un ampliamento del numero di soggetti osservanti la norma; l'osservanza del precetto, a sua volta, favorisce il consolidamento della regola facilitandone la circolazione normativa.

È stato notato come a partire dalla pronuncia costituzionale del 1988 la disciplina dell'*error iuris* «possa considerarsi espressione più matura del principio di legalità, con particolare riferimento all'effettività del diritto del singolo di autodeterminarsi»<sup>155</sup>. È proprio dalla valorizzazione del rapporto «contrattualistico» tra ordinamento e cittadino che nasce l'esigenza di rivedere la regola prevista dall'art. 5 c.p. Con il superamento dell'inderogabilità del principio dell'*ignorantia legis non excusat*, figlio della prevenzione generale, si sono fuse le esigenze della legalità con quelle della colpevolezza e, con esse, i doveri del legislatore con quelli gravanti sui destinatari.

Tuttavia, a distanza di molti anni dalla storica pronuncia della Corte costituzionale, la dottrina maggioritaria è compatta nell'affermare che essa abbia inciso in termini ridotti, e che la scusabilità dell'*error iuris* sia rimasta regola quasi del tutto ineffettiva<sup>156</sup>. Sembra infatti, come si è anticipato, che il rapporto tra i doveri del legislatore e quelli del cittadino sia squilibrato a favore del primo. A fronte di una rigida pretesa di conoscenza della norma che l'ordinamento chiede al cittadino, al quale sono imposti obblighi informativi spesso difficilmente adempibili, sono molto spesso disattesi i corrispondenti doveri incombenti sul legislatore, affinché la descrizione della fattispecie di reato possa risultare quanto più rispondente ai principi che dovrebbero governare le scelte politico-criminali<sup>157</sup>.

---

<sup>155</sup> M. LANZI, *Error iuris e sistema penale. Attualità e prospettive*, cit., 139. La stessa Corte afferma, infatti, che «il principio di colpevolezza [...] più che completare, costituisce il secondo aspetto del principio, garantistico, di legalità, vigente in ogni Stato di diritto».

<sup>156</sup> Per una sintesi delle posizioni espresse in tal senso v., M. DONINI, *Serendipità e disillusione della giurisprudenza. Che cosa è rimasto della sentenza C. Cost. n. 364/1988 sull'ignorantia legis*, in *Liber amicorum per Massimo Bione*, a cura di L. Foffani, M. C. Fregni, R. Lambertini, Torino, 2011, 173 ss.

<sup>157</sup> Cfr. G. ROTOLO, *'Riconoscibilità' del precetto penale e modelli alternativi di tutela*, cit., 102 ss.

## 7. Dalla determinatezza all'accessibilità: la valorizzazione dei destinatari della norma

Quella della determinatezza è dunque un'esigenza insopprimibile della norma nella sua dimensione del comando<sup>158</sup>; il precetto, infatti, quale volontà normativa indirizzata ai suoi destinatari, può operare secondo il paradigma imperativo soltanto se la sua formulazione consente di raggiungere la volontà dei cittadini<sup>159</sup>.

L'accento posto sulle componenti soggettive del comando penale, che iniziano a farsi strada con la sentenza del 1988, si fa ancor più forte nella giurisprudenza sovranazionale. Attraverso alcuni importanti pronunciamenti, che introducono i concetti di accessibilità e prevedibilità della norma penale, sembra farsi un ulteriore passo in punto di valorizzazione del rapporto tra norma e destinatario.

Come si è già messo in evidenza, la declinazione convenzionale della legalità, infatti, assume quale perno centrale la consistenza sostanziale del rapporto tra norma e cittadino valorizzando il profilo della concreta accessibilità, conoscibilità e prevedibilità applicativa da parte del destinatario. L'assunzione del punto di osservazione del destinatario, pur comportando il rischio, evidenziato da taluno, che una tale declinazione "sostanziale" dell'accessibilità possa comportare, in concreto, una tutela inferiore rispetto all'accessibilità "formale" della norma quale precipitato dell'obbligo di pubblicazione delle leggi presente, nel nostro ordinamento, all'art. 73 Cost.<sup>160</sup>, caratterizza l'approccio sostanziale, oltre che empirico, dimostrato

---

<sup>158</sup> P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, cit., 22.

<sup>159</sup> F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit., 97.

<sup>160</sup> M. LANZI, *Error iuris e sistema penale. Attualità e prospettive*, cit., 153, il quale prende ad esempio la decisione della Corte EDU del 23.9.1990, *Gropper Radio c. Svizzera*, nella quale la Corte, pur riconoscendo l'incompleto stato di pubblicazione della normativa in materia di trasmissioni radiofoniche, in quanto i c.d. *Radio Regulations* non erano stati pubblicati, rigettava il ricorso della società che si occupava di trasmissioni radiofoniche affermandone l'onere di informazione presso le istituzioni; la Corte nega infatti l'inaccessibilità della normativa di riferimento posto che nella norma pubblicata vi era indicazione del fatto

dalle Corti sovranazionali.

La declinazione della legalità come prevedibilità, invece, involge il carattere applicativo della norma stessa. Si ritiene infatti che il destinatario debba poter conoscere non solo la regola di comportamento per come contenuta nel testo della norma (*rectius*: nella fonte), ma anche nelle specifiche declinazioni con le quali la norma verrà applicata.

Se nella lettura sovranazionale, la legalità involge anche il formante giurisprudenziale, quale co-definitore essenziale del campo applicativo della norma penale, il problema della conoscibilità del materiale “normativo” si estende anche ai pronunciamenti della Corte di Cassazione, difficilmente accessibili da parte dei cittadini in assenza di un sistema centralizzato di pubblicazione dei provvedimenti<sup>161</sup> e un sistema di massimazione che consenta l’uniforme trasmissione dei principi di diritto dalle pronunce alle massime.

L’attenzione alla dimensione applicativa delle norme, la necessità di potenziare la prevedibilità della stessa per garantire quella certezza del diritto messa in crisi dai contrasti giurisprudenziali, ha portato all’introduzione nel nostro ordinamento di meccanismi di stabilizzazione della giurisprudenza<sup>162</sup>.

---

che le norme secondarie di carattere tecnico fossero disponibili per la consultazione presso l’autorità amministrativa.

<sup>161</sup> In ordine alle malformazioni, e alle relative conseguenze, dei sistemi di cognizione del diritto giurisprudenziale nel nostro ordinamento, caratterizzati da importanti tratti di discrezionalità v. D. MICHELETTI, *Le fonti di cognizione del diritto vivente*, cit., 619 ss.

<sup>162</sup> Come noto, prima del 2017, non era presente nel nostro ordinamento alcun meccanismo di stabilizzazione della giurisprudenza in grado di frenare il proliferare di contrasti tra le pronunce del giudice di legittimità, mantenendo così in vita una situazione di grave contrasto con le richieste della legalità sostanziale, violata dai profondi e duraturi contrasti interni alla giurisprudenza nazionale. Sebbene fosse stato previsto in seno al progetto preliminare al codice processuale, e poi eliminato in sede di conversione, e che molti ne auspicassero l’introduzione, con il fine di rafforzare il ruolo nomofilattico svolto dalla Corte di cassazione, non meno numerose le posizioni critiche nei confronti di una possibile introduzione di un vincolo del precedente anche nel nostro ordinamento, istituto che, sottraendo il giudice alla soggezione della sola legge, e ponendolo (anche) sotto quella del giudice (superiore) avrebbe comportato la violazione dell’art. 101, comma 2, Cost.

La più nota delle espressioni con cui la Corte declina il principio di legalità nella forma della prevedibilità applicativa (e dunque anche giurisprudenziale) del precetto, è la nota sentenza *Contrada*, con la quale si torna a stabilire un legame stretto tra principio di legalità e formulazione del precetto – sia essa contenuta nella legge ovvero nei pronunciamenti giurisdizionali<sup>163</sup>.

Ancora, nella nota vicenda Taricco, la Corte costituzionale ha optato per un collegamento tra il principio di legalità e la funzione comando della norma penale; sposando una versione forte del principio di determinatezza essa ha preteso che il precetto posto dal legislatore contenga in sé i casi di sua futura e concreta applicazione<sup>164</sup>.

Sebbene il tema sia spesso affrontato sotto il profilo dei problemi che

---

Con l'introduzione dell'articolo 618 comma 1 *bis* c.p., ad opera della riforma n. 103 del 2017, anche nel nostro ordinamento è ormai presente il c.d. "vincolo del precedente" sebbene in una forma "attenuata", in considerazione del fatto che l'obbligo di rimessione motivata gravante sulle sezioni semplici che intendano discostarsi da un precedente pronunciamento delle Sezioni Unite, non è corredato da alcuna sanzione.

Sul tema del precedente, fondamentale A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, cit. Cfr. anche A. MANNA, *Aspetti problematici della vincolatività del precedente giurisprudenziale in materia penale in rapporto a talune norme costituzionali*, in *Studi in onore di Mauro Ronco*, Torino, 2017, 184 ss.; Da ultimo, v. E. RECCIA, *Il valore del precedente e il carattere vincolante delle pronunce delle Sezioni Unite*, Torino, 2020. Volendo, cfr. anche C. COLUCCI, *Nomofilachia "espressa" e nomofilachia "occulta": meccanismi di stabilizzazione della giurisprudenza nella recente evoluzione del diritto penale italiano*, in *Criminalia* 2017, 209 ss.

<sup>163</sup> Necessario distinguere, nell'affrontare il problematico apporto della sentenza *Contrada* sul principio di legalità nel nostro ordinamento, la questione connessa alla fonte e quella inerente il rapporto tra precetto e destinatario. Oggetto della censura operata dalla Corte non è infatti il fatto che fossero stati i giudici e non il legislatore a "creare" la norma, ma il risultante stato di incertezza ed instabilità del diritto, che prescinde dalla legittimità o meno della fonte. Sul tema della prevedibilità la letteratura è ormai molto copiosa. *Ex multis*, D. PERRONE, *Nullum crimen sine iure. Il diritto penale giurisprudenziale tra dinamiche interpretative in malam partem e nuove istanze di giustizia*, Torino, 2019; A. MASSARO, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, cit.; V. MAIELLO, *La legalità della legge nel tempo del diritto dei giudici*, Napoli, 2020. Sul tema dell'incertezza del diritto penale e della sua efficacia in chiave preventiva v. F. SGUBBI, *Il diritto penale incerto ed efficace*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 1193 ss. secondo cui la minore *certainty* della conseguenza giuridico-penale (dovuta alla necessaria selezione della repressione) è compensata dalla maggiore *severity* della sanzione, attraverso un'accentuazione degli aspetti simbolici di quest'ultima.

<sup>164</sup> M. DONINI, *Lettura critica di corte costituzionale n. 115/2018. La determinatezza ante applicationem e il vincolo costituzionale sostanziale come controlimiti alla regola Taricco*, in *Diritto penale contemporaneo*, 11 luglio 2018.

una tale lettura comporta in punto di fonti, del difficile punto di equilibrio tra la legalità interna e la legalità per come concepita a livello sovranazionale, ciò che maggiormente interessa in questa sede è la dimensione “soggettiva” riconosciuta alla legalità europea, il cui rispetto è legato alla formulazione della regola di comportamento che consenta al destinatario di conoscerla e comprenderla.

In definitiva, dunque, l’approccio della convenzione europea al principio di legalità e l’evoluzione che il “principio” di prevedibilità ha avuto nei più recenti approdi giurisprudenziali, rimandano alla funzione comando della fattispecie e al fatto che tra l’ordinamento e il cittadino «si apra un affidabile canale comunicativo»<sup>165</sup>. Dunque, sebbene non si possa giungere ad affermare la rilevanza del singolo e concreto profilo intellettuale-psicologico, non può non notarsi come la recente evoluzione, avvenuta anche in sede sovranazionale, valorizzi il profilo del concreto rapporto tra norma e destinatario.

## **8. Alcune suggestioni sulle dinamiche cognitive del precetto**

Dopo aver analizzato le alterne vicende della funzione di orientamento comportamentale svolto dalla norma penale, e la sua valorizzazione all’interno della struttura normativa della fattispecie, può essere di qualche interesse svolgere alcune considerazioni in merito al generale rapporto che, nell’ambito della normatività, sussiste tra la norma e il suo destinatario. Come si è avuto modo di sottolineare, infatti, il rapporto tra norma penale e suo destinatario non deve avere solo carattere oggettivo, bensì, fin dal celebre pronunciamento della Consulta, carattere almeno tendenzialmente soggettivo e reale, rappresentando il punto di equilibrio

---

<sup>165</sup> M. PAPA, *Fantastic Voyage*, cit., 118.

tra la pretesa dello Stato all'obbedienza e le garanzie del cittadino<sup>166</sup>.

Prima di passare all'analisi del comando-*struttura*, e cioè al comando come meccanismo di funzionamento della norma, occorre domandarsi quali siano le dinamiche cognitive che legano il soggetto alle norme e che ne rappresentano il substrato fondamentale al fine della loro osservanza.

In definitiva, chiedersi "perché si obbedisce alla norma" è un interrogativo che, se adeguatamente approfondito, può portare a risultati utili ai fini di una corretta progettazione normativa. Infatti, il fenomeno giuridico - e più ampiamente quello normativo - se guardato dal punto di vista della legittimazione, e dunque della fonte, assume i tratti di un orto conchiuso, ben delimitabile rispetto ai limitrofi campi della morale e delle norme sociali, al contrario se osservato dal punto di vista dei rapporti tra norma e destinatario sfuma fino a confondersi con essi. Ciò che cambia è il punto di osservazione: la scienza giuridica si interroga sul perché si debba obbedire alla norma - e la risposta risiede nella categoria della legittimità; gli studi sociologici invece si interrogano sul perché si obbedisca, effettivamente, ad essa<sup>167</sup>.

Quello della norma, infatti, giuridica e non che sia, è un fenomeno complesso, ma il suo studio può dirci molto sul modo con cui l'uomo si rapporta con il mondo del *dover essere*, fornendoci indicazioni preziose al fine di formulare precetti che possano trovare un'effettiva capacità orientativa. Tuttavia, se il diritto si occupa di creare il contenuto di tale *dover essere*, sono le scienze sociali ad occuparsi delle dinamiche cognitive del precetto per mezzo delle quali il soggetto conosce, interiorizza ed è portato a seguire il messaggio normativo. Inoltre, nell'ottica di un approccio integrato alla

---

<sup>166</sup> Cfr. V. MANES, *Principi costituzionali in materia penale (diritto penale sostanziale)*. *Giurisprudenza sistematica*, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), 2013, 49.

<sup>167</sup> T. R. TYLER, *Why People Obey the Law*, Princeton, 2006, 286, richiamando quanto affermato da Max Weber, sottolinea la differenza tra l'approccio strettamente giuridico e quello proprio delle scienze sociali: «*In his classic discussion on legitimacy Weber distinguishes between a philosophical, or normative, perspective on legitimacy, which asks why people ought to obey the law, and a social science perspective, which asks why people do obey the law*».

scienza giuridica, un simile approfondimento può risultare utile anche al fine di comprendere quali siano i meccanismi – anche alternativi rispetto a quello proprio del comando – di orientamento delle condotte, che si fondino cioè su meccanismi differenti rispetto a quello della minaccia di una conseguenza sanzionatoria. L'assunzione di un'ottica interdisciplinare, che metta in comunicazione la scienza giuridica con le altre scienze sociali, ma anche con quelle psicologiche e filosofiche, porta a domandarsi se il diritto faccia affidamento soltanto sulla sua forza coercitiva, fatta di minaccia e di attuazione, o possa mettere in gioco anche qualche altra risorsa, verificando se esista uno spazio nel quale esso orienti i comportamenti collettivi anche, ma non esclusivamente, mediante l'uso della coercizione<sup>168</sup>.

L'agire umano, infatti, è psichicamente (e non meccanicamente) causato, e cioè determinato mediante motivazioni. Nella struttura normativa del comando tale motivazione è rappresentata dalla presenza della sanzione, e cioè dalla minaccia della sua applicazione nel caso in cui il precetto sia disatteso. Tale contromotivo, in parte lo si è già messo in evidenza, in una concezione della norma che si ispiri alla centralità del momento sanzionatorio, rappresenta l'unico perno psicologico della norma stessa che, per mezzo dell'intimidazione, persegue lo scopo di impedire la lesione di beni giuridici da parte dei destinatari della norma stessa. Il diritto ha la funzione di costringere, di indirizzare la volontà per mezzo della minaccia di una sanzione chiamata «a modificare le preferenze dei potenziali malfattori facendo loro preferire il rispetto della legge alla sua violazione»<sup>169</sup>.

Se questo è dunque il meccanismo psicologico per mezzo del quale

---

<sup>168</sup> Il tema rappresenta l'oggetto dell'interessante studio condotta da T. GRECO, *La legge della fiducia*, cit., il quale si interroga in ordine ad un possibile ribaltamento del paradigma della sfiducia, a fondamento della concezione esclusivamente coercitiva del diritto, e la sua sostituzione, almeno *in parte qua*, con un modello fondato sulla fiducia. L'Autore difende l'idea che «il diritto includa la fiducia come suo elemento strutturale» cercando di cogliere i piani sui quali questa fiducia viene a collocarsi *dentro* il diritto. «Non come mero *esito* dell'esistenza del diritto, quindi, bensì come elemento essenziale del diritto stesso, e persino del suo concetto» (p. 12).

<sup>169</sup> J. ELSTER, *La volontà debole*, Bologna, 2008, 66.

funziona il comando, è pur necessario mettere in evidenza come i meccanismi di orientamento del comportamento – anche di carattere normativo – siano molto più vari. Infatti, come si è detto e come si approfondirà in seguito, non tutte le norme hanno la medesima struttura e, al variare di questa, si modificano i meccanismi strutturali mediante il quale ottenere la conformità del comportamento alla norma. Generalmente quando si riflette sulla possibilità che vi siano ragioni differenti dalla paura della sanzione che portano i soggetti ad obbedire al diritto si finisce per relegare tali ragioni sull'opposto versante della morale. Appare invece importante riflettere sul se non possa individuarsi uno spazio intermedio e interstiziale che si ponga all'interno della secca alternativa tra coazione e coscienza. Se è vero che «la teoria del comportamento giuridico deve essere una teoria articolata e a molte facce, dato che diversi sono i modi mediante i quali gli atti normativi incidono sulla mente degli agenti»<sup>170</sup> rimanere chiusi nella morsa tra moralità e coazione non solo impedisce di svincolare la forza normativa dal rapporto con la forza<sup>171</sup>, ma nemmeno consente di conoscere molte delle motivazioni che entrano in gioco nelle azioni concrete dei cittadini<sup>172</sup> e, dunque, di costruire norme che tali dinamiche prendano in considerazione.

Che l'adesione del destinatario della norma al precetto da essa espresso sia condizionato anche da fattori differenti, e spesso preponderanti, rispetto alla minaccia di una sanzione lo si riscontra anche negli studi riguardanti il c.d. "influenzamento normativo", fenomeno consistente nella percezione che il soggetto ha rispetto al grado di osservanza che dello stesso precetto c'è nella comunità di riferimento<sup>173</sup>.

---

<sup>170</sup> L.M. FRIEDMAN, *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali* (1975), Bologna, 1978, 136.

<sup>171</sup> Sul punto torneremo oltre, Cap. 2.

<sup>172</sup> T. GRECO, *La legge della fiducia*, cit., 95.

<sup>173</sup> Cfr. C. MAZZUCATO, *Dal buio delle pene alla luce dei precetti*, in *La pena in castigo. Un'analisi critica su regole e sanzioni*, Milano, 2005, 66 s.; R. CONTE, *L'obbedienza intelligente. Come e perché si rispettano le norme*, Bari, 1997, 47 s.; R. CONTE, C. CASTELFRANCHI, *La società delle menti. Azione cognitiva e azione sociale*, Torino, 1996. Le riflessioni potrebbero ampliate accedendo agli studi, di carattere giuridico e sociologico, condotti sul tema delle *Social Norms*.

Ancora, operando un azzardato salto logico e temporale, si può far riferimento ad alcuni studi in ordine al valore “sociale” delle norme. I più recenti studi sulle *social norms*, infatti, ci restituiscono un’immagine del precetto, e del suo effettivo valore, separato e autonomo dal carattere coercitivo del “comando” in senso stretto. La norma, dunque, ha un valore a prescindere dalla sua sanzionabilità. La presenza di una norma, cioè, per il solo suo carattere “indicativo”, condiziona l’agire del suo destinatario<sup>174</sup>.

Sarebbe auspicabile da parte del penalista un approfondimento sui fattori che influenzano davvero l’adesione del destinatario del precetto alla regola in esso individuata; la motivazione dei comportamenti *secundum legem* sarebbe ricollegabile piuttosto che a fattori di coazione esterna, e dunque in ultima analisi all’utilizzo della minaccia e dunque della forza, alla capacità del sistema normativo di mantenere elevata l’autorevolezza delle regole – c.d. fattori consenso –, e dunque l’attitudine di questo ad ottenere un’adesione libera da parte dei destinatari<sup>175</sup>.

Come si vedrà in seguito, le linee evolutive del mondo della normatività si spingono fino agli estremi confini di “norme *self-executing*” nelle quali il momento precettivo e quello esecutivo sfumano fino a coincidere. I dubbi in ordine all’appartenenza di simili forme di orientamento del comportamento al mondo della giuridicità si fondano innanzitutto sul rapporto che deve sussistere tra la norma e il suo destinatario, e che ruolo debba svolgere la volontà in un simile contesto. In premessa, tuttavia, va posta in evidenza una considerazione di fondo, senza la quale appare pericoloso iniziare il viaggio attraverso le strutture normative.

---

Fondamentale C. BICCHIERI, *Norms in the Wild: How to diagnose, Measure, and Change Social Norms*, New York, 2017; ID., *The grammar of society: the nature and dynamics of Social Norms*, Cambridge, 2006. Di particolare rilievo i concetti di *normative expectation* ed *empirical expectation* che descrivono, rispettivamente, ciò che le persone credono che gli altri ritengano che esse siano tenute a fare, e ciò che esse credono che venga effettivamente fatto nella comunità di riferimento.

<sup>174</sup> C. BICCHIERI, *Norms in the Wild. How to Diagnose, Measure and Change Social Norms*, cit.

<sup>175</sup> C. MAZZUCCATO, *La pena “in castigo”. Uno studio su regole e sanzioni*, Milano, 2004, XLI.

Al fondo di una simile indagine si potrebbe, infatti, essere tentati dal domandarsi se l'uomo sia effettivamente responsabile soggettivamente degli atti compiuti e se, lo stesso meccanismo del comando, fondato sulla minaccia della sanzione, non faccia parte dello stesso sistema deterministico di cui fanno parte altre forme di "influenza" o, addirittura, di impedimento fisico. Al di là del valore filosofico dell'interrogativo è necessario, almeno in questa sede, mantenere ferma l'idea secondo cui la prospettazione di un comando, al quale è legata la minaccia di una sanzione, attivi nel destinatario un processo cognitivo pienamente consapevole, senza cedere alla tentazione di ricondurre anche la paura di una conseguenza negativa all'insieme di istinti naturali che, non pienamente controllabili dall'uomo, appartengono al mondo dell'essere. Il piano inclinato sul quale ci si troverebbe, se può risultare utile per approfondire il tema della capacità - e dunque ad allargare o restringere l'istituto dell'incapacità -, non deve essere condotto alle estreme conseguenze; così facendo, infatti, si giungerebbe a negare la categoria stessa della responsabilità e, di conseguenza, la stessa esistenza del diritto penale. Un simile approfondimento risulterebbe forse anche inutile o, perlomeno fallace, da che «il pensiero non può uscire da sé stesso e giudicare, con i suoi stessi strumenti, della sua validità. La sua validità è il suo essere»<sup>176</sup>.

---

<sup>176</sup> P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, cit., 23.

## CAPITOLO II

### **Il comando come prodotto della “struttura del precetto penale”: dal nesso tradizionale tra precetto e sanzione ai nuovi modelli di normatività**

SOMMARIO      1. La norma penale e la *struttura-comando*. – 2. Il declino della *struttura-comando* quale principale forma di espressione normativa. – 3. Il ruolo dei privati nel processo di modificazione della struttura delle norme. – 4. Dal *comando* all'*influenza*: le dimensioni del potere. – 4.1. Il *dietro front* della sanzione. La centralità del momento regolativo e l'avvento della *Responsive Regulation*. – 4.2. Il fenomeno della *soft law*. – 4.3. Il *nudging*: una normatività senza precetto e sanzione. – 4.4. – La normatività tecnologica: *Legal Protection by Design, Code is Law, Ambient Law*. – 5. Dall'effettività come *successo* della norma... – 6. All'effettività *fondativa* di nuove forme di normatività. Dissoluzione del dover essere nell'essere? – 7. La riscoperta del valore dell'obbedienza, oltre la *struttura-comando*: l'effettività della norma penale.

#### **1. La norma penale e la *struttura-comando***

Da ogni fattispecie si ricava un divieto, cioè un comando di astensione. Come è stato evidenziato, in ogni norma penale può distinguersi un aspetto formale e uno sostanziale: sotto il primo, la norma si presenta come l'obiettivizzazione di un giudizio ipotetico, avente espressione statica, e funzione descrittiva e pratica, e cioè valore di regola; sotto il secondo aspetto, la norma si presenta come un comando e quindi con espressione dinamica, e funzione deontologica, psicologica, convalidante delle regole.

Sul piano normologico è necessario ricordare la tradizionale distinzione tra concezione imperativistica e concezione valorativa della norma. Secondo la prima, la norma si pone come imperativo rivolto ai destinatari del precetto, come comando di osservare una determinata condotta o astenersi da un comportamento; secondo la concezione valorativa, invece, la norma non è imperativo ma solo espressione di un giudizio che il diritto

esprime su un fatto. La norma primaria, in questo caso, «si sostanzierebbe in un dover essere impersonale, a destinatario indeterminato»<sup>1</sup>.

Nell'ammettere entrambe le concezioni come due profili distinti della norma - ma non incompatibili - si giunge a scomporre quest'ultima in una dimensione paradigmatica ed in una normativa. Da un lato la norma propone un modello di comportamento, dall'altro un dover essere giuridico (*Sollen*), tradizionalmente interpretato come imperativo: l'obbligo giuridico si sostanzia in un comando, che è la forma per mezzo della quale quel modello di comportamento si pone come obbligatorio e vincolante per il destinatario.

La concezione imperativistica del diritto, le cui radici si fanno risalire alle costituzioni degli Stati assoluti in età moderna e che si sostanzia nell'idea che il diritto sia comando del sovrano - *lex est actus imperii* - implica, sotto il profilo del destinatario del comando, che esso sia in rapporto di subalternità rispetto al sovrano. Esso è suddito e non soggetto di diritto. Perché ci sia il dovere, si dice, è necessario che a monte ci sia un potere, non solo normativo ma infine anche reale, fisico.

Perché vi possa essere comando deve preesistere una situazione di "autorità", cioè di potere, supremazia di chi lo formula su chi lo riceve, il quale si trova, di conseguenza, in una posizione di subalternità che lo rende obbligato a adempiere a quanto prescritto. Il comportamento che viene richiesto da chi comanda al destinatario del precetto si sostanzia nell'obbedienza, cioè nell'osservanza di quanto prescritto o vietato nel comando stesso.

La struttura del comando inteso come imperativo di condotta implica necessariamente la nozione di sanzione, dalla quale esso non può essere ragionevolmente separato. Essa, intesa come negativa conseguenza della violazione dell'imperativo contenuto nel comando, rappresenta il ganglio

---

<sup>1</sup> G. ALLEGRA, *Norme penali e reati speciali*, in *Annali di dir. e proc. pen.*, 1939, 96.

vitale del meccanismo di funzionamento della norma strutturata come comando; la minaccia di una conseguenza negativa rappresenta infatti *enforcement of obedience*<sup>2</sup>, e «tutta l'energia determinante propria [del comando giuridico] si fond(a) sulla sanzione»<sup>3</sup>. Un illecito penale è concepibile in quanto, oltre al precetto di non compiere una determinata azione la norma contenga anche la sanzione contro l'inosservanza. Ed anzi, vi è chi sottolinea come la consueta scomposizione della norma nei due elementi del precetto e della sanzione risponde ad una evidente necessità di analisi delle stesse ma che non deve indurre a considerare i due elementi come entità separate, operanti in un mondo diverso<sup>4</sup>.

Lo stretto rapporto esistente tra precetto e sanzione, infatti, rappresenta una cifra tipica del diritto penale: le due matrici sono intimamente connesse e il modo con cui esse si rapportano tra loro determina la forma con cui si declina il comando della fattispecie, e cioè il modo con cui la norma penale pretende di orientare il comportamento dei destinatari<sup>5</sup>.

Il fondamento autoritario del diritto penale, sebbene mediato e limitato da quello democratico acquisito nel tempo e che si esprime per mezzo delle

---

<sup>2</sup> J. AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence or the philosophy of positive law*, Lect. I (1973), London, 2002.

<sup>3</sup> G. BATTAGLINI, *Le norme del diritto penale e i loro destinatari*, cit., 10.

<sup>4</sup> B. PETROCELLI, *Reato e punibilità*, in *Saggi di diritto penale*, Padova, 1952, 4, il quale critica quelle impostazioni che «pongono precetto e sanzione in un rapporto di primario a secondario, mentre si tratta di una correlazione tale che le due entità non possono nella norma essere pensate se non come nascenti ed operanti insieme, e in una situazione di pari necessità.»

<sup>5</sup> Lo stesso Nuvolone, nell'occuparsi della distinzione tra norma-comando e norma-garanzia sovrappone la categoria della funzione di comando con la struttura della norma penale. Dopo aver, infatti, ricollegato alla norma-comando tutte le caratteristiche che il precetto deve avere per poter essere compreso dal destinatario, e dunque funzionare come meccanismo di orientamento del comportamento, egli nel parlare di istituti riferibili alle c.d. norme-garanzia, ritiene impropria la loro qualificazione penalistica, in quanto «la norma-garanzia si ha essenzialmente allorché essa è del tutto estranea ad ogni funzione intimidatrice e tende esclusivamente a difendere su un'altra frontiera e con altri mezzi gli interessi tutelati penalmente». Così facendo egli dimostra di far coincidere la funzione di orientamento comportamentale svolto dalla norma-comando con la struttura dello stesso, strettamente connesso alla «dialettica "violazione della norma-sanzione", e quindi al principio di responsabilità». Cfr. P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, cit., 43.

garanzie<sup>6</sup>, è rimasto un carattere genetico e strutturale del diritto penale moderno. E ciò è dimostrato dal – ed è al contempo dimostrazione del – fatto che il legislatore penale si è affermato come monopolista dell'uso della forza, sottratta a dinamiche di risoluzione dei conflitti di tipo personale e avocata da un'istanza centrale e superiore<sup>7</sup>.

La cifra autoritaria, che informa l'essenza del diritto penale quale «strumento coercitivo di diritto pubblico», rappresentando un «nucleo strutturale che non (gli) può essere sottratto [...] se non al prezzo di trasformarlo in una grandezza normativa differente»<sup>8</sup>, emerge già nella struttura della norma. La sanzione, quale entità ontologicamente caratterizzante il diritto penale, rispecchia la visione normativistica del diritto come strumento di controllo sociale. La norma penale è infatti la norma che per eccellenza riflette il paradigma giuridico preso a modello da Kelsen, che affida il monopolio della forza allo Stato ravvisando nella sanzione un tratto fondante la cui assenza determinerebbe l'inesistenza dello stesso carattere giuridico della norma. Il rapporto tra Stato e cittadino si declina, secondo tale modello, nei termini della coercitività e dell'imperio.

La norma penale si è mantenuta, nel tempo, immagine fedele di un simile modo di intendere la relazione tra detentore della potestà punitiva e destinatario della stessa, potendo considerarsi «espressione estrema – e a suo modo paradigmatica – di un rapporto di tensione (la massima tensione ammessa nell'ordinamento) tra l'Autorità e l'individuo»<sup>9</sup>.

---

<sup>6</sup> Come noto, con l'avvento dell'Illuminismo il volto del diritto penale muta, facendosi strumento di garanzia del singolo individuo. pur rimanendo strumento coercitivo di diritto pubblico esso subisce una trasformazione della propria legittimazione che diventa democratica e «a primigenia matrice autoritaria incontra i limiti posti dalle concezioni politico-filosofiche del giusnaturalismo di Grozio, del contrattualismo di Rousseau e dall'utilitarismo di Bentham, che sottraggono allo Stato il potere di conculcare – con la pena – i diritti fondamentali della persona a meno che ciò non sia imposto dall'esigenza di tutelare – in vista dell'utilità sociale complessiva – quegli stessi diritti fondamentali», C. E. PALIERO, *L'agorà e il palazzo. Quale legittimazione per il diritto penale?*, in *Criminalia* 2012, 98.

<sup>7</sup> C. E. PALIERO, *L'agorà e il palazzo. Quale legittimazione per il diritto penale?*, cit., 96.

<sup>8</sup> C. E. PALIERO, *L'agorà e il palazzo. Quale legittimazione per il diritto penale?*, cit., 100.

<sup>9</sup> C. E. PALIERO, *L'agorà e il palazzo. Quale legittimazione per il diritto penale?*, cit., 97.

Il comando, che di per sé presuppone la dualità di soggetti, si sostanzia nell'esposizione di un programma di azione o di astensione proveniente da un soggetto e diretto ad un altro, accompagnato ed esprime la volontà che quanto contenuto nel precetto sia eseguito ed osservato. In ciò si distingue il comando dalla mera preghiera, dall'esortazione o dal consiglio<sup>10</sup>. Dunque, una determinazione estroversa di ottenere, come risultato diretto o indiretto, che altri facciano o subiscano qualcosa. Se, come si è detto, dal punto di vista della funzione orientativa la distinzione tra comando e divieto assume una propria consistenza in ordine alla minore o maggiore idoneità a racchiudere un messaggio normativo complesso, lo stesso non può dirsi sotto il profilo della struttura. Anche il divieto infatti è un comando di non fare e dunque i due termini sono giuridicamente equivalenti: «come si può usare il termine comando sussumendovi il divieto, così si può usare il termine divieto sussumendovi il comando»<sup>11</sup>. La contrapposizione tra i due resta efficace solo per indicare il carattere proibitivo o imperativo della dichiarazione giuridica.

Come è stato sottolineato efficacemente in passato, il concetto di sanzione qualificante per il comando è unicamente quello che abbraccia le conseguenze negative; non si nega che anche i premi e le ricompense siano un motivo di azione che può validamente sorreggere una struttura normativa ma essa deve essere tenuta distinta dalla struttura del comando, compatibile unicamente con la prospettazione di un male dal momento che «la promessa di un premio crea un incitamento ad agire, la minaccia di un male

---

<sup>10</sup> Centrale la lettura di N. BOBBIO, *Comandi e consigli*, in Id., *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, 1951, 49, il quale, dopo aver evidenziato come quello della distinzione tra il comando e il consiglio sia un problema tanto negletto nella dottrina a lui contemporanea quanto piuttosto radicato nelle riflessioni risalenti nel tempo, elenca gli elementi che, nella storia, sono stati individuati quali sintomatici del *discrimen* esistente tra *precaeptum* e *consilium*. In verità, l'illustre Autore distingue, a sua volta, i consigli dalle esortazioni e dalle preghiere, individuando nei primi dei precetti forniti nell'interesse del solo destinatario e nelle seconde delle richieste che, sebbene non sanzionate e sanzionabili, rispondono all'interesse proprio di chi le formula.

<sup>11</sup> G. BATTAGLINI, *Le norme del diritto penale e i loro destinatari*, cit., 9.

crea il dovere di agire»<sup>12</sup>. Il comando, come si vedrà, non coincide con la violenza fisica ma si ferma ad una soglia preliminare, che tuttavia la coinvolge: la minaccia.

L'oggetto del comando è una condotta, un comportamento conforme alla norma la cui osservanza è, come si è detto, motivata dalla presenza della minaccia di una sanzione (pena). La pena, con la sua ineliminabile componente punitiva, costituisce il castigo meritato dal soggetto per la violazione della norma comando, ma al contempo la sua minaccia rappresenta il meccanismo di funzionamento della norma penale. In definitiva, si può affermare che l'idea del castigo è, dunque, correlativa a quella comando.

È necessario tuttavia, almeno in premessa, precisare che il concetto di norma (penale) e quello di reato non hanno contenuto completamente sovrapponibile. L'analisi della struttura normativa, sebbene risulti utile per la risoluzione di problemi inerenti alla teoria del reato, tuttavia guarda al meccanismo di funzionamento e non a quali siano gli elementi in presenza dei quali si possa parlare di reato (in definitiva, *l'ubi consistam* dell'illecito penale). Note, infatti, le numerose e differenti posizioni che, nella teoria del reato, si confrontano in ordine al carattere necessario o meno della punibilità ai fini della configurabilità del reato, e consapevoli del carattere essenziale di tale componente ai fini dell'esistenza stessa del diritto penale - *nulum crimen sine poena* -, ciò su cui ci si intende interrogare riguarda la struttura normativa che sta al di sotto.

Del resto, una cosa è affermare che la punibilità sia categoria coessenziale e ontologica del reato o al contrario qualificare la punibilità come conseguenza, come *quid pluris* esterno al reato; altra cosa è affermare che il funzionamento della norma penale, la sua struttura, si declini secondo il paradigma precetto - (minaccia di) sanzione.

Le critiche che sono state mosse alle teoriche che, in passato, hanno

---

<sup>12</sup> G. BATTAGLINI, *Le norme del diritto penale e i loro destinatari*, cit., 12.

tentato una dissociazione del momento precettivo da quello sanzionatorio confermano come la struttura del comando penale sia tradizionalmente e diffusamente individuata nello stretto rapporto tra le due componenti. Il riferimento, in particolare, è alla *Normentheorie* di Binding, seguendo la quale nella fattispecie penale dovrebbero distinguersi una norma e una legge penale. La norma sarebbe indirizzata ai cittadini, ai quali è rivolto un comando puro e semplice di non fare una determinata azione, senza che tale imperativo contenga in sé la sanzione. La legge penale, invece, si sostanzierebbe in una dichiarazione di volontà giuridica, un «*ita jus esto*», che non trova uno specifico destinatario né nei cittadini, né nel giudice, né nello Stato ma, incriminando una condotta già anti-giuridica ai sensi della norma primaria di condotta, rivolta al reo, rappresenta la conseguenza sanzionatoria del dovere di obbedienza che sorge proprio con la norma. Secondo tale teorica il reato non violerebbe la legge penale, non consistendo questa in un imperativo, ma al contrario realizza quanto da questa previsto: «il reo fa esattamente quello che la disposizione legale descrive nella sua fattispecie, trasgredendo invece il contenuto della *Rechtsnorm*»<sup>13</sup>.

Gli argomenti che hanno portato la dottrina, anche italiana, a criticare fortemente tale ricostruzione della norma penale possono compendiarsi, al di là delle specifiche declinazioni, nell'inammissibilità di un comando che non abbia in sé la sanzione. L'assenza di sanzione, infatti, renderebbe la norma qualcosa di diverso dal comando, una *lex imperfecta* che si avvicina secondo taluni ai meri *consilia*, estranei (almeno nella visione dell'epoca) al mondo del diritto. Una parte della dottrina italiana, in particolar modo, ha sottolineato l'impossibilità di scindere la regola (imperativo) dalla sua sanzione, cioè dalla possibilità di coazione della regola stessa, elementi ritenuti indissolubili<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> L. CORNACCHIA, *Lex imperfecta: ciò che sopravvive della Normentheorie di Binding nella dottrina penale*, cit., 350.

<sup>14</sup> G. BATTAGLINI, *Le norme del diritto penale e i loro destinatari*, cit., 144; E. MASSARI, *La norma penale*, S. Maria Capua Vetere, 1913, 60.

La lettura di alcune delle opere critiche rispetto a tale ricostruzione, oltre a confermare la lettura del comando come struttura indissolubilmente legata alla sanzione, rivelano tuttavia alcuni argomenti di particolare interesse, che potranno essere presi in considerazione successivamente. Per motivare l'inseparabilità fra sanzione e precetto, si pone particolare rilievo al dato psicologico della funzione, che la sanzione è chiamata a compiere, di determinazione della volontà dei destinatari<sup>15</sup>. Il meccanismo per mezzo del quale si raggiunge tale scopo è, nella norma strutturata come comando la minaccia di una conseguenza di carattere negativo, che nella norma penale è rappresentata, appunto, dalla pena.

Prendendo a prestito riflessioni sviluppate nell'ambito della sociologia del diritto, è interessante evidenziare come il comando non coincida, di per sé, con la violenza fisica: «se fosse solo questo, esso non potrebbe compiere la sua funzione principale, che è quella di dare inizio all'azione altrui»<sup>16</sup>. Il comando sorge quando si crea una soglia preliminare all'accadimento della violenza e questa soglia è, appunto, la minaccia; questa potrebbe, in pura ipotesi, presentarsi come «la parte iniziale del movimento stesso che infligge la violenza» ma perché vi sia comando deve pur sempre rimanere distinta e autonoma. Dunque, seguendo tali riflessioni, ciò che caratterizza il nucleo ultimo del comando è l'*impulso* creato dalla minaccia, la quale si caratterizza per avere una direzione, una vettorialità che dal precetto porta alla sanzione, e al tempo stesso si dirige verso il destinatario<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> A. ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale: contributo alle teorie generali del reato e della pena*, Roma, 1932, 67 ss.

<sup>16</sup> A. BRIGHENTI, *Per una sociologia del comando*, in *Sociologia del diritto*, vol. 33, 2006, 22. Pur facendo riferimento all'azione altrui, la riflessione può essere traslata senza alcun problema anche alla norma penale che, nella maggioranza dei casi, richiede al cittadino di astenersi da una determinata condotta. Ciò che conta è che ciò che viene imposto sia sortito dalla minaccia di un male e non coincida, esso stesso, con il male. L'autore evidenzia come la minaccia possa sorgere anche come la parte iniziale del movimento stesso che infligge la violenza, ma perché vi sia comando essa deve rimanere autonoma e acquisire una propria fisionomia.

<sup>17</sup> Proprio perché la vettorialità della minaccia individua il singolo a cui essa è rivolta, si evidenzia come «rispetto al comando esercitato da un singolo individuo nei confronti di un altro, comandare a molti impone un cambiamento qualitativo al comando. Poiché infatti

Da questa prospettiva, si coglie la ragione per la quale la funzione e la struttura del comando siano state tradizionalmente sovrapposte, scolorendo l'una nell'altra: la minaccia e la sua ontologica direzionalità verso il destinatario, rappresentano infatti il meccanismo normologico e, al tempo stesso, implicano un tendenziale rapporto tra norma e destinatario.

## **2. Il declino della *struttura-comando* quale principale forma di espressione normativa**

A fianco delle considerazioni appena spese in ordine alla struttura, in quanto tale, della norma penale, occorre senz'altro riflettere sul ruolo che una simile struttura svolge nella giuridicità, intesa in senso ampio. Del resto, ogni approfondimento relativo alla norma, sotto il profilo delle sue fonti, della struttura o della funzione, non dovrebbe mai prescindere da una riflessione sullo Stato e, più in generale, sulla società. Le categorie e le strategie giuridiche, infatti, «si sviluppano e assumono il loro senso storicamente specifico nel vivo della dinamica politico-sociale»<sup>18</sup>.

Se si fa riferimento alla norma quale strumento giuridico di direzione del comportamento dei consociati che ad essa siano sottoposti, non può non considerarsi lo stretto legame intercorrente tra essa, la sua strutturazione, il

---

la massa nella sua indivisibilità si sottrae alla presa della direzionalità univoca della minaccia, il comando – e in particolare il comando a molti – per funzionare richiede la divisibilità, l'identificabilità dei soggetti, la possibilità di una minaccia efficacemente vettorializzata verso ciascuno». Ciò non significa che il comando non possa essere rivolto a molti, «ma solo che questi destinatari devono essere identificati e che l'impulso del comando deve effettivamente essere direzionato verso *ciascuno* di loro: *omnes et singulatim*». V. BRIGHENTI, *Per una sociologia del comando*, cit., 22, 27.

<sup>18</sup> Così scrive P. COSTA, *Pagina introduttiva (Il principio di legalità: un campo di tensione nella modernità penale)*, in *Quad. fior.*, 2007, 21, a proposito di legalità, ritenendo che anch'essa non fa eccezione all'influenza che le categorie giuridiche subiscono dall'evoluzione della struttura socio-politica che le circonda. Nello stesso senso, sempre con riferimento alla legalità, scrive A. GARGANI, *Verso una "democrazia giudiziaria"? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo*, cit., 99, «evitando di considerare il diritto penale una sorta di monade isolata, avulsa dai processi di trasformazione della legalità che attraversano il sistema giuridico nel suo complesso».

suo rapporto con i destinatari della regolazione e il modo di atteggiarsi del potere.

Un simile approfondimento non dovrebbe mancare nemmeno quando si abbia a che fare con la norma penale; ogni politica criminale che sia orientata alla prevenzione e che voglia garantirsi una qualche effettività dovrebbe infatti interrogarsi circa i caratteri della società per cui viene proposta, la realtà socio-economica che la circonda e le dinamiche culturali che la innervano, rendendosi permeabile alle evidenze empiriche che le scienze sociali le consegnano in ordine all'effettività delle misure adottate<sup>19</sup>.

Mai come oggi il quadro della normatività subisce l'influenza degli assetti socioeconomici, i cui mutati caratteri ne comportano una modificazione della struttura e della funzione, riportando il giurista di fronte ad una delle primordiali domande: che cosa è la norma? Su quali requisiti si fonda la forza normativa e qual è il perno intorno al quale ruota la stessa normatività?

Con riguardo alla norma, da tempo, in molti ambiti dell'ordinamento giuridico si parla di crisi delle fonti, come fenomeno strettamente legato a quello della crisi della forma, alla giuridicità multilivello, all'avanzamento del ruolo interpretativo del potere giudiziale<sup>20</sup>. Il problema ha investito particolarmente il diritto penale che, come noto, è legato a filo doppio con la forma "legge", la cui perdita di centralità «viene a mettere in crisi i principi tipici di questa materia»<sup>21</sup>. L'uropeizzazione del diritto penale, i tentativi

---

<sup>19</sup> Sul punto, fondamentale, M. DONINI, *Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto tra diritto penale e politica*, cit., 45, il quale evidenzia come il metodo democratico e quello scientifico reclamano un diritto penale e, ancor prima, una politica criminale che aprano i propri argomenti e le loro soluzioni al contatto compromettente ma necessario con la realtà. Solo così, secondo l'Autore, si scongiura il rischio che il diritto penale, piuttosto che divenire scienza, rimanga solo ideologia.

<sup>20</sup> Sull'analisi di tali fenomeni, quali parti strutturali della crisi della legge, cfr. cap. 1, par. 5.1.

<sup>21</sup> F. PALAZZO, *La "nuova" legalità e il ruolo della Corte di cassazione*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 5 marzo 2020, 1, secondo il quale «è un dato incontestabile che le caratteristiche del sistema giuridico, ivi compreso il diritto penale, sono fortemente mutate a seguito della perdita di centralità della legge, se non dal punto di vista della quantitativo, certamente da

di colmarne l'incertezza per mezzo dell'esercizio di una funzione para-costitutiva della giurisprudenza, hanno portato anche il diritto penale a fare i conti con il collasso del sistema per come tradizionalmente conosciuto.

Ma non è unicamente il modello piramidale e gerarchico di strutturazione del sistema delle fonti ad essersi modificato, trasformandosi in una rete. Anche il meccanismo di funzionamento della norma stessa sembra aver subito alcune torsioni, che si accentuano nel tempo e che paiono seguire le tendenze dell'intera categoria della normatività, sebbene con caratteristiche e adeguamenti che riflettono la specificità della materia.

Le modifiche che investono il fenomeno della normatività e molteplici rami dell'ordinamento giuridico, non possono che investire, in ultima analisi, anche l'ambito penalistico, se è vero che «l'idea che il diritto penale possa essere impermeabile e immune rispetto ai gravi fenomeni di trasformazione che investono l'intera realtà ordinamentale, senza dividerne le sorti, non può essere sostenuta»<sup>22</sup>.

Ci troviamo da anni di fronte a società tendenzialmente instabili, e non è possibile tralasciare o ignorare l'influenza che tale instabilità ha sul fenomeno giuridico<sup>23</sup>. Nello scenario odierno il diritto tende ad accentuare le proprie valenze interattive e comunicative, proceduralizzandosi ed assumendo moduli espressivi più fluidi. Ciò lo rende un prodotto aperto; che si conforma, in molti ambiti, secondo una logica della possibilità e dell'opportunità, piuttosto che del vincolo e della sanzione.

---

quello qualitativo del suo ruolo nell'orientamento dei consociati e nella formulazione della decisione giudiziaria».

<sup>22</sup> Così, con riferimento alla crisi della legalità, F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, cit., 1281; G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, cit., 1271.

<sup>23</sup> «Una caratteristica della società liberale è che il cittadino può essere costretto ad obbedire solo alle norme di diritto privato e di diritto penale, la progressiva contaminazione del diritto privato con il diritto pubblico durante gli ultimi ottanta anni, cioè la progressiva sostituzione di norme di comportamento con norme di organizzazione, è uno dei modi principali con cui si è compiuta la distruzione dello Stato liberale», F. VON HAYEK, *The Principles of a Liberal Social Order*, in *Il Politico*, XXXI, 1966, trad. it., *Il liberalismo di F. Hayek*, in *Biblioteca della libertà*, IV, 1967, pp. 28-55.

All'interno di questa dinamica, espressione della odierna crisi del monopolio statale (più specificamente legislativo) della produzione giuridica che ha condotto ad un affastellarsi delle fonti foriero della crisi del principio gerarchico, accentuata dai processi di globalizzazione, che instaurano rapporti multiformi e dialettici tra diversi produttori di diritto – pubblici e privati, statali, sovrastatali, infrastatali – e tra componenti formali e informali, la giuridicità perde i connotati *hard*, propri della tradizione statualistico-positivistica, i cui tratti caratterizzanti sono rappresentati dal nesso esclusivo con la sovranità, dalla verticalità del suo assetto, da una configurazione di tipo normativistico.

La crisi della legislazione riguarda, infatti, sempre più, i moduli di intervento nella società, che appaiono rigidi e incapaci di seguire i percorsi, articolati e complessi, necessari per regolare i fenomeni della realtà odierna. Si sente, allora, il bisogno di liberare il concetto di diritto dal riferimento obbligato ad una struttura tipica, riconducibile al modello del comando, per dare ad esso un maggior spettro d'azione.

All'indebolimento della capacità regolativa della legislazione fa riscontro l'aumento della rilevanza di strumenti giuridici *soft*, dai caratteri morbidi e fluidi, in grado di adattarsi a differenti e mutevoli contesti e di influenzare gli assetti presenti e futuri, restando pronti ad accogliere apporti ed *input* che arrivino *in itinere*<sup>24</sup>. Ampio oramai, seppure nel settore della sociologia ben più che in quello giuridico, il dibattito su come si possa favorire un'ottemperanza spontanea alle regole giuridiche senza dover sempre ricorrere allo strumento costoso delle sanzioni. Come è ovvio tali studi non mirano a scardinare i sistemi sanzionatori né si promettono di mettere in discussione la sanzione (o meglio la sua minaccia) come strumento essenziale di regolazione sociale. Si propongono piuttosto di ricondurle ad ambiti essenziali, nei quali le regole di spontanea conformità non

---

<sup>24</sup> B. PASTORE, *Il soft law nella teoria delle fonti*, in A. Somma (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, 2009, 120.

riescono ad avere effetto, di integrare il meccanismo del *command and control* con sistemi che favoriscono la *compliance*, e cioè l'adesione al precetto non sostenuta dalla minaccia di conseguenze negative.

L'esigenza che ne sta alla base risiede nella consapevolezza che nelle società democratiche complesse non è ipotizzabile che il rispetto delle regole sia affidato unicamente alla minaccia della sanzione e al controllo operato dall'*enforcement* giudiziario. Una buona parte deve essere affidata all'ottemperanza spontanea, o meglio a meccanismi che favoriscano la spontanea adesione ai precetti.

Lo sbriciolamento delle fonti, seguito dall'ammorbidimento della loro struttura, si intreccia con il mutamento della funzione che il diritto è chiamato a svolgere all'interno di società postmoderne. Infatti, come si vedrà, il sempre minore utilizzo di norme che scoraggiano il comportamento indesiderato attraverso la prospettazione di una sanzione, in favore di norme basate sul rapporto mezzo-fine, in forza delle quali l'adozione del comportamento desiderato porta il soggetto ad ottenere ciò che vuole<sup>25</sup>, può essere ricollegato al mutamento delle forme espressive del potere fondativo di un diritto che da strumento di controllo si trasforma in meccanismo di direzione sociale. In tale prospettiva la normatività sembra sempre maggiormente indirizzata verso l'utilizzo di strumenti di promozione, a discapito di quelli coattivo-sanzionatori.

Ci troviamo di fronte al declino dei caratteri principali della norma, per come tradizionalmente concepita. Allo svilimento del momento fondativo della norma – dunque alla validità, che riporta al valore della fonte – fa da contraltare l'esaltazione del momento effettuale (effettivo) della

---

<sup>25</sup> Secondo Bobbio, le norme suddette possono distinguersi tra norme c.d. strumentali, qualora il comportamento desiderato (e dunque l'adeguamento alla norma) sia il mezzo diretto per raggiungere il fine desiderato dall'agente, e norme c.d. finali o direttive, attraverso le quali si indica il fine perseguito e da raggiungere lasciando però al soggetto l'individuazione del mezzo più opportuno. Cfr. N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto* (1977), Roma-Bari, 2007, 54. Un ulteriore effetto, poi, si sostanzia nella tendenziale predominanza delle norme di organizzazione sulle norme di condotta.

stessa<sup>26</sup>. Nell'idea di diritto di stampo kelseniano, era il momento di produzione giuridica quello significativo e qualificante la normazione, nel cui cono d'ombra si svolgeva il resto della vita giuridica della norma, dall'interpretazione, passando per l'applicazione e infine nello stesso *enforcement* giudiziario. Momenti, questi, talvolta persino del tutto assorbiti dal momento principe. Possiamo invece constatare di essere oggi al cospetto di un parziale rovesciamento del modello di strutturazione delle norme di stampo kelseniano: si devia dall'idea del diritto concepito come formulazione normativa, per guardare ad esso piuttosto come "funzione", come risultato, come effettività.

Ancora, alla centralità del momento sanzionatorio, da molti ritenuto il perno intorno al quale ruota il carattere dell'obbligatorietà della norma stessa<sup>27</sup>, subentra la valorizzazione del momento regolativo. Il fenomeno si accompagna ad una riscoperta del ruolo del destinatario nel suo rapporto con la norma, alla funzione di orientamento che la norma stessa svolge a prescindere dalla minaccia della sanzione.

In un simile panorama, il paradigma del comando sembra in declino. Tale meccanismo di funzionamento della norma, da sempre stato considerato lo strumento principe per mezzo del quale si esprimeva il *dover essere* della norma stessa, rappresentava la forma espressiva per eccellenza della normatività, riflettendo un certo modo di atteggiarsi del potere che ne sta alla base. Ma, come si vedrà nel prosieguo, con il modificarsi delle forme del potere, si modificano anche i suoi mezzi espressivi e, tra questi, anche

---

<sup>26</sup> Le nuove forme di normatività, delle quali tenteremo una breve disamina, si caratterizzano infatti per la tendenza a modificare il punto di appoggio della loro giuridicità: dalla validità all'effettività. Sul punto ritorneremo *infra*, par. 5.

<sup>27</sup> Secondo Kelsen il carattere sanzionatorio è addirittura ontologicamente connesso alla giuridicità della norma. Una norma che non sia, anche indirettamente sanzionatoria, non può essere definita giuridica. Secondo Kelsen, infatti, la norma giuridica si compone di due sotto-norme: la norma primaria e la norma secondaria. La prima, secondo l'Autore, sarebbe proprio quella sanzionatoria che, rivolgendosi agli apparati dell'amministrazione, imporrebbe di punire il comportamento violativo della norma secondaria, la quale invece, si rivolge ai cittadini indicando quale sia la condotta da tenere o da cui astenersi.

quelli giuridici. Le modalità di funzionamento delle norme si modificano: si attenuano i caratteri imperativi, sanzionatori, *hard*, e si accentuano quelli dialogici, *soft*, interattivi. Al comando, inteso quale forma costringitiva si sostituisce, sempre più, l'influenza<sup>28</sup>.

Questo peculiare percorso di riscrittura delle forme del giuridico conduce lontano, fino ai confini stessi della normatività. Si pongono oggi problemi di qualificazione di nuove forme di condizionamento dell'individuo sempre più utilizzate anche dai governi, sulla cui natura – normativa o meno – è necessario interrogarsi al fine di comprendere quale sia il perimetro da attribuire oggi alla categoria della normatività.

L'emersione di queste nuove forme (di "normatività"?) non si caratterizza unicamente per il rapporto che in esse viene a crearsi tra soggetti pubblici e privati, con l'ingresso nel circuito della giuridicità di nuovi soggetti, non sempre formalmente titolari delle competenze necessarie a produrre un diritto "a denominazione di origine controllata"<sup>29</sup>; il carattere comune delle nuove forme di normatività – della c.d. *soft law* in primo luogo – risiede nel tipo di circuito giuridico che viene a crearsi per il loro tramite: un circuito, cioè, che attiva logiche e processi, modalità di espressione e applicazione, che superano quello del comando e dell'obbedienza come criterio essenziale e qualificante lo strumento giuridico. La stessa obbligatorietà della norma non si esprime più secondo un *aut/aut* ma si trasforma in un concetto

---

<sup>28</sup> Senza voler entrare in un territorio tanto delicato quanto critico, può tuttavia risultare utile mettere in evidenza come anche l'individuazione del c.d. *green pass* quale strumento principale di lotta contro l'epidemia da covid-19 sia dimostrazione del declino del comando quale primario mezzo normativo. Di fronte alla necessità di attuare un'immunizzazione complessiva dell'intera popolazione – o, quantomeno, della sua maggioranza – si è scelto di non ricorrere all'imposizione di un obbligo vaccinale ritenendo preferibile, piuttosto, un articolato sistema persuasivo. Infatti, il destinatario del precetto "vaccinati" è il cittadino, al quale tuttavia non è rivolto direttamente alcun comando; egli si trova, piuttosto, di fronte ad una serie di preclusioni che, senza il ricorso alla coercizione, lo inducono ad adottare la condotta desiderata dal legislatore. A ben vedere, in un simile sistema complesso, gli obblighi non sono del tutto assenti ma sono rivolti a soggetti terzi, come i ristoratori, i negozianti ai quali è imposto di non fare entrare nei loro esercizi soggetti che non siano muniti della certificazione verde.

<sup>29</sup> Sul ruolo svolto dall'ingresso dei privati nel circuito della normatività nel processo di modifica della struttura di quest'ultima, v. *ultra*.

graduabile: una norma può essere dunque obbligatoria in grado maggiore o minore<sup>30</sup>.

Non si tratta, dunque, solo di un percorso di perdita del carattere “verticale” del diritto, ma anche, in un certo senso, di un ri-modellamento del suo criterio di legittimazione, che non è più affidato alla forma<sup>31</sup>, ma piuttosto ad un contenuto o a delle modalità che sappiamo concretamente riscuotere l’adesione, indipendentemente dall’esistenza di sanzioni. Come si potrà constatare, infatti, le emergenti forme di normatività derogano ai tradizionali canoni che da sempre caratterizzano la norma, in particolare quella giuridica.

Il primo segmento che va dissolvendosi nel corso di tale evoluzione è la componente sanzionatoria delle norme oggetto di approfondimento. Lo si prenderà in considerazione analizzando il fenomeno della *soft law*, nel quale la componente “precettiva”, comunicativa, rimane in piedi a fronte di una totale assenza della sanzione. La componente regolativa assume un carattere preponderante nell’economia della norma; essa, dunque non si fonda più sulla coercitività, ma al carattere obbligatorio sopraggiunge e si sostituisce il meccanismo *persuasivo*, quale mezzo per ottenere l’obbedienza.

In secondo luogo, in alcuni più remoti angoli del sistema – sicuramente molto lontani da quello penale, se non forse addirittura fuori dal perimetro della normatività – perfino la componente precettiva scolorisce.

---

<sup>30</sup> C.E. PALIERO, *L’indifferenza costruttiva. Il contributo della sociologia di Theodor Geiger a teoria e prassi del diritto penale*, in *Riv. pen. dir. proc. pen.*, 2019, 705 ss. Geiger ribalta il paradigma di validità di tipo statico, con approccio classificatorio (aut/aut) proprio del normativismo kelseniano, sostituendolo con un paradigma dinamico-dialogico, con funzione ordinatoria (del tipo +/-). Pare, ad un primo e superficiale approccio, potersi individuare un nesso tra l’approccio ordinatorio di cui si è detto e il concetto di logica *fuzzy* riconducibili a Delmas-Marty. V., C.E. PALIERO, *Diritto liquido: pensieri post-delmajian sulla dialettica delle fonti penali*, cit., 1099 ss. La logica *fuzzy*, la cui nascita si deve al matematico Lofti A. Zadeh, è una logica polivalente, nella quale ad una proposizione può essere attribuito un grado di verità (o grado di appartenenza) compreso tra zero e uno; essa, dunque, deroga alla logica binaria secondo la quale una proposizione può essere unicamente o vera o falsa.

<sup>31</sup> Sul tema della perdita di valore della forma e del suo scollamento rispetto alla funzione, con specifico riferimento alle ricadute in ambito penalistico ma attraverso un’ampia analisi del rapporto tra forma e funzione, M. PAPA, *Dal codice “scheumorfico” alla playlist. Considerazioni inattuali sul principio di riserva di codice*, cit., 129 ss.

Nelle forme di c.d. normatività tecnologica, o ambientale, passando per i meccanismi di *nudging* o similari, fino a giungere a vere e proprie ipotesi di architettura deontica, sembra che anche la componente strettamente precettiva, comunicativa, venga meno. Sembra, lo si è in parte già detto, che l'attuale tendenza verso cui si dirige la normatività è quella che vede il comando recessivo, a fronte del rafforzamento di meccanismi persuasivi e financo tecnici che mettono profondamente in crisi il discrimine tra essere e dover essere. Non vi è infatti, nelle forme più estreme, un messaggio, linguistico o simbolico che sia, rivolto al destinatario della norma, che lo ponga nella condizione di scegliere se obbedire o meno a quanto comandato. Sembra avversarsi, in questi ambiti, la profezia secondo cui la promessa fatta dalla postmodernità di «porre termine all'agonia della scelta individuale» si attui «abolendo la scelta stessa»<sup>32</sup>.

Ci si potrebbe domandare perché e in quale modo un tale studio del potere, delle forme della sua trasformazione e delle conseguenze che da quest'ultime discendono sulla forma del diritto, possa fare da sfondo per un'analisi dello stato di salute della funzione comando della fattispecie.

In primo luogo, la presa di coscienza delle linee di tendenza verso cui si orienta l'intero ordinamento – e, ancor prima, lo stesso ruolo del diritto all'interno della società – può rappresentare un punto di osservazione privilegiato rispetto al fenomeno strettamente penalistico. Consapevoli di non poter considerare il diritto penale una monade isolata, avulsa dai fenomeni giuridici e immune dalle trasformazioni che investono gli altri rami dell'ordinamento, ma altrettanto consci che tali evoluzioni investono e si riflettono sulla materia penalistica solo dopo un notevole lasso di tempo dal loro esordio, si ritiene di poter individuare alcune sintomatiche avvisaglie di tale mutamento in atto all'interno della struttura della norma penale.

---

<sup>32</sup> Z. BAUMAN, *La società individualizzata*, Bologna, 2002, 91.

Il declino del comando, dell'obbligatorietà, della prescrittività e coercitività pongono il diritto penale, ontologicamente punitivo, di fronte alla primaria sfida della propria legittimazione. Ma, oltre a ciò, il fenomeno sembra acuire le componenti precettive, comunicative del comando stesso. Sebbene, come è ovvio, la norma penale non potrà mai rinunciare alla sua forma *hard*, se non a costo di rinunciare all'essenza stessa della propria natura e dissolversi del *mare magnum* della normatività, la sua struttura può – e in parte sembra che ciò stia effettivamente accadendo – mutare, nel tentativo di accentuare le componenti comunicative, in luogo di quelle sanzionatorie. La parte *soft* della norma penale, quella che implica un rapporto effettivo tra norma e destinatario, una effettiva ed efficace capacità di orientamento dello stesso<sup>33</sup>. Un diverso rapporto, dunque, tra precetto – violazione – sanzione che disegna una norma penale completamente libera dall'ineluttabilità del secondo momento sul primo e che si struttura secondo una circolarità del momento “educativo” e di quello “coercitivo”.

### **3. Il ruolo dei privati nel processo di modificazione della struttura delle norme**

Come noto, il ruolo che i privati stanno assumendo all'interno del circuito giuridico è assolutamente crescente. Il fenomeno, strettamente legato alla globalizzazione, risente del congiunto operare del fenomeno di arretramento del ruolo statale – determinato dalla porosità dei confini nazionali<sup>34</sup>–

---

<sup>33</sup> Riprenderemo il tema più avanti. Qui basti anticipare che in alcuni recenti scritti della dottrina penalistica italiana sembra riscoprirsi e valorizzarsi l'idea dell'obbedienza, concetto tradizionalmente estraneo alla logica della norma penale, che per sua stessa natura può considerarsi “ontologicamente patologica”, entrando in gioco solo qualora effettivamente violata. Sul punto cfr. F. GIUNTA, L. EUSEBI, V. MAIELLO, *Gli “obbedienti” di Natalino Irti: una lettura penalistica*, in corso di pubblicazione su *Criminalia* e anticipato su *disCrimen*, 27 dicembre 2021. Il commento segue il contributo di N. IRTI, *Inizio e obbedienza*, in *DisCrimen*, 27 dicembre 2021, e prende le mosse dal libro di N. IRTI, *Viaggio tra gli obbedienti*, Milano, 2021.

<sup>34</sup> Sul tema del superamento dello Stato come principale attore della giuridicità., per tutti, S. CASSESE, *Oltre lo Stato*, cit.

insieme con quello della parcellizzazione della popolazione. Quest'ultimo in particolare, insieme con la facilità di circolazione di cose, beni, informazioni che la "mondializzazione" assicura, favorisce la creazione di aggregati sociali trasversali, composti da soggetti provenienti da ogni parte del globo, che stabiliscono reti sociali e informative che superano di gran lunga i confini - e, dunque, i controlli - statali. Aggregati che, condividendo interessi, economici ma anche valoriali, tendono a creare diritto, per organizzare sé stessi e per definire i propri rapporti. A questo si aggiunga il ruolo sociale ed economico riconosciuto alle *corporations*, il cui fatturato talvolta supera il Pil di numerosi Stati del mondo, e che si fanno rappresentanti di una moderna *lex mercatoria*.

Il fenomeno dell'autoregolazione, ormai preso in considerazione anche dai più recenti interventi dell'Unione europea - secondo moduli procedurali che la dottrina distingue in quello dell'*up-down*, del *bottom-up* o misto<sup>35</sup> -, e con esso il ruolo dei privati nella creazione di alcuni "nodi" della rete normativa di cui si compone il fenomeno giuridico moderno, risulta crescente.

Ma anche all'interno dei confini statali, si assiste ad un rapido incremento del fenomeno del coinvolgimento di soggetti privati nelle funzioni pubbliche; esso, si estende, ormai, fino a ricomprendere vere e proprie deleghe di controllo e obblighi di segnalazione in ordine alla commissione di reati, talvolta indice di vere e proprie collaborazioni tra pubblico e privato nell'attuazione di politiche pubbliche<sup>36</sup>. Insomma, il coinvolgimento dei

---

<sup>35</sup> Il procedimento c.d. *up-down* è quello nell'ambito del quale l'Unione europea emana una direttiva che affida agli ordinamenti nazionali il compito di specificarne la disciplina proprio mediante l'impiego di forme di autoregolamentazione; il modello *bottom-up* invece si caratterizza per l'esistenza di una direttiva europea che, al contrario, recepisca la disciplina posta spontaneamente dagli attori sociali per la via dell'autoregolamentazione. Il procedimento misto, infine, è quello nel quale il contenuto delle fonti di autoregolamentazione viene legittimato mediante l'adozione di una raccomandazione o di altri strumenti normativi diversi dalla direttiva. V. F. CAFAGGI, *Crisi della statualità, pluralismo e modelli di autoregolamentazione*, in *Politica del diritto*, 4, 2001, 562, 563.

<sup>36</sup> Il coinvolgimento dei privati nell'ambito del diritto pubblico ha trovato particolare successo con riferimento al contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, i reati

privati sembra diventare, anche in ambito penale, sempre più essenziale ai fini della gestione e tutela della cosa pubblica<sup>37</sup>. Ne siano riprova il fiorire di numerosi studi sul tema dell'autonormazione<sup>38</sup>, così come la riscoperta sul piano della teoria generale del diritto delle teorie pluraliste (*sub specie* di quelle istituzionaliste) le uniche che, postulando l'esistenza di una pluralità di ordinamenti giuridici derivanti da aggregati sociali che si autoregolano, risultano idonee alla comprensione e spiegazione (financo messa a sistema) dei fenomeni normativi di cui si dirà.

Quello dell'autonormazione è infatti un fenomeno che ha, da qualche tempo, cominciato a lambire anche i lidi della materia penalistica. Il termine è usato, in via generale, per evocare un rapporto di identità tra chi enuclea la norma, chi ne cura l'attuazione e chi ne risulta destinatario. È dunque il rapporto di circolarità, e che secondo taluni dovrebbe sospingere il fenomeno in esame ai confini del perimetro della giuridicità, che identifica il poliedrico fenomeno autonormativo. Colui che è proposto all'attività di *law making* e di *law enforcement* si identifica con il destinatario stesso della

---

informatici e quelli finanziari. Le forme di cooperazione, tutte caratterizzate dal tratto della volontarietà, si articolano in diversi strumenti, tra i quali il c.d. *whistleblowing*, gli accordi con i *service providers* e gli obblighi di segnalazione. Attraverso la circolazione di informazioni strategie tra privati e pubblica amministrazione, si viene a creare un vero e proprio rapporto pubblico-privato che ricorda quelle forme di cooperazione da tempo sperimentate in ambito pubblicistico. Si fa riferimento alle c.d. *Public-Private Partnership* (in italiano "Partenariato pubblico-privato"), forme di cooperazione tra pubbliche amministrazioni, privati, imprese e organizzazioni al fine di dare attuazione ad alcune politiche di governo. Sul punto cfr. G. LASAGNI, *Public private partnerships nell'antiriciclaggio e antiterrorismo: una nuova forma di outsourcing del processo penale?*, in *Riv. dir. pen. cont.*, 3, 2021, 153 ss.

<sup>37</sup> M. CAIANIELLO, *Poteri dei privati nell'esercizio dell'azione penale*, Torino, 2003, secondo cui «senza tale partecipazione, in definitiva, il soggetto pubblico sembra rivelarsi sempre più inadeguato a garantire l'applicazione e l'osservanza delle leggi».

<sup>38</sup> C. PIERGALLINI, *Autonormazione e controllo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 3, 2015, 261 ss.; C. PIERGALLINI, *Ius sibi imponere: controllo penale mediante autonormazione?*, in C.E. Paliero, S. Moccia, G.A. De Francesco, G. Insolera, M. Pellissero, R. Rampioni, L. Riscato (a cura di), *La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali*, Napoli, 2016; ID., *Autonormazione e controllo penale*, in *Dir. proc. pen.*, 2015, 261 ss.; F. CENTONZE, *La co-regolamentazione della criminalità d'impresa nel d.lgs. n. 231 del 2001. Il problema dell'importazione dei "compliance programs" nell'ordinamento italiano*, in *Analisi giur. ec.*, 2009, 219 ss.; S. MANACORDA, *La dinamica dei programmi di compliance aziendale: declino o trasfigurazione del diritto penale dell'economia?*, in *Le Società*, 2015, 473 ss.; V. TORRE, *La "privatizzazione" delle fonti del diritto penale. Un'analisi comparata dei modelli di responsabilità penale nell'esercizio dell'attività di impresa*, Bologna, 2013; D. BIANCHI, *Autonormazione e diritto penale. Intersezioni, potenzialità, criticità*, Torino, 2021.

norma<sup>39</sup>.

Tuttavia, quello dell'autonormazione è solo una parte del fenomeno che si intende trattare; o, per meglio dire, un modo di guardare al fenomeno da un differente punto di osservazione: quello della fonte, del soggetto che produce normatività. Ciò che qui interessa è invece cercare di analizzare quale sia l'influenza che sul comando penalistico abbiano le direttrici che il fenomeno giuridico – e più in generale normativo – sta attraversando.

È certamente indubbio il carattere fondamentale che a tali fini riveste l'approfondimento del tema dell'autonormazione, fenomeno che tuttavia ritrova il proprio nucleo identificativo nel carattere *riflessivo* della norma, e cioè nella tendenziale coincidenza tra chi la produce e il suo destinatario, ossia nell'autoimposizione di un vincolo normativo.

È innegabile che i due fenomeni – quello del comando e quello dell'autonormazione –, strettamente connessi tra loro, siano frutto della medesima crisi delle strutture normative per come sono state finora conosciute. Come con l'uovo e la gallina è arduo, tuttavia, definire quale dei due sia nato per primo: se, cioè, la necessaria interazione dello Stato con i soggetti economici, privati, abbia comportato un mutamento delle forme della normazione<sup>40</sup>; o

---

<sup>39</sup> Sulla delimitazione che tale rapporto di identità debba avere per poter parlare di effettivo fenomeno autonormativo, con le difficoltà che da esso discendono, v. D. BIANCHI, *Appunti per una teoria dell'autonormazione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 1479, il quale sottolinea come tale identità non debba intendersi in modo troppo lasco, astratto con il rischio di rintracciare il fenomeno autonormativo anche nello stesso ordinamento giuridico, che in fondo si basa su un rapporto circolare tra popolo, a cui appartiene la sovranità, che per mezzo dei meccanismi rappresentativi plasma le norme, e popolo come destinatario delle stesse. Al contempo, tuttavia, non può pretendersi una totale e piena identità tra creatore e destinatario della norma, poiché un simile rigoroso approccio determinerebbe la scomparsa della stessa norma che, non può esistere, se non dotata di un *minimum* di vincolatività che non può rintracciarsi nella pura autoimposizione di una norma di condotta, che semmai può appartenere al fenomeno morale, etico. Sul punto di contrario avviso J. M. SILVA SANCHEZ, *Autonomía elemental como autonormatividad (Reflexiones veraniegas intemporales)*, in *InDret Penal*, 2019, 1 ss. secondo il quale è invece possibile rintracciare una norma anche nel fenomeno di pura autoimposizione individuale, che comporterebbe una scissione soggettiva del soggetto che pone la norma e ad essa si vincola.

<sup>40</sup> Sottolinea S. MANACORDA, *La dinamica dei programmi di compliance aziendale: declino o trasfigurazione del diritto penale dell'economia?*, cit., 473, come lo sviluppo di forme di regolamentazione *soft* o di *compliance* abbia subito un netto incremento ad inizio millennio, nel

se al contrario la ricerca di forme alternative al modello di *command and control* abbia finito per dotare gli operatori privati di potestà regolative<sup>41</sup>. Difatti in area anglosassone l'approfondimento del fenomeno si è spostato sullo studio dell'autonormazione come opzione politica alternativa a quella imperniata sulla legislazione statale e sul modello del *command and control*, inteso quale paradigma fondato sull'imposizione di precetti sostenuti dalla minaccia di una sanzione<sup>42</sup>. Se, come si è già detto, caratteristica propria della normatività giuridica è, nell'impianto tradizionale, l'esigibilità esteriore di una determinata condotta da parte di soggetti in posizione di potere, appare chiaro che, l'ingresso nel circolo di produzione normativa di soggetti privati, immessi in una logica giuridica che assume sempre più le forme dell'orizzontalità e della dialogicità, abbia determinato un affievolimento di tale rapporto di subalternità in favore di forme più flessibili e "paritarie" di orientamento della condotta altrui.

In egual misura il tema della funzione e della struttura del comando che qui si affronta non rappresenta, a sua volta, che una minima parte di quello dell'autonormazione. Il fenomeno autonormativo, infatti, può consistere a sua volta di un patrimonio giuridico assai vario «che spazia dai principi, ai precetti ipertassativi, dalle norme primarie a quelle procedurali, e può realizzarsi tramite schemi formali e rigidi, espressione di un potere gerarchico, sia tramite moduli maggiormente fluidi, che si affidano più alla

---

momento in cui è stata accordata una crescente libertà agli operatori economici che agiscono in forma organizzata. Cfr. J. BRAITHWAITE, P. DRAHOS, *Global Business Regulation*, Cambridge, 2000, 3 ss.; J.F. COFFEE, *Law and the market: the impact of enforcement*, in *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 156 (2), 2007, 229 ss.

<sup>41</sup> Mette bene in evidenza il concetto B.S. TAVERRITI, *Autonormazione e prospettive autopoietiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4, 2020, 1940, la quale come il fenomeno autonormativo possa essere guardato non tanto come delega ai privati da parte del potere statale bensì, ribaltando il punto di osservazione, quale «giuridificazione delle sfere sociali, maturata nel solco dell'incapacità del *Welfare State* di saziare i bisogni sociali».

<sup>42</sup> A. OGUS, *Regulation: Legal Form and Economic Theory*, Oxford, 1994, J. BLACK, *Critical Reflections on Regulation*, in *Australian Journal of Legal Philosophy*, 27, 2002; R. BALDWIN, M. CAVE, M. LODGE, *Understanding Regulation: Theory, Strategy and Practice*, Oxford, 2012, 106; C. PARKER, *The Open Corporation. Effective Self-Regulation and Democracy*, Cambridge, 2002; R. BALDWIN, 'Regulation: After Command and Control', in K. Hawkins, *The Human Face of Law: Essays in Honor of Donald Harris*, Oxford, 1997.

*moral suasion* che alla coercizione»<sup>43</sup>.

Tuttavia, sebbene non si possa individuare un chiaro rapporto di causa-effetto tra i due fenomeni, è indubbio che il nuovo ruolo ricoperto dai privati nella struttura reticolare della società, il loro rapporto “paritario” con lo Stato quali interlocutori nelle forme dialogiche che generano norme, ricopre un’influenza determinante nella trasformazione della struttura delle norme. I fenomeni di delega normativa che vedono i privati co-protagonisti della creazione delle forme giuridiche comporta un necessario adeguamento di quest’ultime ai limiti con cui i primi possono svolgere tale attività. La possibilità di prevedere e infliggere sanzioni, di carattere pubblicistico (siano esse penali o amministrative) non può che rimanere infatti in mano allo Stato; si rende dunque necessario utilizzare uno strumentario normativo che non debba far ricorso alle sanzioni, perlomeno non nelle forme di quelle tradizionali.

Ciò che può trarsi, ai nostri fini, dal fenomeno dell’autonormazione è la conferma che della tendenza in atto alla modifica del paradigma giuridico, per come lo abbiamo negli ultimi due secoli conosciuto. Il funzionamento del sistema di autonormazione si fonda infatti sul *consenso*, ovvero sull’effettivo rispetto delle regole autoimposte dall’ente da parte dei destinatari delle stesse. Ciò che dunque, ai nostri fini, interessa del fenomeno autonormativo risiede nel fatto che la partecipazione diretta, ravvicinata del singolo alla creazione/applicazione delle norme favorisce meccanismi di *compliance* che risultano spesso più efficaci di quelli incentrati sul comando.

#### **4. Dal comando all’influenza: le dimensioni del potere**

Come noto, la tematica del rapporto tra diritto e potere è assai antica e rimane ad oggi uno dei temi più discussi della filosofia del diritto. Di come

---

<sup>43</sup> D. BIANCHI, *Appunti per una teoria dell’autonormazione*, cit., 1495.

tale rapporto debba declinarsi, se il diritto debba rappresentare il limite o l'attuazione del potere, se con esso debba coincidere o in quale misura distaccarvisi, rimangono temi su cui gli studiosi continueranno a confrontarsi per sempre, consapevoli di come «il diritto, per affermarsi, abbia bisogno del potere a pena della perdita della propria realtà sociale» ma al contempo di come «il potere possa costituire un fattore di impedimento e perfino di perversione del diritto»<sup>44</sup>.

Anche intorno allo stesso concetto di potere imperversa il più ampio caos teorico, conteso come è tra le accezioni giuridiche, sociologiche e politiche spesso tra loro non conciliabili.

Secondo la teoria tradizionale il potere si è «la possibilità che un individuo, agendo nell'ambito di una relazione sociale, faccia valere la propria volontà anche di fronte ad un'opposizione»<sup>45</sup>, identificandosi, cioè, con la possibilità di imporre decisioni obbligatorie attraverso la coazione; in una simile concezione quest'ultima è una categoria che si staglia sullo sfondo del potere e rappresenta l'unico mezzo in grado di rendere effettivo il potere e di attuarlo. Potere e violenza, secondo la lettura tradizionale, sarebbero dunque inscindibilmente connessi, al punto che l'uno non potrebbe esistere senza l'altra, che ne rappresenta elemento costitutivo. Dal potere, in tal senso inteso, si distinguono le altre forme di orientamento del comportamento altrui che si fondano su meccanismi differenti dall'esercizio della forza fisica.

In quest'ottica l'influenza, rappresentando un mezzo di orientamento dell'altrui comportamento che si fonda su meccanismi differenti rispetto a quelli che fanno riferimento alla coazione, rimane al di fuori dal perimetro del potere. Una simile contrapposizione si trova chiaramente espressa da uno dei fondatori della moderna sociologia, Max Weber, secondo il quale il

---

<sup>44</sup> M. MAIWALD, *Diritto e potere*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004.

<sup>45</sup> M. WEBER, *Economia e società 1 - Teoria delle categorie sociologiche*, (trad. it. di T. Bagiotti, F. Casablanca, P. Rossi), Roma, 1995, 51.

potere è prescrittivo, coattivo, controllante, punitivo e sanzionatorio mentre l'influenza, al contrario, mira a determinare i comportamenti altrui per il mezzo del coinvolgimento, della convinzione, dell'orientamento non autoritario. Potremmo dire che, secondo simile definizione, il potere è *hard* mentre l'influenza è *soft*, basata sulla complicità, spontanea o attivata che sia.

Il binomio potere-coazione ben si attaglia al modello ordinamentale di stampo kelseniano, nel quale la validità è la categoria fondativa della giuridicità. La fonte – che trova la sua legittimazione ultima nella *Grundnorm* – legittima l'attribuzione di quel potere, potenzialmente violento e coercitivo, che rappresenta il nucleo stesso della giuridicità. In questa prospettiva, come meglio si dirà in seguito, la categoria dell'effettività della norma risulta ancillare, funzionale a convalidare *ex post* la validità della stessa.

Al contrario, una diversa e più recente corrente di pensiero definisce il potere come *noumenico* e lo identifica con la capacità di un soggetto di condizionare l'*agere* di taluno «motivandolo a fare o pensare qualcosa che non avrebbe altrimenti fatto o pensato»<sup>46</sup>. Questa seconda impostazione ha il pregio teorico di recidere il nesso tra potere e violenza, relegando quest'ultima ad una forma – la più intensa – di manifestazione del primo<sup>47</sup>. Non l'unica, dunque, sebbene tradizionalmente la più diffusa e utilizzata nel corso della storia. Seguendo questa differente accezione, che vede libertà e violenza non in totale antitesi, ma quali differenti forme di manifestazione del potere, anche l'influenza ritornerebbe a far parte delle forme di potere.

---

<sup>46</sup> R. FORST, *Noumenal Power*, in *The Journal of Political Philosophy*, 23(2), 115; sul concetto di potere noumenico v. ID., *Normativity and Power: Analyzing Social Orders of Justification*, Oxford, 2011.

<sup>47</sup> In realtà la teoria in oggetto distingue il caso della minaccia di una coazione fisica dalla sua effettiva attuazione. Nel primo caso, infatti, saremmo all'interno del potere noumenico, fondato come si è detto sulla capacità di influenzare il comportamento di un animale razionale attraverso l'effetto esercitato dalle ragioni sui processi di inferenza e deliberazione che ne determinano il pensiero e l'azione (c.d. cause mentali). Al contrario, l'attuazione del potere attraverso la forza fisica è, per l'autore, il riflesso del potere di influenzare i comportamenti attraverso eventi fisici (c.d. cause fisiche). Sul punto. V. M. BIANCHIN, *Ragioni, potere, dominio. Rainer Forst e la teoria critica del potere*, in *Quaderni di teoria sociale*, 1/2, 2020, 111.

Caratteristica del potere così inteso è che esso si fonda sull'effettività, cioè sull'effettiva capacità di determinare una modificazione del comportamento altrui<sup>48</sup>.

Seguendo questo secondo approccio, maggiormente legato alle caratteristiche che, concretamente, esso riveste nella modernità, si può affermare che i caratteri con i quali Max Weber descriveva il potere ben si attagliano a specifiche forme di manifestazione dello stesso e ai mezzi espressivi ad esse connessi, ma non a tutte<sup>49</sup>. Se è vero infatti che, da sempre, il potere si lega a forme di attuazione, specialmente giuridiche, che presentano i suddetti caratteri, non è da escludere che esso possa esprimersi in forme e con modalità differenti. Il potere inteso come strutturalmente coercitivo, attuativo di forme di comando prescrittivo, che si esaurisce nel tentativo di spezzare le resistenze dei destinatari e ottenerne così l'obbedienza, non esaurisce l'intera estensione della categoria.

Pertanto, evocare il "potere" implica far ricorso ad una categoria più generale, un potere inteso in senso ampio, ritenendo che esso possa esprimersi non solo per mezzo di strumenti coercitivi o sanzionatori, ma anche attraverso modalità più blande.

Tali premesse, necessarie per quanto si dirà più avanti, sono strettamente connesse alla constatazione per cui, da sempre, vi è un'omogeneità strutturale tra forma del potere e forma del diritto<sup>50</sup>. Quest'ultimo, infatti,

---

<sup>48</sup> Non sull'effettività come concreta attuazione del potere. Si è detto infatti che il potere così inteso viene definito in termini di potenzialità piuttosto che di attualità, con riguardo alla sua capacità di modificare il comportamento altrui piuttosto che sul suo effettivo esercizio. Da qui il carattere noumenico piuttosto che fenomenico.

<sup>49</sup> L'autore parla di potere intendendo con tale termine la possibilità stessi di imporre qualcosa e di attuarlo coercitivamente; l'uso di tale termine corrisponde, nella nostra trattazione, a quello di comando. All'interno del paragrafo con il termine potere si intende invece far riferimento alla categoria intesa in senso ampio, come capacità di imporre - con qualsiasi mezzo - una volontà su un'altra. In questo senso il potere può essere esercitato in modi molto diversi, come dimostrano gli studi effettuati da Michel Foucault, il quale ha preso in esame i diversi mezzi con i quali il potere può esprimersi.

<sup>50</sup> Afferma che vi è una «persistente connessione di una certa immagine del diritto con una certa concezione dello Stato» N. BOBBIO, *La funzione promozionale del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, 1316

quale strumento principe di regolazione sociale – *ubi societas ibi ius* – non può che riflettere il substrato sociopolitico nel quale si trova immerso e che è chiamato a regolare. Al modificarsi del secondo, muta anche il primo: la tecnica del potere cerca costantemente nuovi mezzi.

Delineata questa cornice, appare dunque necessario, a questo punto, tentare di esaminare quali siano le forme di potere che pervadono l'odierna struttura sociale e comprendere se e come il loro mutamento abbia influenzato le forme giuridiche.

Come anticipato, la forma di manifestazione del potere più diretta e immediata, e anche più diffusa, si esprime come negazione di libertà, come contrapposizione di un volere che è capace di imporsi, anche attraverso la forza, sulla volontà di chi vi è sottomesso. Il comando è il mezzo di comunicazione di un dover essere che, se non attuato, comporta una sanzione dal carattere punitivo e coercitivo, e rappresenta l'espressione di uno dei (possibili) modi di essere del potere.

Per descrivere il processo di trasformazione del modo con cui l'esercizio del potere si manifesta nelle norme, pare utile riprendere la felice distinzione, operata da un filosofo contemporaneo, tra "società disciplinare" e "società di prestazione"<sup>51</sup>. La nascita della società disciplinare, che segna di

---

<sup>51</sup> «La società disciplinare descritta da Foucault, fatta di ospedali, manicomi, prigioni, caserme e fabbriche, non è più la società di oggi. Al suo posto è subentrata da molto tempo una società completamente diversa [...]. La società del XXI secolo non è più la società disciplinare ma è una società della prestazione (*Leistungsgesellschaft*). I suoi cittadini non si dicono più "soggetti d'obbedienza" ma "soggetti di prestazione" (*leistungssubjekte*)», e ancora, «La società disciplinare è una società della negatività. È determinata cioè dalla negatività del divieto. Il verbo modale negativo in essa dominante è il "non potere" (*Nicht-Dürfen*). Anche il "dovere" (*Sollen*) è intaccato da una negatività, quella dell'obbligo. La società della prestazione si sottrae sempre di più alla negatività. Essa è abolita proprio dalla crescente de-regolamentazione. Il verbo modale positivo, proprio della società della prestazione, è il "poter fare" (*Können*) illimitato [...]. In luogo del divieto, dell'obbligo o della legge, subentrano il progetto, l'iniziativa e la motivazione. La società disciplinare è ancora dominata dal *no*». «Viviamo in una particolare fase storica, nella quale la stessa libertà suscita costrizione. La libertà del potere (*Können*) produce addirittura più costrizioni del dovere (*Sollen*) disciplinare, che esprime ordini e divieti. Il dovere ha i suoi limiti; il potere, invece, non ne ha, è aperto verso l'alto. Perciò, la costrizione che viene dal potere è illimitata. Ci troviamo così, in una situazione paradossale. La libertà è propriamente l'opposto della costrizione: essere liberi significa essere liberi da costrizioni. Ora, questa libertà – che

per sé il superamento di una forma di potere manifestantesi come potere, di morte nelle mani di un sovrano simile ad un dio, deve essere ricollegata alla trasformazione delle forme di produzione, ossia al passaggio dall'agricoltura all'industria. Il potere disciplinare è un potere normativo che, sottoponendo il soggetto a un insieme di regole, espresse sotto forma di comandi - obblighi e divieti -, mira ad eliminare aberrazioni e anomalie, bloccando il corpo in un sistema di norme.

L'approccio disciplinare è stato proprio del nostro ordinamento per molto tempo e, a ben vedere, ancora se ne vedono gli effetti. Il passaggio da una società intessuta di legami interindividuali ad una fondata su meccanismi di alta complessità è stato affrontato in larga misura per mezzo del modello "disciplinare" che, pur assumendo tratti "globali", è stato «riproposto nelle sue caratteristiche funzionali e strutturali»<sup>52</sup>. Tra tali caratteristiche viene in primo luogo in gioco quello del comando, e dunque di una stretta correlazione tra precetto e sanzione; infatti «la sanzione è, della disciplina, il necessario *pendant*, utile ad attivare un "impulso motivazionale" senza il quale fallirebbe ogni tentativo di plasmare i comportamenti dei destinatari»<sup>53</sup>.

---

sarebbe il contrario della costrizione - produce essa stessa costrizioni», BYUNG-CHUL HAN, *La società della stanchezza*, Milano, 2010, 23 ss., 109, riprendendo riflessioni già abbozzate in ID., *Psicopolitica*, Milano, 2016. Lo stesso BAUMAN, nel parlare di "società liquida" come metafora per descrivere l'attuale fase dell'epoca moderna, in contrapposizione con il carattere solido delle sue precedenti manifestazioni, sottolinea come al posto della solida prigione foucaultiana la società odierna - in questo senso post-panottica - è caratterizzata da forme di controllo sociale molto più leggere (come quelle, ad esempio, determinate dalle interazioni su Internet). Parla di crisi degli ambienti di internamento, costitutivi della società disciplinare, G. DELEUZE, "Poscritto sulle società di controllo", in *Pourparler*, (trad. it. Di S. Verdicchio), Macerata, 2000, 234-241.

Tutto ciò suona come un sinistro "ritorno al passato" se si pensa che secondo Agamben il passaggio al paradigma della volontà si ha solo con l'avvento del cristianesimo. Poiché prima il concetto di volontà, fondato a sua volta su quello del libero arbitrio, non si era ancora sviluppata, l'uomo del mondo antico era un soggetto *che può* e non un soggetto *che vuole*. «Si tratta [...] di spostare l'agire umano dalla sfera della "potenza" (*dynamis*) in quella della volontà». V. G. AGAMBEN, *Karman. Breve trattato sull'azione, la colpa e il gesto*, Torino, 2017, 73 ss., 74, come citato in M. PAPA, *Fantastic Voyage*, cit., 181.

<sup>52</sup> Così, A. VALLINI, *Antiche e nuove tensioni tra colpevolezza e diritto penale artificiale*, cit., 94.

<sup>53</sup> A. VALLINI, *Antiche e nuove tensioni tra colpevolezza e diritto penale artificiale*, cit., 94.

Ma il potere caratteristico della società disciplinare, intriso di negatività, articolato secondo moduli inibitivi e non permissivi, che con grande dispendio di forze stringe gli uomini in un busto di ordini e divieti, non è in grado di descrivere la forma di potere funzionale ai regimi neoliberali, che rilucono invece di *positività*. Il modello coercitivo, insomma, «non è all'altezza della complessità del potere»<sup>54</sup>.

La trasformazione del meccanismo di funzionamento delle norme, lo si ripete, è in parte connessa alle specifiche esigenze che la società odierna richiede in termini di normatività. È evidente come, modificandosi la forma e il fondamento del potere, anche i mezzi, attraverso cui il comportamento viene indirizzato – e dunque il funzionamento della norma, che è strumento per eccellenza – assumano forme e strutture differenti.

Al contrario, nella “società della prestazione”, che coincide con quella dell'epoca neoliberale o postmoderna, la tecnica di potere non ha carattere precipuamente proibitivo, protettivo o repressivo, ma si esprime in forma prospettica, permissiva e proiettiva. Il principio di negatività, che caratterizza ancora lo stato di sorveglianza orwelliano, lascia il posto a quello di positività: i bisogni non sono repressi ma stimolati. Che il diritto, generalmente inteso, non sia più strumento che limita, bensì mezzo per la promozione di azioni, e che tale trasformazione sia legata a quella al passaggio da uno Stato gendarme «che con tecniche limitate perseguiva fini altrettanto limitati»<sup>55</sup> allo Stato sociale, impegnato nella promozione di comportamenti

---

<sup>54</sup> BYUNG-CHUL HAL, *Che cos'è il potere?*, Milano, 2019, il quale non ravvisa nella libertà il polo opposto alla costrizione, ma solo una diversa forma di manifestazione del potere. L'autore infatti identifica il potere con la creazione di un *continuum* del sé, un'espansione della propria volontà fuori dal sé che può essere realizzata per mezzo di differenti strumenti che riflettono altrettante strutture di “mediazione”, di gradualità variabile. Più il potere si manifesterà con i tratti della costrizione e della violenza, più il rapporto risulterà debole e il *continuum* limitato perché la costrizione consiste nell'imposizione delle decisioni contro la volontà altrui. Al contrario, sarà tanto migliore l'intermediazione che non opera contro la volontà altrui «bensì trasuda dalle sue azioni». «Un potere superiore è quello capace di plasmare il futuro dell'Altro, non quello che lo blocca. [...] Senza alcun ricorso alla violenza, il potente prende posto nell'anima (altrui)». V. BYUNG-CHUL HAL, *Che cos'è il potere?*, cit., 10, 11.

<sup>55</sup> G. R. CARRIÒ, *Sul concetto di obbligo giuridico*, in *Riv. fil.*, LVII-2, 1966, 150.

positivi, è stato da tempo evidenziato ed ha comportato uno sforzo di ripensamento delle stesse categorie della teoria generale del diritto<sup>56</sup>.

Il *Welfare State* persegue infatti nuovi fini per mezzo di nuove e differenti tecniche che non consentirebbe all'apparato concettuale, elaborato dalla teoria generale del diritto, incentrato sul concetto di obbligo e sanzione, di sopravvivere inalterato attraverso mutamenti tanto radicali<sup>57</sup>.

Nel contesto della società contemporanea, si rivelano assai più efficaci del potere che ordina, minaccia e sanziona quelle tecniche di potere che, offrendosi sotto forma di libertà, inducono gli uomini a sottomettersi spontaneamente al rapporto di potere, attraverso la valorizzazione delle componenti permissive e «seduttive»<sup>58</sup>. In un simile contesto il potere si esprime non più esclusivamente per mezzo della limitazione di libertà bensì per il tramite dell'auto-governo e dell'auto-controllo, portando così gli individui

---

<sup>56</sup> Il riferimento è a N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, cit., il quale, come noto, dedica molti contributi all'analisi della funzione promozionale del diritto legata, secondo l'Autore, al mutamento della funzione svolta dallo Stato. L'autore contesta l'attualità dell'approccio che riduce la funzione del diritto a quella protettiva, e la struttura dello stesso come prettamente repressiva. Sottolinea infatti come le due teoriche si trovano spesso sovrapposte, essendo la seconda spia della prima. Facendo riferimento alla teoria di Thomasius, il quale considerava il diritto come un insieme di norme negative (di divieti dunque), afferma l'illustre Autore che «come tutte le teorie riduzionistiche [...] la teoria che vede nel diritto un insieme di norme di un solo tipo (in questo caso norme negative) è manifestamente falsa. Ma è troppo manifestamente falsa per non stimolare a guardare cosa c'è dietro. Quella che essa nascondeva era l'idea che al diritto si dovesse ascrivere [...] una funzione eminentemente protettiva. L'apparire del diritto come insieme di norme negative segnava il passaggio dallo stato di natura allo stato civile, cioè ad uno stato continuamente minacciato dalla guerra universale a uno stato di pace», N. BOBBIO, *La funzione promozionale del diritto*, cit., 1315. Nonostante Bobbio faccia riferimento al mutamento della funzione del diritto, che passa da essere prettamente protettiva a promozionale e egli considera il premio una vera e propria sanzione di tipo positivo, e non giunge dunque a distinguere il diritto premiale da quello punitivo sotto il profilo del meccanismo di funzionamento della norma, la quale, secondo l'Autore, pur facendo sostituendo il premio alla punizione, non rinuncia per questo alla sua obbligatorietà e dunque alla sua forma di comando o di divieto.

<sup>57</sup> G. R. CARRIÒ, *Sul concetto di obbligo giuridico*, cit., 149.

<sup>58</sup> BYUNG CHUL HAN, *Psicopolitica*, Milano, 2016, 23, ritiene che il potere basato sulla costrizione e sulla violenza sia una forma espressiva addirittura più "debole" rispetto a quella permissiva e seduttiva, anche solo per il fatto che vi siano due volontà contrapposte. Anche N. IRTI, *Viaggio tra gli obbedienti*, Milano, 2020, 43, ravvede la perdita di significato dei singoli atti di risposta al comando poiché «si spegne [...] l'umano dialogo dell'obbedienza, quel fronteggiarsi delle volontà che si misurano nel reciproco potere; e l'individuo sta dentro un Ordine, il quale chiede soltanto prestazioni di competenza [...]».

a comportarsi in modo conforme alle norme, facendo in modo che essi anticipino e realizzino da soli ciò che ci si attende da loro<sup>59</sup>. Si tratta, dunque, di un potere che acuisce le proprie componenti regolative e di influenza per sostituirle al mezzo della coercizione.

Il potere, in tale forma, non opera frontalmente *contro* la volontà dei soggetti sottomessi, ma la guida secondo il proprio volere. Più che opporsi al soggetto, procedendo *contro* la volontà altrui e sottoponendola a divieti e obblighi propri del modello coercitivo, il modello di potere odierno influenza, rielabora o prepara il campo dell'azione altrui, affinché chi lo "subisce" opti volontariamente per ciò che è conforme al volere normativo, senza il ricorso a sanzioni o alla loro minaccia<sup>60</sup>.

Ulteriore carattere tendenziale di un simile manifestarsi del potere è il sottrarsi ad ogni visibilità. Nelle sue forme più radicali, infatti, esso assume forma subdola, duttile, intelligente. Il destinatario non è in grado di individuare la fonte, i limiti, *l'ubi consistam* e perfino il fatto stesso di esservi soggetto. Un rapporto di dominio che può rimanere del tutto celato, o i cui confini assumono tratti sfumati e opachi, e che non richiede dispendio di forze né violenza, perché semplicemente *accade*, che rappresenta secondo taluno un significativo peggioramento delle condizioni di libertà di chi si trova ad esservi soggetto.

Il passaggio dal dovere, negativo e limitativo, legato al mondo della coercizione e della forza, al poter fare (possibilità), legato al mondo dell'agire, il cui meccanismo di condizionamento non si sostanzia nell'imporre limiti bensì nel dirigere, attraverso l'influenza, l'agire, si compendia nella formula "dal *Sollen* al *Können*".

Riprendendo la felice distinzione sopra citata, possiamo dire che anche

---

<sup>59</sup> Cfr. P. DARDOT, *Qu'est-ce que la rationalité néolibérale?*, in B. Cassin, L. Gori, C. Laval (a cura di), *L'appel des appel. Pour une insurrection des consciences*, Parigi, 2009; S. VIDA, *Identità precarie. Il soggetto neoliberale tra incertezza, governamentalità e violenza*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 2016, 488.

<sup>60</sup> BYUNG-CHUL HAL, *Che cos'è il potere?*, cit., 10,11.

i destinatari dei precetti e del potere sono soggetti differenti a seconda del tipo di società a cui si fa riferimento. Da soggetti d'obbedienza<sup>61</sup> essi si trasformano in "soggetti di prestazione", la cui libertà viene esaltata in ogni sua forma, ai cui doveri si sostituisce il loro poter fare<sup>62</sup>, che pure secondo taluno produce più vincoli, rendendo i cittadini «liberi servi»<sup>63</sup>.

Il binomio imperativo comando-obbedienza, proprio del modello disciplinare, presuppone e implica che il destinatario sia un individuo «trasparente al precetto della norma e perciò pronto ad osservarla»<sup>64</sup>.

Con il parziale abbandono delle normatività legali e disciplinari, «entrambe adagate sullo zoccolo duro dell'obbedienza»<sup>65</sup>, si pone la sfida di ripensare i meccanismi dell'agire strumentale che siano idonei a rispondere alle esigenze poste dalla società postmoderna, che «esige un altro rapporto tra agenti, azioni ed effetti»<sup>66</sup> e che implica una logica di governo complessa. Non è più richiesta l'obbedienza ad un comando e controllo autoritario, bensì il consenso, la prontezza ad adeguarsi volontariamente alle esigenze poste dall'ambiente circostante, la complicità operosa di coloro che di tali dispositivi normativi sono spesso al contempo agenti e destinatari<sup>67</sup>.

---

<sup>61</sup> Il potere disciplinare, che M. Foucault descrive come terza e più avanzata forma di potere, crea infatti "soggetti d'obbedienza", correggendone le azioni mediante «attraverso il pieno impiego del tempo, l'acquisizione, le costrizioni del corpo», un'«ortopedia concentrata», una «codificazione che suddivide in rigidi settori il tempo, lo spazio, i movimenti». V. M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, Torino, 1993, 141, 142, 149.

<sup>62</sup> A. SPADARO, *Svolta di respiro. Spiritualità della vita contemporanea*, Milano, 2010, il quale evidenzia come «Il tempo in cui siamo immersi è un tempo in cui prevale l'illusione per cui tutto è possibile, e al tempo stesso redimibile: tutto può essere fatto e tutto, in ogni momento, può essere distrutto a nostro piacimento».

<sup>63</sup> G. ZAGREBELSKY, *Liberi servi*, Torino, 2015, il quale indaga, con l'aiuto della figura del Grande Inquisitore, la natura ultima del potere.

<sup>64</sup> P. NAPOLI, *Oltre l'obbedienza. Michel Foucault e le normatività*, in *Contemporanea. Rivista di storia dell'800 e del '900*, 2, 2014, 313.

<sup>65</sup> P. NAPOLI, *Oltre l'obbedienza. Michel Foucault e le normatività*, cit., 313.

<sup>66</sup> P. NAPOLI, *Oltre l'obbedienza. Michel Foucault e le normatività*, cit., 314.

<sup>67</sup> Sul tema del ruolo dei privati, v. *supra*, par. 3

#### 4.1. Il *dietro front* della sanzione. La centralità del momento regolativo e l'avvento della *Responsive Regulation*

Si è detto di come il mutamento del modo di essere del potere ricada sui moduli di intervento nella società. Uno degli aspetti di tale riverbero sul fenomeno giuridico è l'avanzare di strumenti dal carattere flessibile, in cui la coercitività espressa nella sanzione regredisce a fronte di un rafforzamento della componente di puro orientamento, contenuta del precetto.

La centralità del momento regolativo rispetto a quello sanzionatorio trova conferma nel carattere responsivo di molte delle normative di nuova emersione. Per quanto ci riguarda più da vicino, il fenomeno della *Responsive regulation*<sup>68</sup> chiama in causa un modello di responsabilità attivo, in luogo del tradizionale modello meramente passivo<sup>69</sup>. Un sistema con carattere responsivo si sostanzia in un modello di tutela c.d. "preventivo graduale", strutturato in senso piramidale; con la sua azione l'ordinamento risponde ad eventi pericolosi o dannosi in primo luogo con misure di carattere interlocutorio e dialogico - di *compliance*, dunque, anche successiva alla violazione - che chiamino attivamente in causa l'autore della violazione; solo successivamente, nel caso di fallimento di tali prime misure, si ricorrerà a misure sanzionatorie progressivamente più coercitive.

Esso rappresenta una specifica declinazione di un modo di intendere il fenomeno giuridico. Come è stato evidenziato, infatti, la legge ha sempre

---

<sup>68</sup> La *Responsive regulation* affonda le sue radici in un campo nato dall'interazione tra studi sociologici e giuridici con la teoria economica, e trova il primo e più completo compimento negli studi di John Braithwaite e di Ian Ayres. Gli studiosi nel loro primo libro (J. BRAITHWAITE, I. AYRES, *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*, Oxford, 1992) tentano di entrare nel dibattito politico economico intercorrente tra l'approccio regolativo, che sostiene una rigida regolamentazione del mercato da parte dello Stato, e l'approccio del mercato libero, individuando una "terza via", consistente in una forma di regolazione «is attuned to the differing motivations of regulated actors» e "speaks to the diverse objectives of regulated firms, industry associations, and individuals within them».

<sup>69</sup> Evidenzia tale differenza G. ROTOLO, *Riconoscibilità del precetto penale e modelli innovativi di tutela. Analisi critica del diritto penale dell'ambiente*, cit., 234 ss.

meno un valore “autonomo” integrandosi sempre più in un *continuum* di apparati e istituzioni giuridiche<sup>70</sup>.

Il modello *responsivo*, se da un lato ha visto crescere la sua popolarità in tutto il mondo, tanto da essere adottato quale modello di regolamentazione in molti Stati<sup>71</sup>, dall’altro non è rimasto immune da critiche, che al contrario sono state numerose. Taluno ha messo in evidenza come il mantenimento in vita della minaccia di sanzioni, seppur sullo sfondo, possa compromettere la bontà dei meccanismi persuasivi<sup>72</sup>; altri hanno criticato l’efficienza di tale modello facendo leva sull’impossibilità da parte delle autorità di disporre delle informazioni e delle risorse per muoversi all’interno dell’assetto piramidale<sup>73</sup>, oltre all’incapacità di trasmettere un messaggio definito e chiaro, necessario perché i meccanismi di persuasione possano funzionare<sup>74</sup>. Ancora, è stato sottolineato come non vi sia alcuna attenzione ai fattori culturali che possano influenzare il

---

<sup>70</sup> «Si tratta di agire sulle procedure, in anticipo, a monte, mediante un *continuum* di norme in grado di assicurare quella che si chiama una “qualità di sistema”, una “qualità totale”. A tal fine servono, appunto, non leggi, ma anzitutto strumenti in grado di qualificare, indicizzare, codificare, verificare, apprezzare...in una parola, in grado di *valutare*», v. V. PINTO, *Valutare e punire*, Milano, 2014, 53.

<sup>71</sup> In Australia la *Responsive regulation* è stata adottata dall’*Australian Competition and Consumer Commission* e dall’*Australian Tax Office (ATO)*. In Inghilterra, Canada, Nuova Zelanda ed Olanda il modello regolamentare a carattere responsivo è largamente impiegato negli ambiti della sanità, ambiente, finanza, fiscalità, comunicazioni e trasporti. V. J. JOB, A. STOUT, R. SMITH, *Culture Change in Three Taxation Administration: From Command and Control to Responsive Regulation*, in *Law Administration*, 95(4), 865 ss.; M. IVEC, V. BRAITHWAITE, C. WOOD, J. JOB., *Applications of Responsive Regulatory Theory in Australia and Overseas: Update*, in *Regulatory Institution Network*, Occasional Paper 23, 2015.

<sup>72</sup> R. JOHNSTONE, *Putting the Regulated Back into Regulation*, in *Journal of Law and Society*, 26(3), 1999, 378 ss.

<sup>73</sup> N. GUNNINGHAM, R. JOHNSTONE, *Regulating Workplace Safety Systems and Sanctions*, Oxford, 1999; PARKER C., *Compliance Professionalism and Regulatory Community: The Australian Trade Practice Regime*, in *Journal of Law and Society*, 26(2), 1999, 213 ss.

<sup>74</sup> K. W. ABBOTT, D. SNIDAL, *Taking Responsive Regulation Transnational: Strategies fro International Organizations*, in *Regulation and Governance*, 7(1), 2013, 95 ss.; P. GRANDBOSKY, *Beyond Responsive Regulation: The Expanding Role of Non-state Actors in the Regulatory Process*, in *Regulations and Governance* 7(1), 2013, 114 ss.; J. BRAITHWAITE, S. H. HONG, *The Iteration Deficit in Responsive Regulation: Are Regulatory Ambassadors an Answer?*, in *Regulation and Governance*, 9(1), 2015, 16 ss.

rapporto tra regolatori e regolati<sup>75</sup>.

Le preoccupazioni che stanno alla base di tali critiche sono tuttavia legate all'assenza di sufficienti evidenze empiriche in ordine all'efficacia della *Regulative regulation*. Al di là della fondatezza o meno delle critiche mosse, la piramide sulla quale è ordito il sistema responsivo illustra bene l'atteggiarsi dell'ordinamento nei confronti dei destinatari delle norme e delle loro violazioni, e la graduazione degli interventi. Alla base della piramide, si trova un primo scaglione nel quale si colloca un momento di dialogo costruttivo pubblico-privato, «articolato nella successione di strumenti che favoriscono la *compliance*»<sup>76</sup>. Si tratta di un'ampia e stabile *base volontaria*, alla quale corrisponde un rapporto di collaborazione partecipativa tra la norma e il destinatario.

In essa il meccanismo di funzionamento della norma, ben lungi da essere quello della minaccia di una sanzione, è piuttosto quello della persuasione. Risalendo il profilo della piramide si acquisiscono le componenti autoritative, fino a giungere all'apice della stessa dove si trova la pena, con le sue componenti prettamente coercitive.

Risulta chiaro come in una simile costruzione il momento sanzionatorio risulti vicario rispetto a quello regolativo: si affida al precetto, sebbene costruito per *step* cronologicamente distinti – prima nella norma violata, poi nelle prescrizioni che emergono dal dialogo di cui si è detto – una rilevanza centrale. In tali modelli, infatti, il precetto comportamentale viene rinnovato e, per il tramite delle prescrizioni impartite, precisato, ad ogni scalino della piramide di tutela. Solo nel caso in cui le forme di *persuasion* adottate non

---

<sup>75</sup> M. WENZEL, *The Multiplicity of Taxpayer Identities and Their Implications for Tax Ethics*, in *Law and Policy*, 29(1), 2007, 31 ss.; N. BARACK-CORREN, *Regulating for Integration of Behavioural Design: An Evidence-Based Approach for Culturally Responsive Regulation*, in *Regulation and Governance*, vol. 15(S1), 2021, 163 ss.

<sup>76</sup> G. ROTOLO, *Riconoscibilità del precetto penale e modelli innovativi di tutela. Analisi critica del diritto penale dell'ambiente*, cit., 235.

risultino efficaci a favorire l'efficacia del precetto così costruito, verrà attivata la "componente" sanzionatoria. In breve: lo scopo di questi meccanismi è dunque quello di incentivare la conformità e, solo successivamente, eventualmente indurla.

#### 4.2. Il fenomeno della *soft law*

La *soft law* è una forma giuridica che emerge in risposta alla complessità del mondo moderno, dovuta in gran parte alla globalizzazione. Via via che il rapporto tra diritto e legislazione si allenta, la *soft law* si diffonde in tutti i vari livelli della giuridicità: internazionale, nazionale, sovranazionale, e transnazionale.

Essa ben esprime i caratteri del diritto post-moderno per come li abbiamo descritti. La creazione e l'espansione della *soft law* hanno infatti molto a che vedere con il nuovo rilievo assunto dagli aspetti funzionali, in luogo di quelli strutturali del diritto. In tal senso si potrebbe dire che la *soft law* si inserisce in quel percorso di allontanamento dalla tradizione giuspositivista, che conduce, come indicato da Bobbio, «dalla struttura alla funzione». Con la *soft law* siamo, in un certo senso, di fronte al rovesciamento del tradizionale modo di pensare il diritto: piuttosto che pensarlo innanzitutto come "struttura", ossia come coerente articolazione di norme in un tessuto unitario, si guarda ad esso prevalentemente come "funzione", ossia come capacità di prestazione di compiti.

Sebbene quella della *soft law* sia una categoria eterogenea e dai confini incerti, è possibile individuarne alcuni caratteri che ben esprimono la sua anima "morbida" che hanno indotto taluno a ritenere che essa debba rimanere ai margini del campo delle vere fonti del diritto<sup>77</sup>.

---

<sup>77</sup> Per una critica all'idea che la *soft law* possa annoverarsi tra le fonti del diritto, v. S. FERRERI, *Tipologia*, in A. PIZZORUSSO, S. FERRERI, *Le fonti del diritto italiano*, vol. 1, in *Trattato di diritto civile*, Torino, 1988, 299 ss.; J. KLABBERS, *The Undesirability of Soft Law*, in 67 *N. J. Int.*

Nato nell'alveo del diritto internazionale, lo studio del fenomeno della *soft law* ha trovato nella dottrina internazionalistica il suo principale e primario interlocutore per poi estendersi all'ambito "comunitario". Ed è proprio in tale ultima interlocuzione che si sono prodotte le due più note ricostruzioni del fenomeno, intese a riconoscere, l'una, e disconoscere l'altra, il carattere giuridico a norme caratterizzate dalla non vincolatività astratta ma dalla forte efficacia pratica. Infatti, secondo la quasi unanime dottrina, essa si caratterizza per essere una (i) regola di condotta (ii) veicolata da strumenti non idonei ad avere forza giuridica vincolante ma pur sempre (iii) in grado di influenzare i comportamenti dei consociati<sup>78</sup>. Essa esprime, come è stato efficacemente sottolineato, la tensione tra *intenzione* e *risultato*<sup>79</sup>, nel senso che ponendo regole giuridiche di tal fatta si intende pervenire a dei risultati che, pur verificandosi, non dipendono direttamente dalla forza giuridica vincolante dello strumento utilizzato<sup>80</sup>.

È proprio in ordine alla natura normativa o meno della *soft law* che si scontrano, all'interno della dottrina comunitaria, le due principali tesi: la teoria c.d. binaria e la teoria della normatività graduata.

Il primo approccio, che affonda le radici nella convinzione che il tratto caratterizzante il fenomeno giuridico risieda nella vincolatività dei suoi strumenti, ritiene che non si possa parlare di normatività con riferimento al

---

*Law*, 1998, 381 ss.; R. BIN, *Soft law, no law*, in A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, 2009, 31 ss.

<sup>78</sup> L. SEDEN, *Soft law in european community law*, London, 2004, che definisce il *soft law* come «*rules of conduct that are laid down in instruments which have not been attributed legally binding force as such, but nevertheless may have certain (indirect) legal effects, and that are aimed at and may produce practical effects*», 132.

<sup>79</sup> M.E. BUCALO, *Autorità indipendenti e soft law. Forme, contenuti e limiti*, Torino, 2018, 9.

<sup>80</sup> T. GIARO, *Dal soft law moderno al soft law antico*, in A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, 2008, 83 ss., riporta un interessante esempio di come sia possibile rintracciare nel concetto romano di «*auctoritas*» un efficace equivalente di quello di normatività morbida, nella misura in cui essa risulta fondata sulla predominanza del momento di *effettività* piuttosto che su quello della *validità*. Quale concetto tipicamente romano, espressione dell'aristocratica società tardo repubblicana, *l'auctoritas iuris*, attribuita sia al diritto legislativo che a quello giurisprudenziale «*esprime bene l'idea della normatività debole, non implicando la competenza di comandare, ma la semplice capacità di persuadere*».

fenomeno del diritto morbido o flessibile che, in quanto non dotato del valore vincolante, sarebbe da considerarsi un termine contraddittorio, un paradosso<sup>81</sup>.

Dalle critiche rivolte alla teoria binaria, accusata di non prendere in adeguata considerazione il contegno reale di simili strumenti che sono effettivamente in grado di orientare le condotte dei propri destinatari, e la loro continua e crescente adozione da parte delle più svariate autorità politiche, prende le mosse l'opposta tesi gradualistica, la quale parte dal presupposto che il diritto possa avere una pluralità eterogenea di effetti, diretti e indiretti. Il concetto di *normatività* non sarebbe dunque unitario e monolitico, bensì graduabile e graduato<sup>82</sup>; *soft* e *hard law*, in questa prospettiva, rappresentano differenti gradazioni del medesimo e unitario fenomeno normativo, in continua evoluzione.

Appare chiaro come quest'ultimo approccio, sostenuto dai più, poggia le basi su un concetto di giuridicità che non si riferisce più unicamente al profilo della *validità* ma che si lega sempre più anche a quello dell'*effettività*. Uno strumento potrà essere più o meno efficace e, in quanto tale, più o meno giuridico<sup>83</sup>.

La mancanza di prescrittività, intesa come vincolatività, è dunque il tratto tipico del diritto morbido, generalmente inteso, insieme alla sua capacità di essere effettivamente rispettato dai destinatari. Dunque, una capacità "orientativa" che riflette l'indebolimento delle capacità prescrittive del diritto, che richiede di essere compensata e sostenuta da altri modi di

---

<sup>81</sup> D. SHELTON, *International law and "relative normativity"*, in Evans, Malcom, *International Law*, Oxford, 2014, 168.

<sup>82</sup> C.M. CHINKIN, *Normative development in The international legal system*, in D. Shelton (ed.), *Committed and compliance: the Role of non-binding norms in the international legal system*, Oxford, 2000, 21 ss.; U. MORTH, *Soft regulation and global democracy*, in M.L. DJELIC, K. SAHLIN ANDERSSON (a cura di), *Transnational Government: institutional dynamic of Regulation*, Cambridge, 2006, 119 ss.; ID. (a cura di), *Soft law in Governance and Regulation*, Cheltenham, 2004.

<sup>83</sup> A. PETERS, L. POGOTTO, *Soft law as a New Mode of Governance: A Legal Perspective*, in *NewGov – New Modes of Governance Project*, 2006, 9, secondo i quali è possibile concepire differenti gradi di normatività che dipendono da «*attitudes, expectations and compliance*».

radicamento. Il diritto “soft”, rinunciando all’uso della minaccia di sanzioni, punta per così dire, sullo sviluppo di altre capacità per farsi ascoltare e per ricevere attenzione ed applicazione.

La forza normativa non risiede nell’obbligatorietà e conseguente coattività delle norme, ma viene ricondotta a meccanismi di *moral suasion* o persuasione. Le norme contenute in atti a carattere morbido non risultano vincolanti per i destinatari, poiché manca un meccanismo di minaccia in grado di “reagire” alla violazione, bensì sull’autorevolezza di cui gode la fonte da cui promanano. Esempio ne sia il funzionamento dei c.d. codici etici che, secondo taluni, possono essere pacificamente ricondotti alla categoria in esame<sup>84</sup> e che rappresentano una delle più note espressioni dell’autoregolazione sociale. Essi sono caratterizzati da una c.d. “vincolatività soffusa” la quale, in questo caso, trova ragione nel contenuto stesso della norma e non nella fonte o nel procedimento da cui promana.

Il tema si intreccia irrimediabilmente con quello della fonte e dei destinatari di simili forme normative. Il processo di produzione di regole avviene per il tramite di canali diversi da quelli delle procedure formali tipiche, proprie delle tradizionali fonti del diritto, rappresentando spesso un momento di sintesi tra la regolazione statale e le esigenze provenienti dalle prassi applicative, o direttamente dall’oggetto da regolare<sup>85</sup> in una valorizzazione dell’osmosi tra pubblico e privato.

Anche sotto il profilo dei destinatari gli strumenti di diritto morbido

---

<sup>84</sup> Sul difficile e controverso rapporto tra codici etici e diritto penale d’impresa cfr. C. PEDRAZZI, *Codici etici e leggi dello Stato*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1993, 1049; G. MARINUCCI, *Sui rapporti tra scienza penale italiana e legislazione*, in P. GROSSI, *Giuristi e legislatori*, Milano, 1997, 467; C. DE MAGLIE, *L’etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, 2002; A. MELCHIONDA, *Interferenze di disciplina fra la responsabilità sociale delle imprese e la responsabilità “da reato” degli enti. Il ruolo dei c.d. “codici etici”*, in S. SCARPONI (a cura di), *Globalizzazione, responsabilità sociale delle imprese e modelli partecipativi*, Trento, 2007, 215 ss.

<sup>85</sup> Esempio ne sia la produzione di *soft law* da parte delle Autorità amministrative indipendenti le quali si atteggiano ormai come collettore con funzione osmotica tra la regolazione che arriva dall’alto – nazionale e sovranazionale – e quella proveniente dal basso, direttamente dal mercato oggetto di regolazione. V. F. MERUSI, M. PASSARO, *Le autorità indipendenti*, Bologna, 2003, 98.

si differenziano dalla più tradizionale forma di espressione di *hard law*, la legge; quest'ultima, infatti, come riflesso del suo carattere generale e astratto trova i propri interlocutori nella platea indistinta di soggetti coincidente con l'intera comunità. Al contrario, le forme di normatività morbida di cui stiamo trattando non si rivolgono al cittadino in quanto tale, bensì a specifici soggetti che operano in determinati settori, i quali sono spesso coinvolti nel circolo normativo quali co-autori della norma stessa, attraverso quella ricezione del "diritto" dal basso di cui si è detto e che fonda il carattere riflessivo di tali forme giuridiche.

Il coinvolgimento di tali soggetti nel circolo di produzione normativa è causa e al tempo stesso conseguenza del livello di tecnicità richiesto alle norme. Esse, per poter rappresentare strumenti validi per la gestione delle complesse e variabili condizioni del mercato, devono rispettare un livello di tecnicità e determinatezza che sia in grado di guidare concretamente il comportamento degli operatori. Al contempo, tuttavia, la necessità di poter modificare con celerità il contenuto dei precetti, quando ciò si renda necessario per il rapido evolversi dei fenomeni regolati, l'incessante evoluzione delle necessità a cui occorre far fronte, richiede una sostanziale e intrinseca (in)stabilità degli stessi, contenuti nelle forme di normatività morbida.

Tornando al profilo della coercitività, dunque, seppur non dotata di obbligatorietà e vincolatività, essa assume i caratteri di una giuridicità legata alle modalità di un diritto persuasivo e monitorio. La cifra fondamentale è costituita, qui, dal suo essere effettiva, ossia obbedita dai destinatari e applicata dagli organi istituzionali.

#### **4.3. Il *nudging*: una normatività senza precetto e sanzione**

Spingendosi oltre nella ricerca condotta sul campo delle nuove forme di normatività, non possiamo non imbatterci, accogliendo gli stimoli provenienti dalle scienze cognitive, nel concetto di *nudge*.

Il termine è stato coniato all'interno della c.d. economia comportamentale – branca dell'economia salita agli onori della cronaca per aver consacrato negli ultimi anni più di un premio Nobel<sup>86</sup> – che com'è noto studia il comportamento “economico” dell'uomo partendo dal presupposto che egli non sia, come lo vorrebbe l'approccio tradizionale, sempre e comunque un essere razionale.

L'assunto da cui prende le mosse la teorica del *nudging* è quello secondo cui talune scelte, pur compiute in un ambito di libertà, sono necessariamente influenzate dal contesto in cui l'agente è inserito, e ancora più in generale, dalla struttura con cui tale contesto è costruito. Riconoscendo una grandissima rilevanza all'aspetto psicologico, l'economia comportamentale si promette di spingere l'agente a compiere la scelta migliore, senza inciampare nei fisiologici *bias* cognitivi che pervadono il suo agire.

Il concetto di *nudge*, perno centrale di tutta la teoria, efficacemente tradotto come “spinta gentile”, viene infatti definito come «ogni aspetto dell'architettura delle scelte che altera il comportamento della persona in modo prevedibile, senza proibire la scelta di altre opzioni e senza cambiare in maniera significativa i loro incentivi economici»<sup>87</sup>. Da tale definizione emerge che il *nudge* è una tecnica di governo non coercitiva, atta ad orientare il comportamento dei destinatari senza il ricorso all'utilizzo di divieti, sanzioni e incentivi, bensì agendo sulla strutturazione del contesto in cui la scelta deve essere adottata, in modo tale da indirizzarla, cercando un allineamento degli interessi individuali con gli interessi del sistema<sup>88</sup>. Esso fa

---

<sup>86</sup> Il più noto è Richard Thaler, studioso di economia comportamentale e vincitore, nel 2017, del premio Nobel per l'economia.

<sup>87</sup> R. H. THALER, C. R. SUNSTEIN, *Nudge. Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness*, Yale University Press, 2008, trad. it. *La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, 9ª ed., Firenze, 2019.

<sup>88</sup> La teoria del *nudging* è una delle specifiche declinazioni, sviluppatasi in ambito economico, della c.d. *Behavioural public policy*. Nata tra gli anni '70 e '80 del secolo scorso dalle riflessioni di D. Kahneman e A. Tversky, la BBP “argomenta” che la scienza del comportamento possa guidare la progettazione e l'applicazione di politiche pubbliche e di specifiche regole, sul presupposto che la guida del comportamento – anche tramite norme – im-

capo al c.d. paternalismo libertario<sup>89</sup>, un approccio politico-economico che tenta una sintesi tra gli opposti approcci del liberalismo e del paternalismo, optando per una regolamentazione dei comportamenti che passi per strumenti *soft* che preservino la libertà di scelta dei destinatari. Questo, dunque, si propone quale terza via tra il liberalismo (*laissez-faire*), che lascia i soggetti completamente liberi, anche di sbagliare e di adottare condotte contrarie ai loro stessi interessi, e il paternalismo (*command and control*) che vorrebbe i destinatari pienamente guidati, nel loro migliore interesse, dallo Stato.

La proliferazione di tali ricerche, che dal ristretto ambito dell'economia comportamentale hanno invaso l'intero territorio delle scienze cognitive, si fonda sulla sostituzione del modello dell'*Homo oeconomicus*, pienamente razionale e presente, dotato di superiore memoria e capacità di calcolo, attento

---

plica la conoscenza di come gli individui prendano decisioni e quali fattori in concreto influenzino le loro azioni. In quest'ottica le scienze cognitive ci consegnano un modello di uomo ben diverso da quello che il modello neoclassico descrive: l'essere razionale che agisce sempre per la massimizzazione del proprio "profitto" non corrisponde a realtà. Lungi dal configurarsi come essere completamente irrazionale, tuttavia l'uomo è talvolta vittima di *bias* cognitivi che ne compromettono le scelte, portandolo a prendere decisioni contro il proprio interesse e benessere. Ogni individuo avrebbe due sistemi preposti a prendere decisioni. Il Sistema 1 si basa su un processo implicito, automatico ed emotivo che produce decisioni rapide, spontanee ed intuitive; il Sistema 2, al contrario, è più lento e si basa su un processo consapevole, controllato ed esplicito, producendo scelte razionali, che spesso correggono gli errori commessi dal primo sistema, più efficiente e veloce.

Molto vicina alla già analizzata *Responsive Regulation*, la BBP se ne differenzia sotto alcuni profili. La prima si rivolge, in primo luogo, alle imprese, assume la razionalità umana prediligendo metodologie proprie delle teorie economiche e si risolve nel modello di *Pyramidal enforcement*: un modello gerarchico che conduce gradualmente da misure morbide a misure coercitive a seconda della risposta e dei comportamenti dei destinatari. Al contrario, la *Behavioural public policy* si fonda su un'idea di uomo non totalmente razionale, talvolta vittima di *bias* cognitivi, e rivolge agli individui attraverso una gamma di strumenti, non ordinati gerarchicamente, che possono essere utilizzati a seconda delle circostanze per favorire la *compliance* (es. opzioni di *default*, *framing*, ecc.)

Propongono un'inedita e interessante messa in comunicazione dei due approcci, traendone un modello di regolazione «responsivo-comportamentale», N. BARAK-CORREN, Y. KARIV-TEITELBAUM, *Behavioural responsive regulation: Bringing together responsive regulation and behavioural public policy*, in *Regulation & Governance*, 15, 2021, 163 ss. In tale ipotetico modello integrato la piramide integrerebbe gli strumenti più "gerarchici" propri della *responsive regulation* con quelli più volatili propri dell'approccio comportamentale, in modo da creare un miglior assetto per le prescrizioni normative.

<sup>89</sup> R.H. THALER, C.R. SUNSTEIN, *Libertarian Paternalism*, in *American Economic Review*, 93, 2, 2003, 175-179, nel quale gli autori definiscono l'approccio paternalista libertario come «un approccio che preserva la libertà di scelta ma autorizza istituzioni pubbliche e private a guidare le persone nella direzione che promuove il loro benessere».

al rapporto mezzi-fini e costi-benefici nelle scelte che compie, con quello dell'*Homo euristicus fallax*. Il primo modello, basato sull'idea sette-ottocentesca di uomo libero e razionale, padrone delle proprie scelte che agisce sempre per il proprio migliore interesse, è stato sostituito dal secondo, anch'esso libero ma influenzabile, talvolta vittima di vere e proprie distorsioni cognitive (c.d. *bias* cognitivi)<sup>90</sup>.

Il fenomeno ha suscitato l'interesse delle istituzioni europee<sup>91</sup> e del formante dottrinale, il quale ha da tempo iniziato ad esaminare le relazioni tra *nudging* e diritto nel contesto della legislazione sovranazionale<sup>92</sup>.

Anche nel nostro ordinamento si registra un crescente interesse verso la materia e un'attenzione ai corollari giuridici della psicologia cognitiva; soprattutto in ambito civilistico<sup>93</sup> e, nello specifico, con riferimento alla materia dei contratti dei consumatori, al mercato finanziario, elettronico ed energetico, gli approfondimenti si fanno sempre più numerosi<sup>94</sup>. Le politiche pubbliche di un numero crescente di Paesi hanno iniziato a sfruttare i

---

<sup>90</sup> Tra i molti possiamo ricordare il *time discounting*, la debolezza della volontà e l'inerzia alla base dello *status quo bias*, l'*overconfidence* e l'ottimismo irrazionale, l'effetto gregge, il pregiudizio di conferma, la scarsa abilità di giudizio statistico. Per una mappatura completa dei *bias* cognitivi ad oggi conosciuti, suddivisi in quattro macro-categorie (*Why Should We Remember, Too Much Information, Not Enough Meaning, Need to Act Fast*), cfr. *The Cognitive Bias Codex - 180+ biases, designed by John Monooogian*, in Wikimedia, [https://commons.wikimedia.org/wiki/File:Cognitive\\_bias\\_codex\\_en](https://commons.wikimedia.org/wiki/File:Cognitive_bias_codex_en).

<sup>91</sup> Interesse testimoniato e confluito in un *report* che eleva le relazioni psicologiche ad «elemento chiave» per il successo delle politiche comunitari. V., B. VAN BAVEL, G. HERRMANN, A. ESPOSITO PROESTAKIS, *Applying Behavioural Science to EU Policy-making*. Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2013, 3.

<sup>92</sup> AA. VV., *Nudge and the Law. A European Perspective*, (a cura di A. Alemanno, A.L. Sibony), Oxford, 2015; AA. VV., *Nudging. Possibilities, Limitations and Applications*, in *European Law and Economics*, (a cura di K. Mathis, A. Tor), Springer, 2016; M. LODGE, K. WEGRICH, *The rationality paradox of Nudge: Rational Tolls of Government in a World of Bounded rationality*, in *Law & Policy*, 2016, 250 ss.; P. HACKER, *Nudge 2.0: the Future of Behavioural Analysis of Law in Europe and Beyond*, in *European Private Law*, 2016, 297 ss.; A. FLUCKIGER, *Governing by Nudge. Using Cognitive Bias instead of Legislation*, in *Cahiers*, 2018, 199 ss.; F. CAFAGGI, G. SILLARI, *Behavioural Insights in Consultation Design: a Dialogical Architecture*, in *European Journal of Risk Regulations*, 2018, 603 ss.

<sup>93</sup> AA. VV., *Oltre il soggetto razionale. Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato*, (a cura di G. Rojas Elgueta, N. Valdi), Roma, 2014.

<sup>94</sup> Nella dottrina penalistica, da ultimo, cfr. G. MORGANTE, G. FIORINELLI, *Sul diritto penale delle relazioni negoziali complesse: la tutela della parte "vulnerabile" tra contratto e mercato*, in *Criminalia*, 2019, in part. 578.

risultati consegnati dalle scienze cognitive, adottando approcci comportamentali<sup>95</sup>, i quali, secondo i suoi sostenitori, hanno il pregio di consentire il raggiungimento degli obiettivi prefissi evitando il costo dell'ingerenza di regolazioni e divieti, e salvaguardando al contempo la libertà di scelta del singolo<sup>96</sup>.

Definito per sommi capi il funzionamento del *nudging*, e preso atto del crescente interesse che anche la letteratura giuridica dimostra nei confronti di tale meccanismo di intervento, è necessario interrogarsi su quale sia la natura di simile strumento. In particolar modo è interessante interrogarsi sul se questo abbia natura normativa o meno.

Sebbene i teorici che sostengono la validità della “spinta gentile” ne sottolineino il carattere post-ideologico, presentandolo come strumento

---

<sup>95</sup> Anche l'approccio sostenuto dal *Behavioural public policy*, come quello della *Responsive regulation*, si è diffuso rapidamente ed è stato adottato dai governi di molti paesi del mondo. Esempio ne sia l'istituzione, nel 2010, del *Behavioural Insights Team (BIT)* da parte del Governo britannico, al quale ha fatto seguito l'esperienza del *Behavioural Economics Team (BETA)* in Australia e il *Social and Behavioural Sciences Team (SBST)* voluto dal presidente USA, Obama. Su quest'ultima esperienza, cfr. C. SUNSTEIN, *Semplice. L'arte del governo nel terzo millennio*, Milano, 2014. Anche in Italia ha visto la luce il Team di Analisi Comportamentale (TAC), un gruppo di ricerca e supporto che, differenziandosi parzialmente dalle esperienze degli altri paesi, concentra la propria azione nell'affiancamento della pubblica amministrazione, sfruttando le conoscenze provenienti dalle scienze cognitive e comportamentali per migliorare la *performance* delle amministrazioni e dei suoi dipendenti (V. <https://performance.gov.it/team-di-analisi-comportamentale>). Cfr. R. VIALE, *Nudge. Libertà di scelta, benessere e felicità*, Bologna, 2018; P. ARGENTERO, C. G. CORTESE, M. S. FERRETTI, *An evaluation of organizational citizenship behaviour: Psychometric characteristics of the Italian version of Podsakoff et al.'s scale*, in *TPM – Testing, Psychometrics, Methodology in Applied Psychology*, 15(2), 2008, 61 ss.

Dimostrazione ne sia il fiorire, anche in ambito domestico, di corsi e master che hanno come tema quello della regolazione comportamentale, e l'obiettivo di formare il personale dirigenziale della pubblica amministrazione a tenere conto delle logiche cognitive all'interno delle dinamiche di *decision-making*.

<sup>96</sup> Tra le differenti critiche che le politiche comportamentali hanno ricevuto vi è quella secondo la quale esse ridurrebbero gli adulti a dei bambini e, ben lungi dal preservarne la libertà di scelta, ne riducono l'autonomia utilizzando metodi manipolativi che sfruttano le debolezze umano. V. I. BOVENS, *The Ethics of Nudge*, in T. Grune-Yanoff, S. O. Hansson (eds.), *Preference Change: Approaches from Philosophy, Economics and Psychology*, Berlin-New York, 2009, 207 ss.; D. M. HAUSMAN, B. WELCH, *Debate to Nudge or Not to Nudge*, in *Journal of Political Philosophy*, 18(1), 2010, 123 ss.; C. MILLS, *The Heteronomy of Choice Architecture*, in *Review of Philosophy and Psychology*, 6(3), 2015, 495 ss.; J. WALDRON, *It's All for Your Own Good*, in *The New York Review of Books*, 61(5), 2014. Risponde a tali critiche, difendendo il *nudge* quale strumento di salvaguardia della libertà, C. R. SUNSTEIN, *Sulla libertà* (trad. it.), Torino, 2020.

neutrale rispetto ai fini, fondato su evidenze empiriche e finalizzato all'efficacia delle misure regolative, taluno ravvisa ed evidenzia la matrice utilitaristica<sup>97</sup> del *nudge*, che troverebbe conferma nella forte somiglianza di tale strumento con la "legislazione indiretta" teorizzata da Bentham<sup>98</sup>.

La nozione di legislazione indiretta<sup>99</sup> è in grado, secondo taluno, di fungere da paradigma interpretativo di alcune modalità di governo mai sperimentate prima, che si stagliano sull'orizzonte delle nostre società come ambiguamente collocate tra il giuridico e il non giuridico. Sebbene non sia possibile darne una definizione precisa, essa può essere sommariamente definita come «qualsiasi tentativo da parte del legislatore di influenzare la condotta altrui senza l'uso diretta di sanzioni giuridiche, quali mezzi primari di regolazione, in caso di non conformità»<sup>100</sup>.

Il collegamento tra l'utilitarismo benthamiano e il neoliberismo tipico delle società post-moderne è stato oggetto di numerose ricerche<sup>101</sup>, che hanno messo in evidenza il nesso esistente tra i due approcci; in entrambi i modelli, infatti, il rapporto tra interessi individuali e interesse generale è di

---

<sup>97</sup> Sottolineano la matrice utilitarista del *nudge* A. BRUNON-EST, *Back to the Sources of Nudges*, in *The Toqueville Review*, 37, 1, 2016, 102; R. SUGDEN, *On Nudging*, in *International Journal of the Economics of Business*, 16, 3, 2009, 365-373; ID., *Capability, Happiness and Opportunity*, in *Capabilities and Happiness* (a cura di L. Bruni, F. Comim, M. Pugno), Oxford, 2008, 316 ss.; S. ENGELMANN, *Nudging Bentham: Indirect Legislation as (Neo-)Liberal Politics*, in *History of European Ideas*, 43, 1, 2017, 73-82.

<sup>98</sup> La possibile connessione tra *nudge* e legislazione indiretta, sebbene mai proposta dai teorici della "spinta gentile", è stata oggetto di plurime letture critiche. Sul punto cfr. A. BRUNON-ERNST, *Le gouvernement des normes: Jeremy Bentham et les instruments de régulation post-modernes*, in *Archives de philosophie*, 78, 2, 2015, 309-322; A. BRUNON-ERNST, A. VAN WAEYENBERGE, *Effects of the Open Method of Coordination (OMC) in Research and Innovation: Legislation in EU Policy-Making?*, in *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 47, 1, 2015, 1-17; M. BOZZO-REY, *Indirect Legislation: It is just a Question of Time*, in *History of the European Ideas*, 43, 1, 2017, 106-121; A. BRUNON-ERNST, *Nudges and the Limit of Appropriate Interference: Reading backwards from J. S. Mill's Harm Principle to Jeremy Bentham's Indirect Legislation*, in *History of European Ideas*, 43, 1, 2017, 53-69; M. QUINN, *Jeremy Bentham Choice Architect: Law, Indirect Legislation, and the Context of Choice*, in *History of European Ideas*, 43, 1, 2017, 11-33.

<sup>99</sup> In verità la descrizione di cosa intendesse l'Autore per legislazione indiretta è disseminata all'interno dei testi dello stesso. Ne fornisce un'efficace sintesi M. BOZZO-REY, *Indirect Legislation: It is Just a Question of Time*, cit.

<sup>100</sup> M. BOZZO-REY, *Indirect Legislation: It is Just a Question of Time*, cit., 84

<sup>101</sup> C. LAVAL, "The Invisible Chain": *Jeremy Bentham and Neo-liberalism*, in *History Of European Ideas*, 43, 1, 2017, 34 ss.

complementarità e non di opposizione<sup>102</sup>. In quest'ottica il *nudge* è strumento dell'esercizio di questo potere, «tanto flessibile, fluttuante e mutevole quanto richiede di esserlo l'insieme dei meccanismi che rendono possibili i processi di assoggettamento al potere connotato utilitaristicamente come governo degli interessi»<sup>103</sup>, in cui l'influenza paternalistica si allinea con la libertà individuale.

È tuttavia da notare che, nella teorica di Bentham, il carattere indiretto non ha nulla a che vedere con quello normativo dell'intervento, ma riguarda piuttosto il tipo di rapporto tra quanto comandato e quanto perseguito. Nella legislazione diretta, infatti, si agisce frontalmente contro il danno, vietando e sanzionando una determinata azione; al contrario negli interventi di legislazione indiretta non vi è una diretta connessione tra gli obiettivi perseguiti e i mezzi usati.

Il *nudging* sarebbe dunque, in questo senso, una forma di normatività che aiuta gli individui ad aiutare sé stessi attraverso lo sviluppo di regole che strutturano l'ambiente delle loro decisioni senza vincolarli coercitivamente<sup>104</sup>. Come è stato efficacemente sottolineato, in questo scenario «non c'è nessuna aperta opposizione tra Stato e individuo, potere e libertà, ma un

---

<sup>102</sup> Il punto è ben messo in luce da M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978-1979)*, (trad. it.), Milano, 2015 secondo il quale, il governo utilitaristico come “governo degli interessi” può essere inteso in due sensi: da un lato come governo che assicura ad ogni individuo di poter perseguire i propri interessi personali in modo che essi convergano con quello generale; dall'altro come l'idea che, al fine di stabilire tale convergenza sia lo stesso potere a utilizzare gli interessi individuali come materiale da riorganizzare, governando, dunque, nell'ottica dell'utilità generale per mezzo di interessi individuali. È proprio questa seconda interpretazione, secondo Foucault, dell'approccio utilitarista del liberismo che, pur essendoci meno familiare, «senza il quale non riusciamo a comprendere correttamente il neoliberalismo contemporaneo». V. M. BOZZO-REY, *Le droit comme système de contrôle social. La question des normes chez Bentham et Foucault*, in *Revue d'études benthamiennes*, 8, 2011, 35.

<sup>103</sup> M. GALLETI, S. VIDA, *Libertà vigilata. Una critica del paternalismo libertario*, Roma, 2018, 296. Attraverso il ricorso alla legislazione indiretta – nel suo progetto di codice mai concluso, Bentham rappresenta la repressione coercitiva come segno del fallimento del sovrano e come un costo, mostrando i vantaggi della prevenzione che svia da fare il male rafforzando la motivazione verso il bene e dimostrando che governare attraverso i desideri e gli interessi delle persone significa indirizzare le motivazioni verso l'utilità generale.

<sup>104</sup> ENGELMANN, *Nudging Bentham: indirect legislation and (neo-)liberal politics*, in *History of European Ideas*, 43 (1), 2017, 70 ss.

gioco dialettico molto più complesso in cui lo Stato, senza pretendere di gestire qualunque aspetto della regolazione, si affida alle tattiche con cui gli individui governano (“liberamente”) se stessi entro un’architettura, e nella direzione, pensata da una fonte eteronoma che rimane nella responsabilità del governo»<sup>105</sup>.

Interrogarsi sulla natura, giuridica o meno – e ancor prima normativa o non – del *nudge* implica di prendere le mosse dalla sua struttura e dal suo funzionamento. Appare chiaro come tale strumento fondi il proprio funzionamento sull’effettività, cioè sul suo concreto funzionamento normativo. È stato evidenziato come il *nudge* rifletta la nuova ortodossia delle pratiche di governo incarnando “l’etica dell’efficacia” secondo la quale un atto o un dispositivo non si legittima in virtù della fonte che lo pone e dunque dell’autorità dei suoi artefici, bensì sulla sua efficacia, sull’effettiva capacità di raggiungere il risultato prefissato (attraverso la modifica del comportamento/conformazione). Una regolazione volutamente non coercitiva ma più efficace nel condizionare le condotte attraverso l’induzione dei destinatari in atteggiamenti di obbedienza spontanea.

#### **4.4. La normatività tecnologica: *Legal Protection by Design, Code is Law, Ambient Law***

Volgendo lo sguardo ancora più lontano, si possono scorgere forme di normatività che, strutturandosi anch’esse secondo modelli molto distanti da quello imperniato sul comando, sembrano superare addirittura la stessa obbedienza, riducendo, fino al punto di eliminarla, il ruolo della volontà. Il mondo verso il quale è necessario rivolgersi è quello delle nuove tecnologie e dell’intelligenza artificiale<sup>106</sup>.

---

<sup>105</sup> M. GALLETI, S. VIDA, *Libertà vigilata. Una critica del paternalismo libertario*, cit. 299.

<sup>106</sup> Numerosi gli studi che, anche in ambito penalistico, hanno iniziato ad approfondire il ruolo che l’intelligenza artificiale e, più in generale, le nuove tecnologie possono svolgere

Già da tempo è invalso il giudizio secondo cui, per il livello di pervasività che ha raggiunto nelle nostre vite e per i molteplici ruoli ad essa affidati, la tecnologia possa assumere una valenza anche “normativa”. Valenza che le deriva, secondo chi ne sostiene l’esistenza, dal fatto stesso che essa sia in grado di modificare il comportamento umano.

E che la tecnologia sia effettivamente in grado di modificare e indirizzare il comportamento umano lo dimostra l’istituzione della c.d. captologia, termine coniato per indicare quella branca della sociologia, di recente nascita, che si occupa dell’interazione tra uomo e tecnologia e che postula la capacità dei *devices* tecnologici, come i computer, gli smartphone e i siti web, di influenzare il comportamento umano e determinarne la modificazione senza l’uso di coercizione. L’uso di strumenti di tecnologia persuasiva consiste nell’utilizzazione di prodotti progettati, costituiti, per modificare atteggiamenti e comportamenti, secondo differenti tecniche di persuasione o di influenza, che non implicano l’uso della coercizione<sup>107</sup>. Secondo alcuni

---

nell’ambito del diritto e del processo penale. Sul tema, cfr. F. BASILE, *Intelligenza artificiale e diritto penale: quattro possibili percorsi di indagine*, in *Dir. pen. uomo*, 2019; S. QUATTROCOLO, *Equo processo penale e sfide della società algoritmica*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2019, 135 ss.; C. PARODI, V. SELLAROLI, *Sistema penale e intelligenza artificiale: molte speranze e qualche equivoco*, in *Dir. pen. cont.*, 6, 2019, 66 ss.; R. BORSARI, *Intelligenza artificiale e responsabilità penale: prime considerazioni*, in *Medialaws*, ora anche si *disCrimen*, 14 febbraio 2020; V. MANES, *L’oracolo algoritmico e la giustizia penale: al bivio tra tecnologia e tecnograzia*, in U. Ruffolo (a cura di), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l’etica*, Milano, 2020; M. PAPA, *Future crimes: intelligenza artificiale e rinnovamento del diritto penale*, in *Criminalia 2019*, 491 ss.; G. UBERTIS, *Intelligenza artificiale, giustizia penale, controllo umano significativo*, in *Sistema penale*, 2020; A. M., MAUGERI, *L’uso di algoritmi predittivi per accertare la pericolosità sociale: una sfida tra evidence based practices e tutela dei diritti fondamentali*, in *Arch. pen.*, 1, 2021; T. GUERINI, *Il formante algoritmico all’alba della Justice Digital. Uno sguardo a uno dei futuri possibili del diritto penale, dialogando a distanza con Filippo Sgubbi*, in *disCrimen*, 29 ottobre, 2021.

<sup>107</sup> Le tecnologie persuasive, e il modo con cui esse influenzano il comportamento umano, possono essere riassunte per mezzo del modello di Fogg, secondo il quale i fattori determinanti sono la motivazione (piacere/dolore, speranza/paura, accettazione/rifiuto), la capacità (tempo, denaro, sforzo fisico, sforzo celebrale, devianza sociale, non-routine) e un innesco (che può essere motivante, facilitante o segnalante). Cfr., anche per l’invenzione del termine “captologia”, B.J. FOGG, *Tecnologie della persuasione*, Roma, 2005, il quale sostiene che vi sono 7 modalità con cui i prodotti possono influenzare il comportamento: riduzione, guida, personalizzazione, suggerimento, automonitoraggio, sorveglianza. L’autore è anche il fondatore dello *Stanford Persuasive Technology Lab* (ora *Behaviour Design Lab*) che svolge attività di ricerca nell’ambito delle tecnologie persuasive. V. <https://behavior-design.stanford.edu>. Per una raccolta di contributi sul tema v. anche S. B. GRAM-HANSEN,

teorici gli oggetti tecnologici sarebbero privi di quella fisicità intrisa di *negatività* propria delle cose; sarebbero piuttosto “non-cose”, pensate non per contrapporsi all’uomo ma per seguirne e assecondare le esigenze<sup>108</sup>.

L’interesse nei confronti del ruolo che i meccanismi di persuasione svolgono nell’ambito della società e delle interazioni che tra i suoi componenti si vengono a creare, affondano le radici nella storia dell’uomo. Già nella Grecia antica, come noto, la riflessione si concentrava sullo studio di tecniche di linguaggio con precipuo scopo persuasivo, dando così vita a vere e proprie discipline, come la retorica, che hanno incontrato, nel tempo, un felice sviluppo. In epoca moderna lo sviluppo del *marketing* e l’affinamento di tecniche sempre più specifiche di comunicazione, insieme alla diffusione dei *mass media*, ha posto alla psicologia sociale l’esigenza di approfondire i meccanismi per mezzo dei quali il comportamento possa essere influenzato e indotto al cambiamento con modalità differenti da quelle proprie del comando e della coercizione.

I modi con cui il mondo della tecnologia interagisce con quello della normatività sono molteplici. Uno dei modi in cui tale rapporto si declina lo si ritrova nel fenomeno espresso dal concetto di c.d. *legal protection by design*<sup>109</sup>. Con tale termine si intende indicare quello sforzo di traduzione dei principi giuridici dal linguaggio naturale, con il quale siamo solitamente abituati a concepire le nostre norme, in linguaggio computazionale per il mezzo di requisiti tecnici e impostazioni di *default* che vadano ad

---

T. S. JONASEN, C. MIDDEN(Eds.), *Persuasive Technology. Design for Future Change*, Berlino, 2020; H. OINAS-KUKKONEN; K. T. WIN, E. KARAPANOS, P. KARPINEN, E. KYZA (Eds.), *Persuasive Technology. Development of Persuasive and Behaviour Support Systems*, Berlin, 2019.

<sup>108</sup> Sul tema degli oggetti tecnologici, come cose prive di quella fisicità e negatività che è qualità propria ed essenziale degli oggetti (da *obicere*: resistere), il venir meno di ogni contrapposizione tra oggetto e suo utilizzatore, dovuto al fatto che essi sono pensati per adattarsi alle nostre esigenze, v. BYUNG CHUL-HAN, *Le non cose. Come abbiamo smesso di vivere il reale*, Torino, 2022, riprendendo alcuni spunti già presenti in ID., *Psicopolitica*, cit.

<sup>109</sup> Fondamentale sul tema, M. HILDEBRANDT, *Legal Protection by Design: Objections and Refutations*, in *Legisprudence*, 2011, 223 ss.; ID., *Saved by Design? The Case of Legal Protection by Design*, in *Nanoethics*, 2017, n. 11, 307; ID., *Legal and Technological Normativity: more (and less) than twin sisters*, in *Technè*, n. 3, 2008.

informare le architetture *data-driven* della nostra società.

Le teorizzazioni che ne stanno alla base non mirano solo a tradurre il linguaggio normativo in linguaggio algoritmico o numerico da dare “in pasto” alle macchine, o all’ utilizzo della tecnologia per rinvigorire la forza precettiva delle norme esistenti o la loro attuazione. Il fine ultimo di simili teorie è quello di coinvolgere il diritto nella fase di disegno e strutturazione delle strutture informatiche, degli artefatti e dei processi della realtà socio-tecnica in cui viviamo, fine che ben è riassunto dalla formula “*Code is Law*”<sup>110</sup>.

Una simile interazione tra diritto e strutturazione tecnologica viene anche definita “*Ambient Law*”, espressione che fa riferimento ad una forma di normatività “ambientale”, di contesto.

Nel caso della *normatività ambientale* è il contesto stesso, per come è strutturato, ad essere normativo. La norma risiederebbe nel modo stesso in cui il contesto è costruito, e la volontà normativa immersa nel calcestruzzo destinato a costituire gli architravi del sistema<sup>111</sup>.

È chiaro come, se si riconosce lo statuto di norma a tali strutture, vengano meno tutti i caratteri che da sempre vengono considerati caratterizzanti la norma stessa. Non solo la sanzione e il carattere obbligatorio e vincolante ma anche l’ esistenza stessa della componente precettiva, e con essa, dunque, la possibilità di obbedirvi. Come si è più volte detto il comando presuppone un rapporto, quantomeno potenziale, tra regolante e regolato, tra volontà di chi pone il precetto e quella di chi lo riceve, relazione che riflette la possibilità del primo di disattenderlo e del secondo di attuarlo forzosamente.

Pare anche scolorire il carattere deontico che dovrebbe caratterizzare

---

<sup>110</sup> La formula è coniata da Lessing. Sul punto v. L. LESSING, *Code and Others Laws of Cyberspace*, 1999; ID., *Code is law. On liberty in Cyberspace*, in *Harvard Magazine*, 2000.

<sup>111</sup> Per un interessante uso della metafora architettonica al fine di descrivere le diverse fasi che il ragionamento giuridico, e il fenomeno normativo in generale, ha attraversato nel corso dei secoli v., M. MANZIN, *Architetture del ragionamento giuridico*, in *Teoria e critica della regolazione sociale*, 2, 2019, 207 ss.

la norma in quanto entità, mezzo, attraverso il quale modificare la realtà, l'essere. Nella misura in cui l'infrastruttura tecnologica interviene per escludere la non conformità essa stessa risulta costitutiva di un comportamento.

Ricondurre simili fenomeni alla normatività (o meglio allargare il concetto stesso di normatività fino ad includerveli), se da una parte appare una necessità a cui è ormai difficile negare una risposta, dall'altra rappresenta una scelta che implica di spostare il baricentro della categoria. Per il fatto stesso, cioè, che quel mezzo raggiunge il fine prefisso, comporta, inibisce o esclude alcuni tipi di comportamento, esso deve considerarsi strumento di carattere normativo. Ma a ben vedere ciò significa spostare il baricentro della norma sull'effettività (intesa come *effectiveness*), sull'effetto<sup>112</sup>; categoria, quella dell'effettività, che da sempre ricopre un ruolo ancillare rispetto

---

<sup>112</sup> M. HILDEBRANT, *Legal and Technological Normativity: more (and less) than twin sisters*, cit., afferma che «*When speaking of technological normativity I do not focus on the intention of designer, I simply refer to the way a particular technological device or infrastructure actually constrains human actions, inviting or enforcing, inhibiting or prohibiting types of behaviour*», chiarendo poi che il termine "constraint" «*should not be understood as a negative term: constraints are the condition of possibility of (inter)action, they do not only inhibit or rule out certain behaviour, they also create or induce certain types of behaviour*». In realtà anche l'induzione è un termine che non sembra adattarsi a tali mezzi; l'induzione, infatti potrebbe definirsi come il determinare qualcuno a tenere un certo comportamento, se non per mezzo di una minaccia, utilizzando forme persuasive ma pur sempre implicanti il rapporto tra induttore e indotto. La normatività tecnologica sembra invece fondata sull'impossibilità, quasi fisica, di tenere un certo comportamento. Ha lo stesso valore normativo che si potrebbe assegnare ad un muro tanto alto da non poter essere scavalcato. L'autrice, tuttavia, ravvede la differenza tra tecnologie che aiutano l'utente a rispettare la regola e tecnologie che "attuano" la regola in quella sussistente tra norme regolative e norme costitutive. Fin tanto che la tecnologia ci permette di operare delle scelte, inducendo ma non forzando a cambiare abitudini, essa è regolativa del nostro comportamento; dal momento in cui le infrastrutture tecnologiche intervengono per eliminare del tutto la non conformità, la tecnologia diventa costitutiva del nostro comportamento. Sembrano impennare la distinzione tra *legal rules* e *technical rules* su quella tra dover essere ed essere anche S. HASSAN, P. DE FILIPPI, *The Expansion of Algorithmic Governance: From Code is Law to Law is Code*, in *Field Actions Science Reports*, 17, 2017, 88 ss., secondo i quali «*as opposed to traditional legal rules, which merely stipulates what people shall or shall not do, technical rules determine what people can or cannot do in the first place*». Per esemplificare la differenza tra le due tipologie di approccio, e della logica *ex post* ed *ex ante* che informa rispettivamente le due forme di norma, gli autori riportano l'esempio della tutela dei diritti d'autore per mezzo delle misure tecnologiche di protezione che limitano la possibilità di uso (es. impossibilità di stampare) delle opere coperte da *copyright*. Sul punto v. anche, M. HILDEBRANT, *Code-driven law. Freezing the future and scaling the past*, in S. Deakin, C. Markou (eds.), *Is Law Computable? Critical Perspectives on Law and Artificial Intelligence*, London, 2020, 67 ss.

a quello della validità, quale forma di verifica della buona costruzione dello strumento normativo.

La struttura normativa è imperniata in tali casi su una radicale oggettività nella quale la differenza, logica e temporale, tra comando ed esecuzione – tra dover essere ed essere – viene assorbita. Si dà esecuzione senza obbedienza: l'esecuzione rientra nell'oggettiva meccanicità dell'apparato<sup>113</sup>. «Il destinatario di comandi, ormai inserito in una “organizzazione” e qui chiamato a svolgere precisi e specifici compiti ascolta il messaggio: ma il suo è un “ascoltare” metaforico, e piuttosto designa un fenomeno di *ricezione meccanica*, priva di toni personali e sfumature linguistiche. La struttura è dominata da una radicale oggettività, che non tollera ritardi o attriti interpretativi, ma esige soltanto immediata attuazione. La differenza, logica e temporale, tra comando ed esecuzione, viene come assorbita nell'ininterrotta funzionalità dell'apparato». L'atto di obbedienza non è considerato né tenuto in conto: esso è assorbito e risolto nell'efficiente funzionalità dell'apparato. Chi interagisce con l'apparato non obbedisce, ma funziona<sup>114</sup>. In sostanza, non esiste più possibilità di scelta: la libertà coincide con la necessità.

---

Secondo G. FINOCCHIARO, *Riflessioni su diritto e tecnica*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, fasc. 4.5, 2012, 835, proprio il fatto che, attraverso le regole tecniche, il diritto passi nella tecnologia, rende quest'ultima non neutrale

<sup>113</sup> N. IRTI, *Viaggio tra gli obbedienti*, cit., 42, secondo cui «l'obbedienza come atto di libertà – ricostruito attraverso il circolo del parlare e far capire, ascoltare e capire – viene ora a misurarsi con le caratteristiche del sistema tecnico-produttivo [...] Non c'è atto di obbedienza, che sia isolabile e disgiungibile dalla prestazione di lavoro: questa contiene in sé, nel suo stesso svolgersi all'interno dell'apparato, l'obbedienza alle regole del sistema».

<sup>114</sup> V. U. GALIMBERTI, *Psiche e techné*, Milano 1999, 33, secondo il quale la tecnica non è diretta ad uno scopo ma semplicemente «funziona». Il dibattito sul rapporto tra tecnica e diritto, e sul se la prima sia destinata a soppiantare il secondo, ovvero se quest'ultimo debba rimanere saldo nel dominare la prima, viene affrontato in una prospettiva filosofica, raggiungendo picchi di altissima riflessione teorica in N. IRTI, E. SEVERINO, *Le domande del giurista e le risposte del filosofo (un dialogo su diritto e tecnica)*, in *Contratto e impresa*, 2006, 665 ss. Secondo il filosofo, la tecnica è destinata a prendere il posto del diritto, secondo il giurista, invece, il diritto deve “domare” la tecnica, e per farlo si rende necessaria, pur nel quadro dell'indebolimento della politica e del conseguente declino del diritto, di cui l'autore è ben consapevole, la valorizzazione della «differenza logica tra regola e regolato»; un diritto che, pur debole, si esprima secondo la logica della volontà, poiché «la volontà di raggiungere scopi attraverso norme [...] si pone sempre come principio ordinatore rispetto alla materia regolata», *ivi*, 669. Il tema è ripreso, da ultimo, in N. IRTI, *Viaggio tra gli obbedienti*, cit., 167, nel quale l'Illustre autore si interroga sul se, in fondo, l'obbedienza non

Siamo di fronte alla “legge dell’essere”.

La presenza di vere e proprie costruzioni, che impediscano o impongano all’utente di tenere un determinato comportano, e la loro possibile riconduzione nell’alveo delle strutture normative, impongono di analizzare brevemente il rapporto intercorrente tra diritto e architettura. Tale relazione si presenta come estremamente complessa<sup>115</sup>. La regolamentazione dello spazio, o meglio la regolamentazione per mezzo dello spazio, può avere talvolta funzione esclusiva o inclusiva<sup>116</sup>. La complessa e interessante relazione tra le due discipline nasce e si fonda sul presupposto che lo spazio, in

---

finisca per rappresentare oggi un simbolo di libertà, «come quel consapevole rapporto tra voleri, in cui si misurano energia della decisione e accettazione del rischio».

<sup>115</sup> Importanti ed interessanti contributi sul rapporto tra diritto ed architettura sono stati forniti nell’ambito del florido filone di ricerca c.d. “*law and the humanities*” che vede i suoi natali con i primi saggi di James Boyd White e che trova, nella letteratura italiana, un fondamentale referente nell’Alta Scuola “Federico Stella” sulla Giustizia Penale e nella cospicua produzione sul tema. V. G. Forti, C. Mazzucato, A. Visconti (a cura di), *Giustizia e letteratura*, I, Milano, 2012; ID., *Giustizia e letteratura*, II, Milano, 2014; ID., *Giustizia e letteratura*, Milano, 2016. Tali filoni di ricerca hanno il pregio di evidenziare come il diritto, lungi dall’essere una sovrastruttura separata e distinta, è piuttosto elemento strutturale ed originario della stessa civiltà; distaccandosi dalla moderna tradizione di cartesianesimo filosofico e assolutismo politico, caratterizzata dalla separazione tra un astratto soggetto pensante e una supposta oggettività del mondo che concepisce il diritto come scienza imitativa delle scienze formali, simili studi sono tesi a superare la visione scienziata del diritto, riscoprendo e valorizzando la profonda relazione esistente tra l’*humanitas* e la materia giuridica, intendendo in tal modo il rapporto tra i due non come una sommatoria bensì come appartenenza del secondo alla prima. Sul punto, per un’interessante analogia del fenomeno giuridico con quello architettonico, quali attività finalizzate ad ordinare lo spazio esistente mediante la costruzione di forme determinate, v. M. MANZIN, *Architetture del ragionamento giuridico*, in *Teoria e critica della regolazione sociale*, 2, 2019, 207 ss. il quale ripercorre il comune andamento storico tra forme architettoniche e strutture del pensiero giuridico. L’Autore individua un’interessante e suggestiva analogia tra l’attuale stato della giuridicità e le forme architettoniche proprie dell’edificio *free hand*. In entrambi i fenomeni ravvisa i sintomi tipici della postmodernità, quali la decostruzione delle grandi narrazioni e dei pensieri forti e la loro sostituzione con forme liquide, deboli come i pensieri e il volontarismo impulsionalista basato sulla preminenza dei desideri ed emozioni, per loro natura volatili e transitori, piuttosto che sulla duratura solidità delle ragioni.

<sup>116</sup> Ne siano dimostrazione le note operazioni di ghettizzazione di gruppi sociali che troppo spesso nella storia si sono visti emarginare dalla popolazione per mezzo di costruzioni, muri, restringimenti fisici. Un contrario esempio di come l’architettura possa essere utilizzata per incorporare valori giuridici, di inclusione e di accesso, è la normativa sull’eliminazione delle barriere architettoniche. Ulteriore esempio di come l’architettura possa essere utilizzata con effetto esclusivo nei confronti di alcune fasce più deboli della popolazione risiede, secondo taluno, nel fenomeno dell’architettura difensiva, rinominata per questo architettura/*design* ostile. L’architettura difensiva è una tecnica di progettazione

modo particolare quello antropizzato, non assuma mai un carattere “neutrale”<sup>117</sup>; esso interagisce con il diritto e insieme ad altre forme di regolamentazione, contribuisce, di fatto, a plasmare il comportamento di chi ne fa uso<sup>118</sup>.

La diversità della regolamentazione operata mediante norme giuridiche e quella operata per mezzo dell’architettura risiede, a ben vedere, nel meccanismo che le due tipologie di regolamentazione utilizzano per raggiungere il fine prefisso. La norma giuridica, per come tradizionalmente intesa, incide sulla doverosità, condizionando il comportamento umano imponendo un dovere (o divieto) al cui mancato adempimento (o alla cui violazione) consegue una sanzione. La regolamentazione per mezzo dell’architettura, in senso lato intesa, invece, non finalizza l’obiettivo per mezzo del condizionamento del comportamento umano, ma attua

---

urbanistica che mira a impedire comportamenti vandalici o che lederebbero l’ordine pubblico. Gli esempi più comuni di simili forme di progettazione urbanistica sono mirati ad impedire alle persone di sedersi o coricarsi in luoghi pubblici, attraverso l’utilizzo di spunzoni collocati su superfici piane, davanzali inclinati, panchine con braccioli mediani, irrigatori. Sebbene da molti ritenuta una pratica moderna, come certamente lo è l’espressione, l’uso dell’ingegneria civile a tutela della sicurezza e del decoro urbano è una pratica risalente nel tempo. Fra i più noti antecedenti possiamo annoverare i “deflattori di urina”, costruiti agli angoli degli edifici durante il diciannovesimo secolo. Sul tema v., *ex multis*, S. GEASON, P. R. WILSON, *Designing out Crime. Crime prevention through environmental design*, Canberra, 1989; C. CHELLEW, *Defending Suburbia: Exploring the Use of Defensive Urban Design Outside of the City Centre*, in *Canadian Journal of Urban Research*, 28, 2019, 19 ss.

<sup>117</sup> Sul carattere non neutrale dello spazio v. V. NITRATO IZZO, *Note metodologiche sul rapporto tra diritto e architettura, con particolare riferimento a quella giudiziaria*, in *The Cardozo Electronic Law Bulletin*, 3, 2017.

<sup>118</sup> La strutturazione dello spazio come fattore di influenza del comportamento sociale è stato oggetto di interesse anche da parte della criminologia, che da tempo evidenzia come le caratteristiche strutturali dell’ambiente – perlopiù urbano – possano contribuire ad alimentare ovvero arginare alcuni fenomeni criminosi. Di particolare interesse il filone di ricerca denominato “*Crime prevention through environmental design*” (CPTED), la cui teoria di base è stata formulata dal criminologo C. Ray Jaffery. V., C. RAY JEFFERY, *Crime Prevention Through Environmental Design*, New York, 1978. Sul punto, *ex multis*, v. O. NEWMAN, *Defensible Space: Crime Prevention through Urban Design*, New York, 1973; CRAWFORD, EVANS, *Crime Prevention and Community Safety*, ; R. J. SAMPSON, S. W. RAUDENBUSH, *Neighborhoods and Violent Crime: A Multilevel Study of Collective Efficacy*, in *Science*, vol. 277, 1997, 918 ss.; ID., *Systematic Social Observation of Public Space: A New Look at Disorder in Urban Neighborhoods*, in *The American Journal of Sociology*, Vol. 105, 1999, 603 ss.; ID., *Seeing Disorder: Neighborhood Stigma and the Social Construction of “Broken Windows”*, in *Social Psychology Quarterly*, vol 67, 2004, 319 ss. Per tutti v. G. FORTI, *L’immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano, 2000.

essa stessa la condotta desiderata<sup>119</sup>.

Si prenda come esempio quello di un muro di confine che delimiti un'area, l'accesso alla quale si intende interdire. Appare necessario chiedersi quale sia, se esiste, il contenuto normativo di tale artefatto; ovvero, dove risiede la norma? Se il muro è in grado di comunicare un contenuto precettivo, seppur implicito e non scritto, che lo renda un simbolo espressivo del "divieto di oltrepassare", allora lo si può ricondurre alle forme di normazione muta o simbolica. Se invece il muro opera *impedendo* di passare il confine, agendo esso stesso come meccanismo di diretto impedimento della condotta indesiderata, il problema si acuisce. In questo caso il dover essere (e cioè il comportamento desiderato: non sconfinare) si appiattisce sull'essere (impossibilità di saltare oltre una certa altezza o di volare per oltrepassare l'ostacolo fisico).

Se per i c.d. artefatti deontici<sup>120</sup> che abbiano una natura fisica compren-

---

<sup>119</sup> Esempi di meccanismi "regolativi", di dubbio carattere normativo ma in grado di orientare il comportamento altrui sono gli algoritmi che stanno alla base del funzionamento dei *social networks*, nella misura in cui essi consentono o impediscono all'utente di svolgere determinate attività. Le regole tecniche prese in considerazione sono in grado di "orientare" (*rectius* costringere) le condotte degli utenti incidendo sui rapporti tra privati in termini di effettività. Ed è proprio il profilo dell'effettiva incidenza che, secondo taluno «consente l'ascrivibilità dell'efficacia giuridica anche alle regole tecniche non tradotte in regole giuridiche mediante la previsione di specifiche clausole contrattuali o il recepimento in disposizioni legislative». V., C. PERLINGERI, *Profili civilistici dei social networks*, Napoli, 2014, 20. Sul ruolo dell'architettura nel *cyberspazio*, osserva L. LESSING, *Code 2.0*, New York, 2006, 5 ss. «*This book is about the chance from a cyberspace of anarchy to a cyberspace of control*» e che «*As we slowly come to see how different structures within cyberspace affect us – how its architecture, in a sense I will define below "regulates" us – we slowly come to ask how these structures should we defined. The first generation of these architectures was built by a noncommercial sector – research and hackers, docused upon building a network. The second generation has been built by commerce. And the third, not yet off drawing board, could well be the product of government*». Sul punto v. anche A. ROSSATO, *Diritto e architettura nello spazio digitale. Il ruolo del software libero*, Padova 2006, 64, il quale tuttavia sostiene l'estraneità dei meccanismi "architettonici" al mondo della normatività.

<sup>120</sup> Parla di artefatti deontici G. LORINI, *Il senso e la norma*, Torino, 2016. Cfr. anche G. LORINI, S. MORONI, *Come fare norme con disegni*, in P.L. Lecis, G. Lorini, V. Busacchi, P. Salis, O.G. Loddo, *Verità, Immagine, Normatività*, Macerata, 2017, 421 ss.; G. LORINI, *Corporeal drawn norms. An Investigation of graphic normativity in the material world of everyday object*, in *Phenomenology and Mind*, 17, 80 ss. Interessante anche la ricostruzione condotta, con specifico riferimento al carattere normativo della cartografia, da F. MANCIN, *Un diritto creato dai*

dere quale sia e dove risieda la componente normativa è elemento problematico, quando si fa riferimento alle strutturazioni tecnologiche la questione pare risolversi a monte. Difficile, infatti, pensare che nella costruzione degli algoritmi che governano il funzionamento di un *device* tecnologico si annidi un messaggio normativo che, pur sotto forma di simbolo, possa essere compreso e volontariamente adempiuto dal destinatario.

Dunque, l'architettura si caratterizza per essere una forma di conformazione del comportamento eterogenea rispetto ad ogni altra manifestazione del potere.

Ci si chiede se, operando per mezzo di una relazione di necessità tra condotta ed effetto, la regolamentazione mediante architettura mantenga il carattere normativo. Secondo taluno la risposta non può che essere negativa. Divenendo parte della struttura la regola cessa di essere normativa ed opera al pari di una legge di natura, come la forza di gravità. La norma invece, per essere tale, dovrebbe operare per mezzo di doveri, comandi, che sono definiti per la possibilità di essere disattesi e cessano di essere tali quando il loro rispetto è imposto dalla necessità.

Secondo tale visione qualsiasi forma di "normatività" che non contenga in sé la possibilità di essere disattesa cessa di essere giuridica. Lo stesso discorso deve potersi fare per tutte le altre forme di regolamentazione del comportamento, che mai incidono sulla possibilità della condotta, ma solo sulla sua opportunità<sup>121</sup>.

## 5. Dall'effettività come successo della norma...

Il percorso che abbiamo cercato di tracciare all'interno del vasto panorama delle emergenti forme di normatività porta ad interrogarsi sul ruolo

---

luoghi? *Un'indagine sugli oggetti e sulla normatività delle rappresentazioni topo-cartografiche*, in A. Incampo, G. Lorini, *Disegnare la realtà sociale*, 2020, 113 ss.

<sup>121</sup> A. ROSSATO, *Diritto e architettura nello spazio digitale. Il ruolo del software libero*, cit., 90.

svolto dall'effetto che, per mezzo di esse, viene raggiunto. Come si è cercato di mettere in evidenza, infatti, le forme di normatività analizzate si caratterizzano per l'affievolimento delle caratteristiche prescrittive, sanzionatorie, imperative e l'utilizzo di *mezzi* differenti rispetto a quello del comando per giungere all'obiettivo che ogni norma si pone: ottenere conformità.

Come noto, i termini "efficacia" e "effettività" sono termini polisenso nel linguaggio giuridico. Tralasciando la dettagliata elencazione di tutti i possibili significati che la parola può assumere, si può ragionevolmente concordare sull'elemento che accomuna le differenti accezioni: il riferimento alla dimensione effettuale delle norme, agli effetti cioè che esse producono o dovrebbero produrre<sup>122</sup>.

Se guardata da un punto di osservazione più alto, quello cioè delle scienze sociali in senso lato, l'effettività è una nozione empirica e misurabile e fa riferimento al comportamento dei consociati. Quest'ultimo infatti può essere tenuto in considerazione sotto diversi aspetti, e studiato da differenti branche delle scienze sociali. Dalla sociologia, in primo luogo, che è la scienza che si occupa dei "fatti sociali" tra i quali rientra sicuramente il comportamento umano, e dal diritto, in seconda ipotesi, nella sua declinazione sociologica. È importante sottolineare che un approccio esclusivamente sociologico, con il quale si tratti il diritto *tout court* come una branca della sociologia, rischia di mescolare le carte, non riuscendo a mantenere distinto il profilo del *dover essere* proprio del diritto, con quello dell'essere, che è proprio dei fatti "sociali". E ciò perché il diritto è una qualificazione di un fatto e non il fatto in sé. È una pretesa di comportamento, e non un comportamento.

Si spiega così perché la categoria dell'effettività, affrontata da un punto di vista normativo, è da sempre relegata ad una posizione ancillare rispetto a quella della validità. Essa permette di valutare *ex post* l'effettiva

---

<sup>122</sup> G. PINO, *Teoria analitica del diritto I. La norma*, cit., 108.

tenuta dell'ordinamento e il grado di adesione dei consociati alle norme, misurando così «il dato empirico che la norma in questione sia effettivamente osservata dai suoi destinatari»<sup>123</sup>. L'effettività normativa, dunque, è una condizione necessaria ma non sufficiente. Ciò vale sia a livello ordinamentale, sia a livello strettamente normativo.

L'effettività è legata al concetto di “obbedienza”, sul quale torneremo più avanti per analizzare il rinnovato interesse che tale categoria ha suscitato con riferimento alla norma penale. Il comando, e con esso l'atto del comandare, è da sempre legato, quantomeno negli Stati moderni, all'espressione di una volontà. Sia che essa assuma la forma del linguaggio<sup>124</sup>, sia che essa si esprima per il tramite di simboli “significanti”, la volontà del comandare trova nel destinatario del comando un necessario polo della sua stessa struttura. Ci deve necessariamente essere qualcuno che comanda e qualcuno che, comprendendo l'atto di comando, scelga di obbedirvi o meno. L'azione conforme alla norma, voluta da chi pone il comando «è configurata astrattamente, quasi immagine rappresentativa, ma, accolta che sia nella volontà obbediente, si fa concreta ed entra nel mondo degli eventi reali»<sup>125</sup>.

L'analisi e la ricostruzione etimologica della stessa parola *obbedienza*<sup>126</sup> può rivelare il senso ultimo dell'atteggiamento di chi si trova ad essere il destinatario del comando. Il concetto stesso di obbligatorietà che, a ben vedere, è il presupposto dell'obbedienza è rappresentato dall'*aut-aut*, cioè dall'alternativa comportamentale davanti alla quale si trovano i destinatari

---

<sup>123</sup> G. PINO, *Teoria analitica del diritto I. La norma*, cit., 108.

<sup>124</sup> REICHENBACH, *La nascita della filosofia scientifica*, Bologna, 1961, 274, secondo cui «La risposta affermativa a una direttiva è costituita, non da un'affermazione conoscitiva, ma da un'ulteriore volizione, espressa con parole indicanti che l'ascoltatore condivide»; un'espressione (linguistica per l'autore) indirizzata ad altri «per far loro fare qualcosa che si desidera sia fatto o per impedire loro di fare qualcosa che si desidera non sia fatto», *ivi*, 271.

<sup>125</sup> N. IRTI, *Viaggio tra gli obbedienti*, cit., 19.

<sup>126</sup> Sul punto torneremo nel secondo capitolo. La parola deriva dal latino *oboedientia*, composta dal suffisso *ob* (dinanzi) e dal verbo *audere* (ascoltare); dunque ascoltare chi si ha dinnanzi. Un atteggiamento che secondo N. IRTI, *Viaggio tra gli obbedienti*, cit., 23, si caratterizza per un'umiltà dell'ascoltatore, che si appropinqua all'ascoltatore avvicinandosi dal basso, in modo da intenderne il messaggio e riceverlo per sé.

del precetto.

Quello che viene implicato dal comando è, appunto, un rapporto che tra autore e destinatario della norma a carattere dialogico: l'uno domanda l'obbedienza, l'altro risponde con un sì o un no. Su tutto il mondo delle norme, infatti, «incombe il rischio della libertà individuale, che può dare a esse concretezza esecutiva o invece farla cadere tra le parole inutilmente dette o scritte»<sup>127</sup>. Laddove non vi sia la possibilità per il destinatario di scegliere, non vi può essere comando o meglio vi è un comando “paradosale”<sup>128</sup>.

Ed è proprio per tale struttura della norma come *dover essere*, dipendente, in fondo, dalla volontà di attuarne il contenuto da parte del destinatario stesso, che nella concezione kelseniana dell'ordinamento giuridico, effettività e normatività erano da considerarsi una coppia concettuale indissolubilmente legata. Il termine effettualità, che porta nel suo etimo il senso del portare a compimento, della produzione di effetti, in quella visione, era logicamente dipendente dalla normatività, che fa perno su ciò che non è ancora compiuto, «sulla temporalità progettuale di comportamenti da influenzare e dunque sull'*archè*, iniziare/comandare». Così intesa, l'effettività rappresenta il successo della norma, il suo compimento per mezzo dell'effettiva attuazione da parte dei consociati.

Ad oggi tale coppia concettuale progettare-ordinare ed effettuare, che

---

<sup>127</sup> N. IRTI, *Viaggio tra gli obbedienti*, cit., 56.

<sup>128</sup> Esempio calzante di comando paradossale è quello del comando “Immagina un cerchio rosso!”, che è un comando «inadempibile e paradossale». È inadempibile (liberamente) perché, per comprenderlo, il destinatario lo esegue e attua il comando stesso. L'esempio, che si trova in L. WITTGENSTEIN, *Philosophische Untersuchungen*, § 451, è ripreso da S. COLLOCA, *Prescrittivo vs. presentativo nel linguaggio del comando*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1, 2018, 261-262 nell'intento di evidenziare la differenza funzionale che deve sussistere tra il contenuto prescrittivo e quello presentativo perché si abbia un comando valido. L'autore in tal modo mette in evidenza come un comando che implichi l'automatica attuazione non sia effettivamente tale, risultando invece paradossale. Ulteriore esempio di comando paradossale lo si rinviene in S. BECKETT, *Aspettando Godot*, (trad. it.), Torino, 1964, nel quale Pozzo ordina al servo Lucky: “Pensa!”; anche qui si rinviene la paradossalità del comando nel fatto che pensare non è un comportamento intenzionale e l'attività di comprensione del comando risulta in questo caso coincidente con l'attuazione dello stesso.

reggeva il diritto positivo e secondo la quale il termine effettualità era logicamente dipendente da un termine opposto, la normatività, fosse sottoposta oggi ad una trazione profonda<sup>129</sup>.

Il processo di disseminazione e disarticolazione delle fonti di cui abbiamo parlato nel primo capitolo «manda in frantumi antiche e venerate costruzioni del diritto e mette al centro il tema del diritto *effettivo*»<sup>130</sup>. Tale trasformazione esige un concetto di diritto più duttile, più attento alla prospettiva degli agenti che lo usano; al contrario, il ruolo dell'interdizione, della sanzione, pur restando presente in tema di certezza e sicurezza, si attenua a favore di norme organizzative che anche in quei settori allargano lo spazio del potere sociale. L'effettività, in una rinnovata prospettiva, cessa di essere il compimento o l'effetto della normatività: «a questo fine forse occorre una prospettiva filosofica diversa dal trascendentalismo kantiano – sotteso alla teoria kelseniana sia pure con numerose vitali ibridazioni – che relaziona i diversi comportamenti a criteri a priori di giudizio, quando questi ultimi sono, mai come oggi, in crisi»<sup>131</sup>.

Dunque, un ribaltamento dei poli della normatività che rende l'efficacia sociologica un requisito fondante la normatività stessa.

Il diritto può dirsi oggi effettivo nella misura in cui risponde alle esigenze culturali e morali, sempre meno omogenee, e dunque sempre più attestate su regole, procedure sulle quali è possibile trovare accordo, punti di convergenza *leggeri*, non troppo densi di specificità culturali; è effettivo se

---

<sup>129</sup> A. CATANIA, *Diritto positivo ed effettività*, Napoli, 2010, 9. Mirabile sintesi del concetto di effettività *normativa*, del ruolo che essa ha assunto nell'odierno panorama giuridico, e infine, della distinzione che intercorre con l'omonimo concetto di derivazione europea è svolta da G. ROTOLO, *'Riconoscibilità' del precetto e modelli innovativi di tutela. Analisi critica del diritto penale dell'ambiente*, cit., 41 ss. L'Autore, per ovviare all'ineffettività normativa della disciplina a tutela dell'ambiente – ispirata all'effettività di tipo europeo – propone un nuovo approccio integrato e piramidale, un "sistema di tutela" che abbracci tutte le forme di normazione, fino a giungere allo strumento penale, di cui si potrà così valorizzare il carattere di *extrema ratio*.

<sup>130</sup> A. CATANIA, *Diritto positivo ed effettività*, cit., 10. V. anche ID., *Effettività e modelli normativi, Studi di filosofia del diritto*, Torino, 2018.

<sup>131</sup> A. CATANIA, *Diritto positivo ed effettività*, cit., 10.

offre al di là delle tradizionali norme di condotta una serie di strumenti, di tecniche, di modalità d'agire: norme di organizzazione, norme di struttura, di riproduzione, di cambiamento, che conferiscono poteri, strumenti, tecniche e modalità che ciascuno usa con fini diversi.

L'approccio basato sul concetto di rete e sulla correlata nozione di *governance* induce infatti a ridefinire il concetto stesso di diritto, riplasmandolo come una dimensione non statica, tetica e cioè normativa ed imperativa, bensì comunicativa, sgorgante dalle interazioni tra soggetti. Una nuova dimensione della normatività, che abbia quale elemento primario l'effettività la si rintraccia, come si è visto, in quelle forme di giuridicità in cui la componente sanzionatoria, imperativa, viene affievolendosi, lasciando così il posto a meccanismi *soft* per mezzo dei quali indurre l'osservanza dei destinatari.

Il declino della coppia concettuale comando-obbedienza - almeno come modello primario - rivela l'ampio armamentario normativo per mezzo del quale la norma può raggiungere il proprio scopo. Al posto dell'obbedienza si fa avanti il più labile concetto di conformità nel quale, il rapporto autoritario tra comandante e comandato si indebolisce e assume un carattere primario l'effettivo comportamento conforme tenuto dal destinatario della norma.

## **6. All'effettività *fondativa* di nuove forme di normatività. Dissoluzione del dover essere nell'essere?**

Come si è detto è in corso un processo di profonda rivisitazione del sistema delle fonti, e più in generale, delle norme. Nel sistema positivista esse sono concepite in senso formale e restrittivo, restando circoscritte a quelle prodotte da fonti autorizzate secondo apposite procedure. Ad oggi invece sono pacificamente ammessi a far parte del novero delle fonti anche atti che non sono direttamente riconducibili al potere dello Stato, e che non

presentano le caratteristiche di vincolatività e sanzionabilità.

Le “nuove fonti” si caratterizzano, come si vedrà oltre, per il fatto di essere in grado, a prescindere dal loro carattere più o meno vincolante ed obbligatorio, di produrre effetti<sup>132</sup>. La piramide che rappresentava la gerarchia delle fonti si è ridotta tutt'al più ad uno scheletro, visibile in trasparenza, di una struttura la quale, pur mantenendo ovviamente tra i propri elementi quello della forza, è venuta assumendo ben altre forme.

Il sistema di fonti strutturato secondo il modello piramidale rispondeva, come si è detto, ad uno specifico modo di intendere il potere. La validità, come si è detto, ne costituiva il criterio di legittimazione. Il c.d. modello disciplinare del diritto era fondato sul binomio comando-obbedienza, di cui si auspica da più fronti il superamento al fine di individuare il nucleo della normatività in sedi differenti da quella dello schema comando-obbedienza<sup>133</sup>. Si tende dunque a spezzare il monismo causale tra mezzo e fine

---

<sup>132</sup> F. MODUGNO, voce *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, in *Enc. dir.*, Agg. I, Milano, 1997, 561 ss., il quale sottolinea come il concetto stesso di gerarchia, inteso quale criterio ordinante le fonti del diritto, sia in verità entrato in crisi fin dall'introduzione della Costituzione repubblicana. L'idea che quest'ultima potesse semplicemente aggiungersi come quarto e primario gradino nella scala gerarchica che già annoverava la legge, il regolamento e la consuetudine, si infranse presto. Il carattere rigido della carta, il suo essere norma sulla produzione, la sua intrinseca capacità di conformare le fonti sottostanti, ha comportato un effetto travolgente e negativo nei confronti della possibilità stessa di leggere le fonti secondo il criterio di gerarchia di efficacia normativa. Da qui, sottolinea l'Autore, la prima esigenza di affiancare al criterio di gerarchia quello di competenza, perché la «preferenza (in verticale) e l'abrogazione (in orizzontale) cioè le due forme di manifestazione della “forza” di legge non sono (più) di per sé sufficienti a dirimere tutti i possibili conflitti di norme nel sistema», 566. Sul rapporto tra gerarchia e competenza v. V. CRISAFULLI, *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti del diritto*, in *Studi in onore di G. Zanobini*, III, Milano, 1965, 173 ss.

<sup>133</sup> Buona parte della dottrina giuridica che nel corso della seconda metà del Novecento si è occupato di teoria generale del diritto ha tentato di rimuovere il concetto di obbedienza, intesa come contingenza empirico-sociologica, dalla struttura delle norme. Per Hart, ad esempio, l'obbedienza è un concetto troppo complesso per farne la spia della norma giuridica, per il semplice fatto che un'azione può essere compiuta o meno a prescindere dall'esistenza di un comando. V. H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, Torino, 1965. Anche lo stesso Foucault si interroga sulla normatività cercando di liberarsi dal parametro dell'obbedienza, che considera irrilevante ai fini della comprensione del funzionamento della normatività per come immersa nel fenomeno che egli stesse definisce “biopolitica della popolazione. Tanto che lo stesso Foucault giunge, poco prima di morire, ad individuare quale categoria eponima del potere «Gouverner c'est structurer le champ éventuel de l'action de

aprendo le porte ad una nozione di normatività nel quale il registro imperativo comando-obbedienza non rappresenta che la minore variabile di una razionalità più complessa.

All'estremo opposto rispetto a quello dell'obbedienza come conseguenza del comando imperativo, possiamo scorgere forme di normatività che non solo sono prive di un'autentica componente sanzionatoria, ma addirittura prescindono dallo stesso contenuto precettivo. Si tratta di forme di normazione (?) il cui unico perno, intorno al quale sembra girare il loro carattere normativo, è quello dell'effetto. Si ribalta così il rapporto tra *normatività* ed *effettività* per come lo abbiamo conosciuto. L'effettività, dall'essere categorie confermativa, ancillare e successiva a quella della normatività (validità), sebbene indispensabile e sempre più valorizzata, si trova ad esserne fondativa.

Scolorisce il confine tra pensiero ordinante e azione esecutrice in una circolare «continuità tra soggetto, azione e realtà»<sup>134</sup>. Non si applica alla realtà un dover essere concepito preventivamente, da un punto di osservazione esterno e superiore, ma si sfrutta il potenziale proprio della realtà stessa, in una crescente immanenza del dover essere nell'essere nel quale l'efficacia viene pensata come svincolata dal monismo causale mezzi-fini. «Un mondo di effetti senza cause: questo è l'obiettivo analitico e pratico di una razionalità di governo, l'economia, che mostra tutta la sua insensibilità verso il problema della "causa" come principio pilota della successione degli eventi»<sup>135</sup>.

Con riferimento a queste frontiere, esse sembrano riproporre al fenomeno giuridico una questione atavica a cui è necessario trovare una risposta aggiornata e coerente con i tempi: che cos'è il diritto?

Da sempre, infatti la *normatività* coincide con la presenza di un *dover*

---

l'autre», v. M. FOUCAULT, *La volontà de savoir*, Paris, 1976, 126 (trad. it. *La volontà di sapere*, Milano, 1976).

<sup>134</sup> P. NAPOLI, *Oltre l'obbedienza. Michel Foucault e le normatività*, cit., 315.

<sup>135</sup> P. NAPOLI, *Oltre l'obbedienza. Michel Foucault e le normatività*, cit., 315

essere, ordinante di un essere, ordinato<sup>136</sup>. Il confine tra essere (*Sein*), ossia ciò che è secondo le leggi di natura, e il dover essere (*Sollen*), ciò che è prescritto, è il crinale che divide il mondo della deontica da quello della natura. Stabi-  
lendo un dover essere, la norma giuridica deve dunque indirizzarsi a qual-  
cosa che non sia né necessario né impossibile, che possa dunque accadere  
come non accadere. In definitiva ad un comportamento umano<sup>137</sup>. Perché vi  
sia una norma occorre supporre la presenza di un modello normativo, se-  
gnalato empiricamente in qualche modo, concreto e riconoscibile, rispetto

---

<sup>136</sup> Cfr. N. BOBBIO, *Essere e dover essere nella scienza giuridica*, in *Riv. fil.*, 3 (58), 1967. Sul se le scienze umane siano scienze descrittive ovvero prescrittive, cioè se diano leggi dell'essere o del dover essere, la questione è ben riassunta dalla celebre formula di Hume "*Is-Ought Question*", il quale sostenendo che si debba sempre separare le due sfere, mette in evidenza come in passato molte filosofie abbiano invece trasformato l'essere nel dover essere. Dalla formulazione della legge di Hume trae vigore la formulazione del principio di fallacia naturalistica da parte di G. E. Moore. V., HUME, *Trattato sulla natura umana*, vol. III, Londra, 1739; G. E. MOORE, *Principia Ethica*, Cambridge, 1903.

<sup>137</sup> Interessante sviluppo della teoria della normatività, nel senso che essa debba comportare una qualche forma di rapporto tra norma e destinatario, proviene dalla recente nascita dell'etologia della normatività, quale branca dell'etologia giuridica, scienza che viene fatta convenzionalmente risalire al libro di M. GRUTER, *Die Bedeutung der Verhaltensforschung für Rechtswissenschaft*, 1976. V. anche ID., *Law and the Mind: Biological Origins of Human Behavior*. Tale branca dopo aver indagato sul concetto di "uomo nomico", e cioè dell'uomo come soggetto che segue regole, si è interrogata sull'esistenza o meno di forme di normatività nell'ambito di gruppi sociali composti di animali diversi dall'uomo. Ovvero se l'uomo sia l'unico animale in grado di agire alla luce di norme. Per una sintesi delle posizioni espresse sul tema cfr. l'interessante lavoro di G. LORINI, *Il comportamento nomico degli animali non-umani. Verso un'etologia della normatività*, in *Sociologia del diritto*, 3, 2017, 76 ss. il quale pone in evidenza come occorra «definire il concetto di normatività e capire se entità di natura normativa possano essere il fondamento di azioni di un essere vivente; uno strumento potente per identificare la presenza di entità normative è dato dall'individuazione del rapporto tra gli stati mentali di un soggetto e il mondo, cioè la realtà con la quale si relazione. Questo strumento è la direzione di adattamento. Esistono degli stati mentali di natura puramente descrittiva, formati dalla semplice recezione della realtà, mentre ci sono stati mentali di natura normativa, caratterizzati dalla proiezione sul mondo di norme, è il mondo che deve adattarsi alle norme perché esse possano essere soddisfatte».

L'aspetto che emerge da tali studi, e che qui interessa, è il continuo riferimento, nella ricerca di forme di normatività animale, al sentimento di *doverosità* ("*ought*" feelings, *capacity of ought-thought*) inteso come un dover essere del comportamento rispetto ad uno standard, una regola precostituita senza che ciò presupponga né la capacità di formularle la regola linguisticamente, né abilità metacognitive. Sul fondo di tali ricerche vi è infatti il problema epistemologico del capire se dietro alla constatazione di regolarità comportamentali/sociali vi sia una vera e propria norma che determina tale regolarità, e se dunque si possa davvero parlare di capacità nomica e di pensiero deontico con riferimento ad animali non-umani. Parla di pensiero deontico (*ought-thought*) degli animali non umani J. L. BERMUDEZ, *Ascribing Thoughts to Non-linguistic creatures*, in *Facta Philosophica*, 5 (2), 2003, 313 ss.

al quale gli uomini possono, e possono non, adeguarsi: «occorre dunque un piano normativo che regoli e orienti i comportamenti»<sup>138</sup>.

Tuttavia, ammettendo di inscrivere nell'ambito della normatività forme di ottenimento di conformità come quelle che si sono menzionate a proposito della tecnologia o degli artefatti, ciò significa separare la normatività dal carattere deontico; la distinzione tra essere e dover essere sfuma in questi casi fino a coincidere. Così declinato il diritto non è più "pretesa di un comportamento", dover essere che deve fare i conti con la libera scelta del cittadino che può obbedirvi o disobbedirvi, bensì un "repertorio di situazioni concrete prive di leggi"<sup>139</sup>. Diventa esso stesso attuazione della regola che dovrebbe imporre, venendo dunque a coincidere integralmente con l'essere<sup>140</sup>.

## **7. La riscoperta del valore dell'obbedienza, oltre la *struttura-comando*: l'effettività della norma penale**

L'analisi delle emergenti e più recenti forme di normatività ci consegna la consapevolezza che vi siano nuovi modi per indurre l'osservanza. Forme normative, cioè, che non operano per mezzo del comando ma indirizzano il comportamento umano attraverso strumenti differenti rispetto

---

<sup>138</sup> A. CATANIA, *Manuale di teoria generale del diritto*, cit., 119

<sup>139</sup> Contrappone l'atto dell'obbedienza, quale momento in cui «sciogliere l'alternativa e decidere per il sì» dai processi normativi presenti nella società tecnologica in cui «i voleri appartengono, ambedue, all'unità organizzativa», N. IRTI, *Viaggio tra gli obbedienti*, cit., 61 ss. Nella trattazione del tema dell'obbedienza, l'Autore ricorda il fondamentale ruolo svolto dalla scelta umana anche nell'Annunciazione: «Il "sia fatto" [...] designa un accadere, non qualcosa che l'obbediente abbia il dovere di "fare", ma il sopraggiungere di un evento. Sempre opera la volontà dell'individuo, e sempre decide nel rendersi serva del verbo altrui: *l'ancillarsi segue l'audire*. [...] Il potere divino non "utilizza" il corpo della donna, non lo asservisce e riduce al rango di cosa, ma, anch'esso, ha bisogno dell'umanissimo sì» (p. 104).

<sup>140</sup> «La mobilitazione totale non è una misura da eseguire, ma qualcosa che si compie da sé, essa è, in guerra come in pace, l'espressione della legge misteriosa e inesorabile a cui ci consegna l'età delle masse e delle macchine», E. JUNGER, *La mobilitazione totale*, 1930, in *Foglie e pietre*, Milano, 121.

alla minaccia di una sanzione.

Se con riferimento ad alcuni di tali fenomeni appare dubbio poter parlare di vere e proprie forme di normatività, dal momento che l'assenza dello iato tra prescrizione ed esecuzione fa scolorire la distinzione tra essere e dover essere propria di ogni norma, con riguardo ad altre il dato che ci viene consegnato può risultare di qualche utilità. Infatti, laddove non ci si spinga fino al limite estremo di superare il ruolo dell'obbedienza, quale momento di volontà che pone il destinatario di fronte alla scelta libera di adeguarsi o meno alla norma, l'osservanza di quest'ultima è, tuttavia, raggiunta per il tramite di meccanismi normativi differenti rispetto a quello della pura minaccia di una sanzione.

Appare chiaro come la totale eliminazione della componente sanzionatoria non possa in alcun modo riguardare il diritto penale che, come noto, è tale proprio in quanto vi è una sanzione dal carattere punitivo. Tuttavia, il tema porta a riflettere sul ruolo centrale che il destinatario della norma deve rivestire all'interno del rapporto con l'ordinamento. Un ruolo che si è dato per scontato; in tutte le tradizionali dottrine normative, infatti, pur in quelle che ne avevano ristretto l'effettiva capacità cognitiva, il ruolo del destinatario risultava un perno essenziale e scontato del fenomeno giuridico e, più in generale, normativo. Si è dato conto, tuttavia, di come le strutture normative proprie di alcune, seppur estreme, forme di normazione non includano necessariamente la piena partecipazione del destinatario.

È chiaro come il confinamento del destinatario al ruolo di mero esecutore non può riguardare il diritto penale, al quale invece viene chiesto di valorizzare e rafforzare il suo rapporto con il cittadino. Tuttavia, il dato che sembra potersi trarre dall'analisi condotta e che si ritiene sia utile valorizzare, è quello dell'indebolimento delle strutture normative, al quale tuttavia non deve necessariamente corrispondere l'affievolimento del rapporto tra norma e destinatario. Piuttosto l'analisi condotta può risultare utile nel raf-

forzare la consapevolezza delle linee di tendenza cui il mondo della giuridicità si sta dirigendo.

Si è visto come anche forme di giuridicità *soft*, nelle quali la componente sanzionatoria risulti indebolita o del tutto assente, siano in grado di orientare il comportamento del cittadino senza lederne la partecipazione.

Giacché il diritto «prima di essere sistemazione dell'accaduto, è modello per il futuro», caratterizzato dalla «volontà di modellare le cose che verranno, comune a tutti i fattori normativi, in qualunque modo si apprestino ad incidere, e di fatto incidano, sulle vicende umane»<sup>141</sup>, l'attenzione al momento precettivo, scisso da quello sanzionatorio, si rivela essere di particolare importanza nella progettazione di un sistema normativo che aspiri ad essere effettivo.

In argomento viene in rilievo il problema dell'effettività della norma stessa. Tale caratteristica, intesa come capacità della norma di orientare il comportamento dei cittadini, merita un approfondimento che ne valorizzi la funzione autonoma, rivelandosi un passaggio fondamentale per cogliere quali possano essere gli orizzonti alternativi verso cui volgersi e per comprendere la rilevanza che per il penalista può assumere la nuova prospettiva di teoria generale del diritto che vede ormai quale momento qualificante il fenomeno normativo non tanto la statuizione bensì l'effetto.

Gli studi prettamente penalistici hanno per molto tempo tralasciato di trattare dell'effettività della norma penale, se non limitatamente al calcolo statistico di applicazione della sanzione in conseguenza dell'illecito, concentrandosi, cioè, sulla fase esecutiva della norma stessa. Salvo alcuni, che hanno esortato gli studiosi ad interrogarsi sulle «condizioni di efficacia del comando»<sup>142</sup>, proponendosi così di costruire norme che tengano conto «dei

---

<sup>141</sup> M. GALLO, *La regola e il giudizio. Tra due ipotesi e il diritto penale vigente*, Torino, 2016, 74, 78.

<sup>142</sup> Così P. NUVOLONE, *Natura e storia nella scienza del diritto penale*, in *Studi Rocco*, Milano, 1952, II, 270. Tema su cui torna anche G. FORTI, *Le ragioni extrapenali dell'osservanza della legge penale: esperienze e prospettive*, cit., 1108 ss. il quale mette in evidenza l'esigenza che il diritto

suggerimenti delle scienze sperimentali in tema di formulazione degli obblighi e di determinazione delle sanzioni»<sup>143</sup> sul presupposto per cui «la vera scienza del diritto è la scienza della posizione delle norme», quello dell'efficacia della norma penale è stato a lungo tema negletto. Questa condizione è probabilmente connessa all'idea per la quale la componente principale della norma penale risiederebbe proprio nella sanzione; ciò ha portato a non riconoscere alcun valore autonomo alla componente precettiva e, dunque, a non interrogarsi circa le condizioni di efficacia della norma, complessivamente intesa.

Profondamente legata ad una concezione del diritto penale "orientato allo scopo"<sup>144</sup>, e cioè ad un approccio che rivolge particolare attenzione ai risultati raggiungibili per mezzo dello strumento punitivo, la tematica trova quale condizione irrinunciabile di partenza l'avvicinamento tra la scienza giuridica e quelle di carattere empirico. Essa, infatti, impone che la scienza e la politica penale si confrontino costantemente con i risultati che le scienze empiriche consegnano loro, ponendo particolare attenzione alle condizioni di efficacia delle misure adottate, anche per rifuggire dall'erronea convenzione secondo cui «una volta emanata una legge, per ciò solo questa venga applicata in modo soddisfacente e conforme agli scopi avuti di mira» e adottare piuttosto quella razionalità che riguarda la relazione tra mezzi e risultati<sup>145</sup> nella convinzione che sia «ragionevole ricercare e scegliere i mezzi che con ogni probabilità produrranno gli effetti ai quali si tende»<sup>146</sup>.

---

penale si occupi, più seriamente di quanto sia stato fatto in passato, delle condizioni concrete della propria osservanza, «della messa in pratica dei propri precetti», tra cui riflette sulla «ricettività, emozionalmente condizionata, alla pretesa normativa penale».

<sup>143</sup> P. NUVOLONE, *Brevi note metodologiche in tema di scienza del diritto penale*, in *Trent'anni di diritto e procedura penale*, Padova, 1969, I, 210.

<sup>144</sup> Come noto, tra le più significative posizioni espresse in merito al rapporto tra scienze normative e scienze empirico-sociali, che conduce all'idea di una scienza penale integrata, vi è quella contenuta nel c.d. Programma di Marburgo di F. VON LISZT, *La teoria dello scopo nel diritto penale* (trad. it.), Milano, 1962.

<sup>145</sup> Cfr. F. MANTOVANI, *Il problema della criminalità. Compendio di scienze criminali*, Padova, 1984, 6 ss.

<sup>146</sup> J. DEWEY, *Logica, teoria dell'indagine*, Torino, 1974, 19.

L'idea di fondo è quella di dare spazio, accanto al tradizionale sapere ermeneutico-giuridico, alla presenza del sapere empirico, in grado di illuminare la ricerca sulle cause della criminalità ma anche «sulla spiegazione causale dell'utilità e delle funzioni della pena»<sup>147</sup>. In questo senso si è auspicato non solo, un modello di scienza penale integrata, tesa a verificare, con il confronto della prassi applicativa e della criminologia, il reale dispiegarsi delle proprie misure, ma un modello di scienza penalistica «aperta e condivisa», in grado di rispondere alle esigenze della post-modernità con progetti fondati sul dialogo continuo tra discipline anche molto diverse da loro<sup>148</sup>. Come è stato opportunamente evidenziato, infatti, «non c'è alcuna ragione per credere che l'intervento sui problemi sociali sia meno difficile di quello sul mondo naturale. E tuttavia si agisce su quest'ultimo solo dopo aver raccolto una messe di esperimenti e conferme e il risultato conseguito [...] deriva da un'incessante ricerca e sviluppo. Non è il senso comune che ha costruito le navette areospaziali: perché dovremmo lasciarne guidare nei ben più complessi sistemi della realtà sociale? È l'assunto della *semplicità del sociale* a ingannare sulla natura degli interventi politico-criminali e a precludere un'adeguata verifica dei loro effetti»<sup>149</sup>.

Prendendo le mosse da questi assunti di fondo, se il diritto penale

---

<sup>147</sup> M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011, 125, il quale evidenzia come pur contribuendo a "creare" la criminalità, per mezzo dell'incriminazione (secondo il c.d. *Labelling Approach*) «questo processo di etichettamento [...] ha di regola alla base comportamenti antisociali effettivi rispetto ai quali il diritto opera con un fattore causale e non solo come meccanismo di imputazione: in quanto quel fenomeno esiste, esso minaccia conseguenze negative (le pene), ma con questo meccanismo di prevenzione generale innesta processi motivazionali sui destinatari della legge che dovrebbero orientare causalmente le loro condotte all'osservanza. Non c'è dunque solo l'ascrizione di un illecito e l'irrogazione di una pena, ma anche un programma politico criminale, un orientamento alle conseguenze assai più specifico ed epistemologicamente studiato, settore per settore, [...] di quanto non accada con il diritto commerciale, con quello di famiglia, dei contratti e con il diritto pubblico in generale».

<sup>148</sup> Pone in chiara evidenza tale necessità S. CANESTRARI, *Per un modello "aperto e condito" di scienza penalistica*, in *ius17@unibo.it*, 1, 2008, 8 ss.

<sup>149</sup> J. YOUNG, *Left Realist Criminology: Radical in its Analysis, Realist in its Policy*, in *Oxford Handbook of Criminology*, in M. Maguire, R. Morgan, R. Reiner (Eds.), *The Oxford Handbook of Criminology*, Oxford, 1997, come citato in G. FORTI, *L'immane concretezza*, Torino, 2000, 48.

deve dunque essere inteso quale strumento per il raggiungimento di un fine, l'effettività della norma riflette l'idea che il mezzo debba essere adeguato al fine stesso<sup>150</sup>. Se è vero che il fine ultimo è rappresentato dalla tutela di beni giuridici, che passa dalla funzione general preventiva che la norma svolge, non può negarsi che il fine "immediato" verso cui anche la norma penale mira – come, del resto, tutte le norme – sia l'adesione al suo precetto (cioè l'astensione), e cioè l'obbedienza. A differenza di altre branche del diritto, come per esempio il diritto civile e amministrativo, la norma penale non è in grado di plasmare la realtà, non ha funzione performativa; la sua realizzazione passa necessariamente dal comportamento dei consociati che si astengano da compiere l'azione illecita descritta nella fattispecie.

Contro l'opinione circa il suo carattere eminentemente sanzionatorio, anche nel diritto penale, infatti, è riscontrabile «la sussistenza [...] di un autonomo momento precettivo»<sup>151</sup>, in tal modo riconoscendo, nel momento dialogico-relazionale, la ragion d'essere della norma penale a prescindere dal suo carattere di esercizio del potere coercitivo<sup>152</sup>. Un momento normativo primario, dunque, anche nel diritto punitivo per eccellenza, che rimarca la ragion d'essere dialogico-motivazionale proprio delle norme penali: «non è tanto il riflettersi caratteristico della sanzione sul precetto, ad attribuire a questo carattere penale, quanto piuttosto il suo operare nell'ambito dell'ordinamento giuridico penale e per i fini propri di questo»<sup>153</sup>.

Difatti, nell'economia della norma, non deve risultare indifferente l'alternativa «X osservanza-precetto o Y applicazione-sanzione»; in tal modo si riterrebbe che l'effettività della norma «è raggiunta *quantomeno* e

---

<sup>150</sup> C.E. PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 434.

<sup>151</sup> A. MORO, *La subiettivizzazione della norma penale*, Bari, 1942, in una recente rilettura del pensiero dell'Autore operata da L. EUSEBI, *Persona, diritto, Stato nelle prime due monografie penalistiche di Aldo Moro*, in *disCrimen*, 17 gennaio 2022.

<sup>152</sup> L. EUSEBI, *Persona, diritto, Stato*, cit., 9.

<sup>153</sup> A. MORO, *La subiettivizzazione della norma penale*, cit., 27

al più tardi se la sanzione è applicata con piena regolarità alle trasgressioni»<sup>154</sup>, rinvenendo così lo scopo primario della norma penale in quello di irrogare la pena e ponendo nel nulla la funzione comando. Al contrario, l'ordine logico dei due momenti deve risultare del tutto invertito: «l'effettività della norma non si esaurisce nell'effettualità della sanzione, ma consiste in primo luogo nella conformità al comportamento prescritto»<sup>155</sup>.

Lo scopo ultimo del diritto penale non è il castigo, la repressione delle violazioni illecite. Anch'esso è strumento, una «una tecnologia normativa e operativa che fa parte delle risposte date dalla storia al problema della costruzione e difesa di una convivenza ordinata»<sup>156</sup>. Il suo scopo primario rimane quello dell'osservanza dei precetti e la minaccia di pena, dunque, non è il fine ultimo del diritto punitivo, ma un meccanismo, una tecnologia normativa appunto, che ne assicura il rispetto<sup>157</sup>. Il fine è dunque il «*ne peccetur*»; il mezzo è la previsione di sanzioni «*quia peccatum est*»<sup>158</sup>. Portando il discorso ad estreme, auspicabili quanto improbabili, conseguenze, si può dire che il diritto penale aspira alla propria non applicazione.

Con specifico riferimento al diritto penale, l'effettività in senso normativo è quella che coinvolge il fondamentale concetto di *Verhaltensgeltung*, e cioè l'attitudine nella norma incriminatrice, valutata nella sua componente funzionale, a indirizzare il comportamento dei destinatari del precetto in senso conforme ai contenuti della previsione<sup>159</sup>. Si parla dunque di effettività

---

<sup>154</sup> Così, C. E. PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale*, cit., 497

<sup>155</sup> C. E. PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale*, cit., 497.

<sup>156</sup> D. PULITANÒ, *Responsabilità, osservanza, castigo*, in *Sistema penale*, 9 maggio 2021, 3.

<sup>157</sup> Sebbene non riconoscendo alla norma lo scopo ultimo dell'obbedienza, bensì la tutela di beni giuridici, ritiene che l'osservanza faccia parte della struttura della norma penale, quale «mezzo necessario, l'unico, per il perseguimento delle sue finalità di tutela», F. GIUNTA, *Introduzione*, in *Gli "obbedienti" di Natalino Irti: una lettura penalistica*, in *disCrimen*, 27 dicembre 2021, 4.

<sup>158</sup> Riprende la frase di Seneca «*Nemo prudens punit quia peccatum est, sed ne peccetur*», D. PULITANÒ, *Responsabilità, osservanza, castigo*, cit., 4.

<sup>159</sup> Il riferimento, in termini penalistici, non può che essere al fondamentale lavoro di Paliero, il quale definisce la *Verhaltensgeltung* così: «Si parla dunque di effettività in senso normativo, come problema di validità funzionalistica della norma di comportamento incriminatrice (*Verhaltensgeltung*) verificata sul rapporto tra la situazione fattuale ottenuta e

in senso *normativo* – da tenere distinta da quella *sanzionatoria* – per evidenziare il profilo di validità funzionalistica della norma di comportamento incriminatrice verificata sul rapporto tra la situazione fattuale ottenuta e la situazione di dovere perseguita: in altri termini, sulla capacità delle norme penali di ottenere l'osservanza dai consociati, di orientarne le condotte<sup>160</sup>. E se l'effettività del precetto e l'effettività della sanzione contribuiscono alla determinazione del grado complessivo di effettività della norma penale, non può affermarsi una piena compensazione tra le due. Difatti una norma che sia raramente osservata ma la cui trasgressione sia regolarmente sanzionata non può essere paragonata, in termini di efficacia, a quella il cui precetto sia generalmente osservato dai destinatari. Contrariamente a quanto si ritiene, il senso primario delle norme non è repressivo bensì, in prima istanza, cognitivo e orientativo; le norme sono fatte dunque per indirizzare le azioni e non per restringerle<sup>161</sup>. Se il dovere giuridico, come pretesa di comportamento conforme, preesiste alla messa in campo della sanzione, allora si può ritenere esistente un momento normativo «che cammina sulle gambe dei soggetti coinvolti» e che non può essere legato unicamente alla possibilità della sanzione<sup>162</sup>.

Dunque, l'effettività della norma penale, in tal senso intesa, porta con sé la riscoperta dell'importanza centrale del destinatario del precetto e, con esso, del fine "intermedio" della norma penale: l'obbedienza. Come è stato

---

la situazione di dovere perseguita: in altri termini, sulla capacità delle norme penali di ottenere l'osservanza dai consociati, di orientare le condotte. Questa esigenza di effettività si indirizza al legislatore, al modo in cui le norme penali sono confezionate e dunque alla loro attitudine a tutelare beni giuridici: costituisce l'"a priori" di un sistema penale *ad effectum relatum*.», C.E. PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 430 ss.; v. anche ID., *Il principio di effettività nel diritto penale*, Napoli, 2011. Afferma la necessità di una valorizzazione del principio di effettività anche F. PALAZZO, F. VIGANÒ, *Diritto penale. Una conversazione*, cit., 161 ss.

<sup>160</sup> Esigenza di effettività che si indirizza al legislatore, dovendo rappresentare l'"a priori" di un sistema penale *ad effectum relatum* che si sostanzia nell'idoneità della norma, assunta come mezzo, a perseguire lo scopo di tutela prefisso dal legislatore, attraverso l'adesione dei consociati alla norma di comportamento in essa descritta. V. C.E. PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale*, cit., 509.

<sup>161</sup> V., S. NATOLI, *Il rischio di fidarsi*, Bologna, 2016, 107.

<sup>162</sup> T. GRECO, *La legge della fiducia*, cit., 89.

efficacemente sottolineato, il tema dell'obbedienza, e cioè il punto di vista del destinatario del comando che ad esso aderisce, è nel diritto penale un ambito di ricerca del tutto negletto. La norma penale, infatti, è fisiologicamente patologica<sup>163</sup>, cioè si occupa unicamente della sua trasgressione; entra in gioco unicamente laddove sia violata, e non si preoccupa dell'adesione al comando. Dunque, nel diritto penale, lo studio delle ragioni per cui la norma viene obbedita o trasgredita sono relegate nell'ambito della prevenzione generale e, più in grande, della politica criminale<sup>164</sup>.

Estratta tuttavia dalla prevenzione generale, da quel contesto *ante norma* in cui da sempre si trova relegata – perché la fisiologia della norma penale è di per sé patologica –, il fine dell'obbedienza valorizza il rapporto della fattispecie con il suo destinatario, lasciando scoperti i gangli vitali del funzionamento normologico.

L'accertamento e la valutazione del grado di effettività delle norme penali concorrono, secondo taluno, alla loro legittimazione. I costi, umani ed economici, che la giustizia penale deve affrontare per il perseguimento di utilità «sono legittimamente sostenibili solo a condizione che siano giustificati»; e sono giustificati solo in quanto si possa verificare, seppur con tutti i limiti di una simile indagine, che «le norme producano risultati effettivi nel loro intento di modificare la realtà»<sup>165</sup>.

La valorizzazione del principio di effettività nell'economia della norma penale, non può che portare, dunque, in un'ottica preventiva, ad una valorizzazione della funzione comando della fattispecie e alla riassunzione di un ruolo centrale da parte del precetto, il quale, almeno in parte, prescinde dalla componente sanzionatoria. In tal senso vi è chi sostiene che, anche nel diritto penale, gran parte della dimensione preventiva consista

---

<sup>163</sup> F. GIUNTA, *Introduzione*, in *Gli "obbedienti" di Natalino Irti: una lettura penalistica*, in *disCrimen*, 27 dicembre 2021, 4.

<sup>164</sup> F. GIUNTA, *Introduzione*, cit., 4.

<sup>165</sup> F. PALAZZO, F. VIGANÒ, *Diritto penale. Una conversazione*, cit., 164.

proprio nel suo significato comunicativo, e che la sanzione corrisponderebbe ad una componente di rinforzo del precetto e non, di per sé, l'elemento caratterizzante il disvalore del fatto<sup>166</sup>.

La (ri)scoperta dell'autonomia del momento precettivo rispetto a quello sanzionatorio, chiama in causa una necessaria valorizzazione del punto di vista del destinatario del comando, che, come è evidente, svolge un ruolo di prim'ordine nel rapporto tra comandante e comandato qualora venga meno o si indebolisca la componente sanzionatoria della norma<sup>167</sup>. In questo senso, notevoli spunti di riflessione possono provenire dagli studi nati dall'interazione tra le materie giuridiche e quelle più prettamente sociologiche – e finanche psicologiche –, che indagano le ragioni ultime per le quali i destinatari si conformano ai comandi<sup>168</sup>.

Premesso ciò, occorre ricordare che v'è sempre una tendenziale omogeneità strutturale tra la forma del potere e la forma del diritto. Il mezzo

---

<sup>166</sup> L. EUSEBI, *La pena in crisi. Il recente dibattito sulla funzione della pena*, Brescia, 1990, 47, secondo cui «il cardine nell'efficacia motivazionale del precetto penale deve essere spostata dalla sanzione al precetto, e deve pertanto considerarsi incentrato sulla funzione di orientamento comportamentale proprio della previsione come reato di una determinata condotta, previsione che di quest'ultima rappresenta indubbiamente, nel contesto *laico* della organizzazione sociale, la forma più autorevole di dequalificazione». Sul punto si rimanda a quanto detto nel Cap 1, par. 1 in ordine al rapporto con la funzione di prevenzione generale di carattere positivo svolta dalla fattispecie.

Sulla funzione rafforzativa del precetto svolta dalla sanzione, e che prescinde dalla sua componente afflittiva, v. N. BOBBIO, voce *Sanzione*, in *Noviss. Dig. it.*, XVI, 1969, 530, il quale la definisce come «il termine usato nella teoria generale del diritto e nelle discipline giuridiche particolari, per indicare alcune misure predisposte dallo stesso ordinamento giuridico per rafforzare l'osservanza delle proprie norme ed eventualmente per porre rimedio agli effetti dell'inosservanza»; tant'è che l'illustre giurista riconduce al concetto di sanzione anche le conseguenze positive, quali i premi.

<sup>167</sup> La (ri)messa al centro del fenomeno giuridico dei destinatari dei precetti, delle persone, è considerato anche il carattere peculiare del movimento c.d. "*legal design*", movimento che tenta di aggiornare la funzione del diritto «in una società multi-etnica, in trasformazione e con un sovraccarico cognitivo senza precedenti».

<sup>168</sup> T.R. TYLER, *Why People Obey the Law*, cit., nel quale si analizza il fenomeno del comando dal punto di vista del suo destinatario. Come messo in evidenza da T. GRECO, *La legge della fiducia*, cit., una compiuta analisi delle condizioni di efficacia della norma, renderebbe necessario il confronto non solo con le molteplici teorie dell'ordinamento giuridico e dell'obbedienza, ma anche con un'ampia quantità di teorie filosofiche, sociologiche e psicologiche. Sul punto v. anche L. COMINELLI, *Cognizione del diritto. Per una sociologia cognitiva dell'agire giuridico*, Milano, 2015.

con cui l'adesione ai precetti viene garantita, cioè, cambia in ragione del contesto storico e sociale<sup>169</sup>.

Nel mondo moderno l'azione punitiva è monopolio dello Stato, unico detentore della forza, del potere di imporre precetti e minacciare sanzioni. Il comando, e con esso l'atto del comandare, è da sempre legata, quantomeno negli Stati moderni, all'espressione di una volontà. Sia che essa assuma la forma del linguaggio<sup>170</sup>, sia che essa si esprima per il tramite di simboli "significanti", la volontà del comandare trova nel destinatario del comando un necessario polo della sua stessa struttura. Deve necessariamente esserci qualcuno che comanda e qualcuno che, comprendendo l'atto di comando, scelga di obbedirvi o meno.

La crisi delle forme giuridiche ha rotto la correlazione tra atto imperativo e atto interpretativo – da parte di chi ascolta. Il comando non viene interpretato, non può esserlo, dal destinatario perché «chi parla e chi ascolta non si ritrovano e riconoscono nell'unità di una lingua»<sup>171</sup>, che non è solo linguaggio, ma anche valori. Non è applicata – o applicabile – perché, come già detto, l'applicare presuppone la comprensione di cosa è richiesto di fare o non fare. È evidente come la riscoperta del valore dell'obbedienza quale momento cui riconoscere piena cittadinanza all'interno della struttura normativa, e con essa la valorizzazione del profilo di effettività quale capacità della norma di orientare il comportamento dei cittadini prima e a

---

<sup>169</sup> M. FOUCAULT, *La società disciplinare in crisi*, in *Discipline, poteri, verità. Detti e scritti 1970-1984* (a cura di M. Bertani, V. Zini), Bologna, 2021, 104. Il riferimento non può che essere ad uno dei più illustri studiosi del potere, Michel Foucault. Lo studio che tale autore conduce intorno al concetto di potere si distingue da quello retrostante alla teoria classica del potere non tanto per l'oggetto, che rimane il medesimo, bensì per il punto di osservazione utilizzato. Foucault, difatti, non analizza il potere a partire dalla sua fonte, discorrendo dunque della sua origine, legittimità e limiti, ma si concentra sulle tecniche – tecnologie – del potere; studiando cioè in che modo il potere domina e si fa obbedire.

<sup>170</sup> REICHENBACH, *La nascita della filosofia scientifica*, cit., 274, secondo cui «La risposta affermativa a una direttiva è costituita, non da un'affermazione conoscitiva, ma da un'ulteriore volizione, espressa con parole indicanti che l'ascoltatore condivide»; un'espressione (linguistica per l'autore) indirizzata ad altri «per far loro fare qualcosa che si desidera sia fatto o per impedire loro di fare qualcosa che si desidera non sia fatto», *ivi*, 271.

<sup>171</sup> N. IRTI, *Viaggio tra gli obbedienti*, cit., 38.

prescindere dalla sanzione, sia inscindibilmente legata all'esistenza di una legislazione chiara e vicina al cittadino. Vi è infatti un filo invisibile che lega l'azione dei governanti con quella dei governati e, dunque, la forma e il contenuto delle norme con il grado di osservanza dei comportamenti ivi prescritti. Tanto più una norma sarà chiara, nella sua formale formulazione e nel suo contenuto di tutela, tanto più ci si può aspettare che essa sia seguita dai cittadini; al contrario «l'imprevedibilità dei comportamenti normativi indebolisce la consistenza e la credibilità della legge» con la conseguenza che «la società avverte sempre meno il senso e l'obbligatorietà del diritto»<sup>172</sup>.

---

<sup>172</sup> G. FATELLI, *Il desiderio della legge*, Roma, 1999, 123.

## CAPITOLO III

### **Dal comando alla richiesta di *compliance*. Verso nuovi modelli di integrazione tra la *funzione* e la *struttura* del precetto penale**

SOMMARIO      1. La crisi della *struttura-comando* nella norma penale. – 1.1. Dalla *struttura-comando* alla *compliance*. – 1.2. La circolarità del rapporto tra precetto e sanzione. – 2. La non punibilità: da luogo dell'eccezione a scopo della norma. – 2.1. Il diritto premiale come diritto esortativo. – 3. L'evoluzione delle pene prescrittive e l'emersione della *compliance* successiva alla violazione. – 3.1. Ipotesi applicative: la tutela ingiunzionale nel diritto ambientale. – 3.2. (*segue*) Gli incentivi alla segnalazione della crisi di impresa. – 3.3. (*segue*) La vocazione premiale e preventiva del "sistema 231". – 4. La valorizzazione del *post fatto* oltre il modello del delitto riparato. – 5. Quale futuro per il comando penale? Struttura "debole" per una funzione "forte".

#### **1. La crisi della *struttura-comando* nella norma penale**

Come si è detto, il modello del comando – *Command and Control* – che sta dietro alla costruzione tipica della norma penale è il più antico e tuttora diffuso paradigma normativo. Esso si sostanzia nell'imposizione di precetti alla cui violazione viene associato un meccanismo sanzionatorio, a carattere negativo. Si tratta, in definitiva, dell'imposizione di standard comportamentali – siano essi formalizzati nella forma del comando positivo ovvero del divieto – ai quali è associato un meccanismo di minaccia di una sanzione che svolge la funzione di disincentivare dal comportamento descritto nella norma. Come si è già messo in evidenza, delineate le caratteristiche del modello incentrato sul comando (e sul controllo) appare chiaro come, tradizionalmente, il diritto penale ne rappresenti l'archetipo.

Il modello imperniato sul comando ha nel tempo attratto su di sé numerose critiche, le quali, muovendo dalla consapevolezza dei numerosi fattori di crisi che ne hanno intaccato la funzionalità, hanno portato alla regressione del modello stesso e la sostituzione di questo quale principale strumento di regolazione sociale.

Le cause della crisi del modello sono molteplici.

In primo luogo, la fissità del contenuto precettivo che si scontra con la progressiva complessità delle situazioni fattuali. La norma di comando, per come tradizionalmente concepita, è generale e astratta e si rivolge cioè ad una generalità di soggetti. Essa impone *standard* statici e rivolti a tutti i consociati. L'attuale assetto della società, tuttavia, impone una continua e crescente differenziazione dei soggetti: così, la norma finisce per concretizzarsi in paradigmi di condotta, *panel* comportamentali che corrono il rischio di apparire troppo gravosi per taluni e troppo laschi per altri. Inoltre, lo scopo della norma può talvolta essere raggiunto solo attraverso l'interazione tra differenti soggetti, ciascuno chiamato ad attuare un segmento specifico di condotta destinato a confluire in un più generale quadro comportamentale realizzabile unicamente per il mezzo del coinvolgimento di numerosi destinatari.

Alla "genericità" del precetto si accompagna, poi, la sua fissità. Il legislatore impiega una certa quantità di tempo per comprendere quali siano le mutate esigenze che occorre regolare, e ancor di più nel ricercare il modo con cui intervenire. Con ciò si scontra l'estremo dinamismo della società postmoderna, i cui tempi sono inarrestabili: le esigenze mutano prima che possano essere racchiuse all'interno di una norma che le regoli.

Ancora, il meccanismo legato al comando richiede numerosi sforzi, anche economici, per la sua attuazione. L'effettività della norma-comando, sebbene non dipenda unicamente dall'applicazione della sanzione, è tuttavia strettamente connessa all'ampiezza dei meccanismi di *enforcement* che possono essere messi a sua disposizione, la cui inefficacia comporta il rischio della perdita di valore del momento "validante" la componente precettiva, con le note ricadute in tema di credibilità del sistema e di prevenzione generale.

La messa in crisi del modello della struttura-comando, e dunque l'abbandono delle componenti più rigide in luogo di forme di orientamento più

leggere, se è fenomeno largamente diffuso in altri settori dell'ordinamento, nel diritto penale emerge quale tendenza minima e del tutto surrettizia; i principi che regolano la materia – in primo luogo il *nullum crimen sine poena* – lo impedirebbero e non potrebbe certamente immaginarsi un diritto penale che rinunci alla propria componente sanzionatoria.

Tuttavia, vi sono settori nei quali appare chiara la tendenza a favorire una conformazione, un'obbedienza spontanea al precetto favorendola anche al costo di rinunciare ad una sanzione che sarebbe dovuta. Anche il comando penale, dunque, risente di quella tendenza, comune a tutto il fenomeno giuridico, ad accentuare le valenze comunicative, rendendosi prodotto "aperto" che si declina secondo una logica della possibilità, piuttosto che del dovere.

Come si è detto, al suo interno gli aspetti precettivi del comando sono strettamente legati tra loro; nondimeno, il rapporto di interdipendenza tra comando, sua violazione, e sanzione, comincia a vacillare sotto il peso di fattori che influenzano entrambi i poli del binomio. Da una parte, v'è l'impossibilità in molti settori per la norma penale di racchiudere integralmente il precetto, che comporta la sua polverizzazione, il rinvio a discipline concrete, specifiche e di successiva e variabile individuazione ad opera di autorità amministrative o tecniche. Dall'altra parte, la norma penale, pur rimanendo strutturata allo stesso modo, non mira più, almeno in primo luogo, a sanzionare la violazione bensì ad ottenere la conformazione alle regole, positive, dettate altrove, talvolta anche dopo la sua violazione.

Seppur limitatamente ad alcuni specifici ambiti, a carattere altamente tecnico, anche nel diritto penale si assiste ad una crisi di entrambi questi contenuti, sia nella loro individualità che nel reciproco rapportarsi. Un mutamento che si riflette, dunque, sulla struttura della norma penale e sul suo funzionamento.

I due poli trainano in direzioni talvolta opposte.

Da una parte al precetto è richiesto di accentuare le proprie componenti tecniche e specifiche, per rispondere adeguatamente alle esigenze di determinatezza fattesi sempre più impellenti per la crescente complessità che la norma è chiamata a regolare; da qui la fuga della fattispecie dal codice - e suo il mancato ritorno - verso luoghi dove poter incontrare e dialogare con la legislazione amministrativa; ma anche fuga del precetto che, abbandonando la fattispecie si spalma sul procedimento.

Dall'altra parte si pone la trasformazione del ruolo della sanzione e il crescente utilizzo di istituti a carattere premiale, o di vero e proprio diritto negoziato all'interno del processo. L'eterogeneo utilizzo della sanzione che, da ineludibile conseguenza della colpevole violazione del precetto diventa talvolta meccanismo di incentivazione, moneta spendibile per l'ottenimento di comportamenti secondari, diversi e successivi.

Lo scenario della mutazione del precetto e della sanzione si intreccia, e in parte determina, quello della modificazione del comando quale tradizionale forma di orientamento normativo del comportamento, inscindibilmente legato alla presenza di una formula prescrittiva e di una sanzione.

Dal meccanismo del *command and control* basato sulla prescrizione vincolante di tenere - o, nel caso del diritto penale, astenersi da - una certa condotta, corredata dal controllo sull'adesione o meno a tale obbligo alla cui violazione seguirà la sanzione, si vira su quello della *compliance* che mira ad incentivare la spontanea adesione al precetto per mezzo di meccanismi diversi e ulteriori rispetto alla sola prospettazione di una sanzione.

### **1.1. Dalla struttura-comando alla compliance**

Dopo avere analizzato la funzione comando della norma penale e, in seguito, la struttura (comando) alla quale essa è da sempre stata affidata, si è passati poi a rilevare come le due accezioni del comando non siano più oggi in perfetta sintonia. Non tanto perché la norma penale non sia più

strutturata (o strutturabile) come comando, bensì perché il lineare rapporto *precetto-violazione-sanzione* risulta talvolta – sebbene solo in alcuni campi – inadeguato nel rispetto delle garanzie che, come si è detto, rappresentano il substrato assiologico della funzione comando.

Riprendendo le riflessioni intraprese nel secondo capitolo con riguardo ai mezzi di espressione del potere<sup>1</sup>, potrebbe avanzarsi l'idea che il mutamento dei caratteri della fattispecie, dalla forma dei suoi elementi precettivi al meccanismo di funzionamento e dunque alla pena, possano ricollegarsi, anche solo parzialmente, al mutamento delle forme di potere. Modifica a sua volta riconducibile a quella che investe continuamente, nel fluire della storia, le società<sup>2</sup>. Vi è dunque una precisa correlazione tra l'emersione di forme di normatività morbida e l'indebolimento delle capacità prescrittive del diritto: quando il diritto rinuncia alle sanzioni esso necessita di altri mezzi di radicamento e sviluppa modalità capacità differenti.

L'emersione di nuove forme di normatività sembra condurre verso una torsione del paradigma giuridico che dalla validità, intesa quale legittimità della fonte di produzione della norma, si dirige sempre più verso quello dell'effettività. Effettività intesa non solo come verifica empirica dell'effettivo rispetto del comando posto, implicante dunque lo studio dei meccanismi di *enforcement* delle regole; il problema non è più quello di indurre con mezzi coercitivi l'adesione a un imperativo o a una norma, bensì predisporre le condizioni che portano il soggetto a conformarsi spontaneamente al precetto. È proprio in tale differenza di rapporto tra precetto e destinatario che risiede la distinzione tra obbedienza e *compliance*.

Il fine è l'obbedienza, ma essa è garantita non più per mezzo del timore determinato dalla minaccia della sanzione, bensì attraverso la predisposizione di strumenti che portino ad un'adesione che sia determinata da

---

<sup>1</sup> V. Cap. 2, par. 4.

<sup>2</sup> Già il passaggio dalla pena di morte alla pena carceraria, con il suo successo storico, è ricollegabile al «progresso delle idee e al mutamento dei costumi», v. D. PULITANÒ, *Il penale tra teoria e politica*, in *Sistema penale*, 9 novembre 2020, 3.

differenti fattori. Primo fra tutti la componente di influenza che, la stessa presenza di un precetto chiaro, concreto ed individuale, svolge sul destinatario.

L'evoluzione del sistema in tal senso pone la questione della natura di un simile procedimento di costruzione normativa, sul ruolo della sua forza coercitiva, e investe, infine, l'essenza stessa della norma penale, almeno nella sua dimensione tradizionale<sup>3</sup>. Un diritto «che reagisce prontamente ad esigenze non di rado contingenti» e che si colloca «all'interno di un sistema, cioè, caratterizzato dall'accavallamento delle gerarchie o addirittura dal loro venir del tutto meno, ove “la logica gerarchica del comando cede il passo a logiche *orizzontali* [...] o comunque di tipo comunicativo e *dialogico*”»<sup>4</sup>.

Scolorendo le componenti direttamente sanzionatorie, legate al puro esercizio della forza, si rinvigoriscono le caratteristiche legate all'ambizione del diritto di poter motivare, prima che attuare<sup>5</sup>.

Preliminare e necessaria appare la distinzione delle possibili accezioni con cui si fa riferimento al termine *compliance*, in special modo nel campo punitivo. La categoria in esame trova il maggiore approfondimento nell'ambito degli studi riguardanti il ruolo ricoperto dalle persone giuridiche nel campo della regolazione. Sotto questo primo profilo il fenomeno viene affrontato nella dimensione della delega agli stessi di meccanismi di adeguamento alle prescrizioni poste dall'ordinamento; l'analisi dei criteri di legittimità dell'intervento normativo consente infatti di porre in luce la

---

<sup>3</sup> S. MANACORDA, *La dinamica dei programmi di compliance aziendale*, cit.

<sup>4</sup> Così A. BERNARDI, *Sui rapporti tra diritto penale e soft law*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 543 che nella parte riportata tra virgolette cita M. VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, 2007, 274, 275.

<sup>5</sup> Evidenzia come la legalità sia «una partita continua che si gioca intorno alla capacità di motivazione che [...] dovrebbe risultare propria delle norme: così da rendersi ragionevole che il diritto, invece di vedervi un inciampo, *promuova* adesioni attraverso il consenso di obbedienti attivi, in quanto è solo quel tipo di adesioni che risulta solido nel tempo e non soltanto strumentale e contingente», L. EUSEBI, *L'obbedienza come valore*, in *Gli “obbedienti” di Natalino Irti: una lettura penalistica*, in *disCrimen*, 27 dicembre 2021, 10.

specificità del fenomeno, consistente nel ruolo chiave accordato agli attori privati.

L'analisi dei meccanismi di *compliance* penalistica o punitiva fa emergere una dinamica normativa nella quale i privati (le imprese in particolare) sono al tempo stesso fonte della norma e suoi destinatari, mentre allo Stato rimane il ruolo di «regolatore dell'autoregolazione»<sup>6</sup>, giungendo ad un cambio di paradigma della struttura dell'intervento punitivo. Mentre nel modello tradizionale il comando e il controllo sono momenti funzioni affidate allo Stato, il fenomeno della *compliance* conduce «all'imposizione di un obbligo o alla previsione di un onere di fonte statale a carico dell'impresa affinché essa si organizzi in maniera virtuosa al fine di prevenire il rischio di reati, mediante una delega della regolamentazione sanzionatoria e della sua attuazione»<sup>7</sup>.

La richiesta di adottare regole interne dirette alla prevenzione del rischio-reato promana dalle autorità legislative o giudiziarie e la circostanza per cui l'impresa si conforma a una simile richiesta fa di questa un soggetto potenzialmente virtuoso che merita un trattamento meno severo in caso di violazioni. Il fatto invece che essa se ne distacchi conduce alla minaccia dell'irrogazione di sanzioni che possono essere evitate o limitate soltanto ammettendo la responsabilità e attuando modelli di *compliance* più severi.

Questo primo inquadramento del fenomeno della *compliance* si concentra dunque sulle fonti, sul ruolo assunto dagli "agenti privati economici" (imprese) nel campo della regolazione e sul posizionamento dello Stato rispetto a tale fenomeno. Esso, evidentemente, si intreccia con il tema dell'autonormazione e del ruolo delle fonti private.

Tuttavia, il fenomeno può essere analizzato anche da differenti punti di osservazione. *Compliance* è infatti un termine polisenso, polivalente; ed è

---

<sup>6</sup> S. MANACORDA, *La dinamica dei programmi di compliance aziendale*, cit., 477

<sup>7</sup> S. MANACORDA, *La dinamica dei programmi di compliance aziendale*, cit., 476.

proprio a questa sua flessibilità e ambiguità semantica, in grado di accogliere le tante anime che in essa convivono, che deve probabilmente il suo successo<sup>8</sup>. Assumendo un punto di osservazione differente, che prescindendo dai “luoghi applicativi” dei modelli di *compliance* per concentrarsi piuttosto sullo studio della stessa quale mezzo di orientamento normativo, il termine rivela la sua anima multiforme, in grado di scardinare i più tradizionali paradigmi normativi.

In tale prospettiva il termine, che pur letteralmente sarebbe traducibile come *conformità*, non si limita ad indicare l’obiettivo che ogni ordinamento persegue attraverso la predisposizione di norme. Così intendendolo, infatti, il modello non si distinguerebbe in alcun modo da quello tradizionalmente incentrato sulla struttura del comando. Al contrario la *compliance* guarda al mezzo con cui tale conformità viene raggiunta, presentandosi come paradigma alternativo di costruzione della norma giuridica e di strutturazione dei sistemi normativi, volti ad orientare le condotte dei consociati<sup>9</sup>.

Il termine, in questo senso, fa riferimento ad un’adesione spontanea, o ottenuta per il tramite di meccanismi diversi rispetto a quelli sui quali si fondano tradizionalmente le norme. Il mezzo, dunque è diverso da quello proprio del “comando”, che implica invece la minaccia di una conseguenza negativa: la sanzione. Ed è proprio in questa diversa strutturazione del mezzo, che si inserisce il problematico rapporto che si viene ad instaurare, all’interno della norma penale, tra precetto e sanzione.

In quest’ottica appare evidente come si venga a creare una dissociazione tra mezzo e funzione. La funzione di orientamento comportamentale affidata alla norma viene infatti perseguita con un mezzo diverso da quello dello stretto comando; o per meglio dire, essa non si conclude nel

---

<sup>8</sup> G. M. G. PRESTI, *What We Talk About When We Talk About Compliance*, in S. Manacorda, F. Centonze, *Corporate Compliance on a Global Scale. Legitimacy and Effectiveness*, 25 ss.

<sup>9</sup> Cfr. sul punto, V. MONGILLO, *Presente e futuro della compliance penale. Riflessioni a margine di Stefano Manacorda e Francesco Centonze (a cura di)*, *Corporate Compliance on a Global Scale. Legitimacy and Effectiveness*, 2022, in *Sistema penale*, 11 gennaio 2022.

momento in cui il precetto posto venga violato ma si rinnova attraverso meccanismi più flebili che, tuttavia, non abbandonano il proposito della norma di orientare il comportamento altrui.

## **1.2. La circolarità del rapporto tra precetto e sanzione**

Nel passaggio dal paradigma del comando a quello della *compliance* si opera una frattura in quella sequenza logica che dal precetto, passando per la violazione, porta fino alla sanzione. Non è tanto l'eliminazione del meccanismo sanzionatorio, che sarebbe peraltro impossibile da immaginare per il diritto penale, a caratterizzare il modello in oggetto. L'affievolimento del carattere imperativo della norma non passa, infatti, necessariamente dall'eliminazione della sanzione; è piuttosto il "meccanica" della norma a variare. Le sue componenti, sebbene rimangano le stesse, subiscono una torsione che porta al mutamento della struttura della norma stessa.

Come si cercherà di mettere in evidenza attraverso l'analisi di alcune specifiche discipline, il rapporto tra fattispecie e pena si modifica non solo in termini di struttura, ma anche con riferimento alla funzione che il precetto prima, e la pena poi, svolgono all'interno dell'economia della norma e del loro rapporto con il destinatario. In primo luogo, come si vedrà, il rapporto *fattispecie-violazione-pena*, non assume più i tratti dell'ineluttabilità ma viene intervallato da istituti a carattere premiale che rivestono, in quest'ottica, una funzione esortativa.

Talvolta, il momento della violazione, e della sua (mancata) sanzione rappresenta un nuovo momento precettivo, maggiormente individualizzato, in un circolo continuo tra precetto e sanzione che rimanda indiscutibilmente alla struttura della *compliance*. La previsione di meccanismi riparatori già dal momento in cui la norma è pensata fa sì che essa sia progettata per non essere sanzionata; la progettazione della non attuazione della pena

in luogo di una riparazione del danno e dell'offesa accresce, infatti, «l'evoluzione dialogica nel rapporto tra precetto e sanzione che già è implicita nella cultura della *compliance*»<sup>10</sup>. La pena è in questi casi, dunque, il fallimento della norma, non la sua "fisiologica" realizzazione<sup>11</sup>. Ci si avvicina così al modello di *Responsive Regulation* riproducendone, tuttavia, la struttura all'interno della stessa norma penale. Si rinviene infatti una gradualità interna alla stessa norma penale, che dal precetto non conduce alla sanzione ma si articola in una scalarità che implica la riproposizione del precetto violato, affiancato da meccanismi di influenza che inducono all'osservanza dello stesso. La sanzione non viene meno, ma si staglia sullo sfondo quale conseguenza ultima della reiterazione di comportamenti inosservanti.

Dunque, la struttura e, con essa, la funzione della norma sembrano modificarsi. Si modifica il mezzo<sup>12</sup> – comando inteso come minaccia di una conseguenza – e si modifica il ruolo svolto dalla norma stessa nella sua componente orientativa. La funzione di controllo sociale non si risolve più nel rapporto tra comando e sanzione.

Un simile approccio sembra riportare in primo piano il ruolo centrale svolto dalla politica criminale, la quale, come è stato affermato, dovrebbe essere riscoperta e alimentata come ruolo di progettazione della gestione del problema criminologico prima e penale poi<sup>13</sup>. In tal senso si pone rimedio

---

<sup>10</sup> M. DONINI, *Compliance, negozialità e riparazione dell'offesa nei reati economici. Il delitto riparato oltre la restorative justice*, in *La pena, ancora: tra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, a cura di C.E. Paliero, F. Viganò, F. Basile, G.L. Gatta, Torino, 2018 592.

<sup>11</sup> M. DONINI, *Compliance, negozialità e riparazione dell'offesa nei reati economici*, cit., 593.

<sup>12</sup> S. MANACORDA, *La dinamica dei programmi di compliance aziendale*, cit., 473 «Il rischio per l'ente collettivo di incorrere nella pena rappresenta la leva motivazionale più significativa su cui poggia l'efficacia dell'intero meccanismo ascrittivo, sebbene oggi appaia – ma l'analisi su questo punto meriterebbe di essere ulteriormente approfondita – che l'obbedienza alle regole di *compliance*, più che al carattere severo e rigido della minaccia, sia da riconnettersi alla natura esortativa, di *moral suasion*, che fonda i codici di condotta e che si traduce in comportamenti virtuosi messi in atto dal *corporate management*, come numerosi studi di sociologia, psicologia e psichiatria negli Stati Uniti e in Germania sottolineano.»

<sup>13</sup> L. EUSEBI, *Senza politica criminale non può darsi diritto penale. L'essere e il dover essere della risposta ai reati nel pensiero di Massimo Pavarini*, in *Criminalia*, 2015, 467 ss., il quale auspica un re-inquadramento del ruolo svolto dai sistemi penali, nell'idea, sostenuta da M. PAVARINI, *Governare la penalità. Struttura sociale, processi decisionali e discorsi pubblici sulla pena*, in

all'idea che il compito affidato dal diritto penale di prevenire la criminalità passi unicamente per mezzo della sanzione, valorizzando piuttosto il ruolo che il diritto penale può avere nella progettazione della stessa prevenzione, attività che impone una preliminare presa di distanza dall'aprioristico assunto circa la specifica attitudine preventiva del modello tradizionale<sup>14</sup>.

## 2. La non punibilità: da luogo dell'eccezione a scopo della norma

Come noto, nell'attuale panorama politico-criminale, possono individuarsi due grandi architravi che ordiscono il solaio sul quale si poggia la sanzione penale; essi sono, tra loro, in evidente contraddizione.

Da una parte, infatti, la punizione si rivela essere sempre più «una passione contemporanea»<sup>15</sup>. Il ricorso alla sanzione punitiva rappresenta, in alcuni campi, lo strumento con il quale rispondere alle istanze di sicurezza sulle quale si adagia il dialogo politico nel fomentare le componenti più irrazionali della popolazione. Il fenomeno, come si è visto, è a sua volta alimentato dalla «scoperta della vittima»<sup>16</sup>, ai cui istinti vendicativi è stata messa a servizio la «semplificazione retributiva»<sup>17</sup> dello strumento penale; il punto di osservazione del diritto penale si è a tal punto identificato con quello della vittima, in un'«indebita assimilazione fra *ragione di giustizia* e *ragione di parte*»<sup>18</sup>, che si è giunti al punto di punire *per* la vittima, tradendo così il fine ultimo che accomuna tutti gli ordinamenti giuridici della storia i quali, anche nelle loro declinazioni più afflittive, nascono con la funzione di

---

*Ius*17, 2013, 3, 13 di «restituire la questione criminale agli studiosi delle scienze sociali» contrastando così la «progressiva egemonizzazione della questione criminale da parte di studiosi e operatori della sicurezza e del diritto penale» (p. 471).

<sup>14</sup> Cfr. L. EUSEBI, *Appunti critici su un dogma: prevenzione mediante retribuzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 1157; ID., *Senza politica criminale non può darsi diritto penale*, cit., 472.

<sup>15</sup> D. FASSIN, *Punire. Una passione contemporanea*, Milano, 2018.

<sup>16</sup> G. FORTI, *L'immane concretezza*, cit., 252 ss.

<sup>17</sup> I. MARCHETTI, C. MAZZUCCATO, *La pena 'in castigo'. Un'analisi critica su regole e sanzioni*, cit., 49.

<sup>18</sup> F. SGUBBI, *Diritto penale totale*, Bologna, 2019, 31.

razionalizzare tali istanze e non di accondiscendervi. L'intero concetto di pena, in passato poggiato sul tripode polifunzionale della retribuzione, prevenzione generale e speciale<sup>19</sup>, si è fatto invece modello *poliedrico*<sup>20</sup>. Alle redistribuzioni interne degli originari elementi di cui essa era composta, che si sono sostanziate nella perdita di vigore della componente retributiva in favore di un allargamento di quella della prevenzione generale a carattere positivo, ha fatto seguito, infatti, la contaminazione delle componenti punitive con componenti provenienti da altri settori sanzionatori. Il riferimento è al crescente numero di obblighi ripristinatori o reintegratori che affiancano le componenti punitive quali conseguenze del reato, e che pongono talvolta non pochi problemi in punto di violazione del *ne bis in idem*.

In una direzione opposta sembra andare invece il ruolo ricoperto dalla pena in alcuni campi dell'ordinamento attinti dal diritto penale, nei quali in luogo dell'incremento, quantitativo e qualitativo, dell'utilizzo dello strumento punitivo si assiste piuttosto ad un suo ridimensionamento, sotto forma di riduzione e financo potenziale eliminazione.

La categoria della (non) punibilità<sup>21</sup>, alla quale si fa riferimento, è stata ritenuta, a ragione, terreno di coltura dei più interessanti segnali di evoluzione del diritto punitivo<sup>22</sup>, tanto da aver originato una seria e profonda riflessione sul ruolo ricoperto dalla stessa rispetto alla struttura normativa del reato. L'argomento della non punibilità, anche alla luce della centralità che tale categoria ha assunto, si inserisce nella più generale questione sulla

---

<sup>19</sup> F. ANTOLISEI, *Teoria e realtà della pena*, in Id., *Scritti di diritto penale*, Milano, 1955; G. VASSALLI, *Funzioni e insufficienze della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, 297 ss.

<sup>20</sup> Per una magistrale sintesi del percorso evolutivo del paradigma della pena v. F. PALAZZO, F. VIGANÒ, *Diritto penale. Una conversazione*, cit., 105 ss.

<sup>21</sup> Per un panorama generale sulla punibilità, G. VASSALLI, *Cause di non punibilità*, in *Enc. dir.*, VI, 1960, 609 ss.; T. PADOVANI, "Premio" e "corrispettivo" nella dinamica della punibilità, in *La legislazione premiale*, Milano, 1987, 39 ss.; G. RUGGIERO, *Punibilità*, in *Enc. dir.*, XXXVII, 1988, 1118 ss.; L. STORTONI, *Premesse ad uno studio sulla punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 397 ss.; A. DI MARTINO, *La sequenza infranta*, Milano, 1998; G. DE FRANCESCO, *Punibilità*, Torino, 2016.

<sup>22</sup> In tal senso, v. C. PIERGALLINI, *Pene "private" e prevenzione penale: anticresi o sincrasi?*, in C.E. Paliero, F. Viganò, F. Basile, G.L. Gatta (a cura di), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Milano, 2018

possibilità della scissione tra precetto e sanzione.

L'indagine in ordine all'ammissibilità di una simile separazione tra i due principali elementi caratterizzanti il reato è considerata «una delle più importanti della scienza penalistica»<sup>23</sup>, ed è correlata all'ampia e radicale disputa intorno all'indissolubilità della correlazione tra precetto e sanzione e intorno agli stessi caratteri della norma giuridica. Come si è già detto, infatti, nella teorica kelseniana della norma il carattere giuridico della stessa è affidato *in toto* alla presenza della sanzione, senza la quale essa perderebbe il proprio carattere giuridico. Il problema si fa ancor più ostico quando si tratti della norma penale, cioè della fattispecie, «di cui altra caratterizzazione non sembra possibile se non quella che deriva dalla previsione nei confronti dell'illecito di una specifica sanzione, la pena»<sup>24</sup>.

Nondimeno, e prescindendo dal ruolo che alla categoria della punibilità debba assegnarsi all'interno della teoria del reato<sup>25</sup>, è indubbio che il

---

<sup>23</sup> G. VASSALLI, Voce *Cause di non punibilità*, cit., 612 ss.

<sup>24</sup> Sottolinea G. VASSALLI, Voce *Cause di non punibilità*, cit., come in quest'ottica ben diversamente si atteggiano le critiche alla categoria della non punibilità rispetto a quelle mosse alla nozione delle condizioni obiettive di punibilità. Dopo aver messo in luce come queste ultime siano, al pari delle cause estintive della responsabilità penale, un istituto attinente esclusivamente alla punibilità, egli evidenzia come possano esistere precetti penali perfettamente validi anche quando la sanzione sia subordinata alla verifica di un evento futuro e incerto, mentre non sarebbe concepibile riconoscere un precetto penale là dove sia a priori escluso, sin dal momento in cui l'ipotetico precetto è posto, che la persona possa incorrere nella sanzione.

<sup>25</sup> Le concezioni che tentano di inserire la dimensione della punizione all'interno della teoria del reato possono essere suddivise in due filoni. Il primo ritiene che rispetto i requisiti della tipicità, antigiuridicità e colpevolezza debbano essere integrati da componenti di apprezzamento "assiologico", coincidenti con la meritevolezza o il bisogno di pena. Tra tutti, v. C. ROXIN, *Antigiuridicità e cause di giustificazione*, Napoli, 1996, 112 ss. La posizione è criticata da coloro i quali sottolineano come i suddetti parametri essendo alla base delle stesse scelte di criminalizzazione e rappresentando le 'ragioni' del punire, difficilmente potrebbero configurarsi anche come elementi della struttura del reato. Sul punto v. M. ROMANO, "Meritevolezza di pena", "bisogno di pena" e teoria del reato, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 42 ss.

Diversamente, la seconda impostazione è incline a concepire la punibilità *tout court* come vero e proprio quarto elemento del reato, ponendolo in correlazione diretta con le condizioni alle quali l'ordinamento subordina le proprie scelte circa l'ingresso (o la fuoriuscita) di quella valutazione finale, sebbene non ulteriormente qualificata (come invece accade con la prima teoria). In questa prospettiva la pena minacciata sarebbe "valida ma inefficace", nel senso che essa si applica unicamente qualora, ad un fatto tipico, antigiuridico e colpevole, si aggiungano ulteriori condizioni destinate a creare uno spazio per ulteriori

legislatore ne faccia un uso ormai frequente, trattandola alla stregua di un elemento autonomo. Essa è diventata uno strumento tra i «più usati dal legislatore per perseguire i suoi obiettivi politici e sul quale ripone un affidamento probabilmente spesso più convinto di quanto non avvenga con l'abusatissimo ricorso allo strumento sanzionatorio»<sup>26</sup>.

Si assiste, insomma, ad una moltiplicazione dei momenti di “cesura” tra reato e pena, e ad una gestione sempre più libera da parte del legislatore degli iati che si vengono, così, a creare. Già da tempo si registrano nel nostro ordinamento ipotesi, codicistiche ed extra-codicistiche, di valorizzazione del comportamento tenuto dall'agente, dentro e fuori da processo, che condizionano qualitativamente e quantitativamente il momento punitivo. Ad essi si affiancano in modo crescente ipotesi nelle quali al fatto non consegue una sanzione. Di caratura inevitabilmente flessibile, la frattura dell'ideale retributivo, compendiabile nel *nullum crimen sine poena*, fa sì che la punibilità diventi il *locus* privilegiato di tecniche di degradazione.

Secondo taluno, la pervasiva presenza di istituti di non punibilità è ricollegabile al più generale fenomeno della negozialità della sanzione punitiva, che involge e comprende anche il profilo della privatizzazione delle fonti. Nel gioco di sostituzioni della regola privata alla regola pubblica, cui si perviene mediante la crescente privatizzazione e flessibilizzazione del precetto presidiato dalla sanzione penale, si annuncia dunque l'avvento di

---

valutazioni politico-legislative influenti sull'esistenza stessa del reato: ora nel senso di fondarne la punizione, ora nel senso di escluderne la dimensione punitiva. Sul punto v., G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale I*, Milano, 2001, 651 ss.; G. COCCO, *La difesa della punibilità quale elemento autonomo del reato*, in *Scritti in onore di Alfonso Stile*, Napoli, 2013; ID., *La punibilità quarto elemento del reato*, in G. Cocco, E. M. Ambrosetti (a cura di), *Punibilità e pene*, Padova, 2015, 111 ss.

Evidenza G. DE FRANCESCO, *La punibilità*, cit., 4, come entrambe le prospettive condividono «l'intento di 'convogliare' la punibilità all'interno del reato, [...] al fine di evitare che essa possa giocare come una sorta di 'variabile indipendente' – ed affidata al puro arbitrio del legislatore – nel quadro complessivo delle scelte che accompagnano e scandiscono le vicende dell'applicazione della pena».

<sup>26</sup> F. PALAZZO, *La non-punibilità: una buona carta da giocare oculatamente*, in *Sistema penale*, 19 dicembre 2019.

una certa negoziabilità della potestà punitiva<sup>27</sup>, di una “contrattualizzazione” del diritto penale estranea alla tradizione giuridica di molti ordinamenti. Si evidenzia come, la diffusione su scala comparata dei *deferred prosecution agreements/non prosecution agreements* – che mettono fine, negli Stati Uniti e oggi anche nel Regno Unito, a procedimenti penali nei confronti degli enti per mezzo del pagamento di elevatissime somme all’amministrazione – la domanda crescente di *internal investigation* – mediante le quali si delega all’impresa il compito di verificare per conto degli organi inquirenti le violazioni che hanno avuto luogo all’interno della stessa – o, infine, la tecnica del *whistleblower* – oggi ampiamente incoraggiata nel settore pubblico e privato per contrastare fenomeni corruttivi – sembrano costituire indizi di una progressiva trasformazione del diritto penale.

Simili meccanismi sottendono difatti uno scambio pubblico/privato, una delega di poteri tradizionalmente ancorati alla competenza statale e la previsione di un sistema di *rewards and punishments* che rischiano di stravolgere la filosofia tradizionale dell’intervento penale<sup>28</sup>.

Come da tempo sottolineato, il modello fondato sulla pena, sia quello di matrice retribuzionistica pura sia quello preventivo-negativo-retribuzionistica pura o preventivo-negativa, «implodono in un punto: recano entrambi l’impronta della pena, la coazione, l’afflittività e la forza violenta»<sup>29</sup>. Al modello repressivo<sup>30</sup>, sembra affiancarsene invece uno di stampo dialogico-consensuale, fondato su di un più stretto rapporto tra la norma, nella

---

<sup>27</sup> Riconduce la premialità al versante “sostanziale” della negoziabilità, FE. MAZZACUVA, *L’ente premiato. Il diritto punitivo nell’era delle negoziazioni: l’esperienza angloamericana e le prospettive di riforma*, cit., 26.

<sup>28</sup> Sul punto v. F. CENTONZE, *Public-Private Partnerships and Agency Problems: The Use of Incentives*, in *Preventing corporate corruption*, 43 ss.

<sup>29</sup> C. MAZZUCATO, *Giustizia esemplare. Interlocuzione con il precetto penale e spunti di politica criminale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, 409.

<sup>30</sup> Evidenzia C. MAZZUCATO, *Giustizia esemplare. Interlocuzione con il precetto penale e spunti di politica criminale*, cit., 410, come «l’uso della forza, il “mezzo” intimidativo e/o punitivo, la centralità della pena nelle sue modalità afflittive sono il minimo comune denominatore di un primo scenario, all’interno del quale troveremo la retribuzione, la neoretribuzione, la deterrenza e la neutralizzazione (cioè le “vecchie” teorie *assolute* e le compo-

sua componente precettiva, e il destinatario della stessa. In questo secondo scenario, il modello dialogico-consensuale trova il suo perno nel consenso, appunto, del destinatario della norma al suo contenuto comportamentale, in grado così di «innescare dinamiche motivazionali a sostegno di libere scelte conformi».

Riemerge allora il più ampio interrogativo sul rapporto tra diritto penale e consenso, sul ruolo svolto da quest'ultimo rispetto alla fattispecie<sup>31</sup> e a quale «risultato è, nella realtà, funzionale il consenso sviluppato ed elaborato all'interno del circuito normativo»<sup>32</sup>. Se esso deve essere certamente un *input*, cioè rappresentare il fondamento sulla cui base costruire norme giuridiche che tutelino valori condivisi – con funzione, dunque, di legittimazione dell'uso del potere coercitivo –, allo stesso tempo esso deve anche costituire un *output*, e cioè il prodotto del circuito normativo. In quest'ultima accezione la norma penale costituisce «un bacino di canalizzazione di un consenso che giova *ad ulteriori scopi sociali*», identificabile nella «direzione sociale dei comportamenti, per stabilizzare definitivamente i modelli comportamentali tollerati e graditi e indurre *ex novo* i comportamenti ambiti»<sup>33</sup>.

---

nenti *negative* della prevenzione generale e speciale) e, ovviamente, la prevenzione generale *positiva* (come tradizionalmente intesa) che vuole affidare alla pena «un'azione pedagogica sulla società».

<sup>31</sup> Fondamentale sul punto, C. E. PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3, 1992, 849 ss.

<sup>32</sup> C. E. PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, cit., 904.

<sup>33</sup> C. E. PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, cit., 905, il quale fa riferimento al modello elaborato da Lautmann secondo il quale il percorso del consenso all'interno del sistema penale si articolerebbe secondo alcune tappe le quali, partendo dalla messa in luce, per mezzo della pena, dei comportamenti desiderati dall'ordinamento, passando per la creazione di un clima normativo di per mezzo dell'attuazione della norma stessa, conduce fino ad una naturale conformità dei consociati rispetto a quanto prescritto nella norma. L'Autore, tuttavia, critica ad un simile modello il fatto che «collocandosi in qualsiasi punto del circuito non si può indicare con certezza la *direzione* del consenso (se sia, a quello stadio, 'in entrata', o 'in uscita')», 906. Una riflessione di grande interesse si ritrova in T. GRECO, *La legge della fiducia*, cit., 111, il quale, riprendendo una riflessione del filosofo Alessandro Ferrara, evidenzia come tra essere e dover essere, tra "ciò che è" e "ciò che deve essere" esiste una vera e propria forza che «plasma il nostro mondo», che consiste in «*ciò che è come dovrebbe essere*» e che costituisce propriamente «la forza dell'esempio». A. FERRARA, *La forza dell'esempio. Il paradigma del giudizio*, Milano, 2008, 18. Cfr. anche P. COSTA, *La ragione e i suoi eccessi*, Milano, 2014.

La dialogicità insita in tale modello sembra riflettere i tratti somatici che, come abbiamo visto, caratterizzano le trasformazioni del fenomeno giuridico odierno. Il comando penale segue, con il “ritardo” proprio di una materia così rigidamente ancorata alla tradizionale struttura delle norme, l’affacciarsi sulla scena giuridica di teorie come quella della *responsive regulation*, fondata e al contempo tesa alla valorizzazione del momento regolativo in luogo di quello sanzionatorio<sup>34</sup>, che come noto promuovono la conformità volontaria alle norme.

Tuttavia, se la strutturazione propria della *responsive regulation* è distribuita lungo una piramide ordita sull’interazione tra differenti branche del diritto e differenti tipologie di strumenti normativi, il comando penale sta subendo un mutamento che appare essere interno alla propria struttura; oltre ad aver fatto ingresso all’interno di una “normatività ibrida”, composta da plurime e differenti tipologie normative tra loro intersecantesi, la norma penale sta subendo una trasformazione interna, nelle sue componenti strutturali e nel suo funzionamento.

## **2.1. Il diritto penale premiale come diritto esortativo**

Come si è detto, la categoria della non punibilità rappresenta sicuramente uno dei più innovativi e promettenti campi di ricerca nel quale testare nuovi modi di intendere la normatività penale.

Per quanto essa si presenti, nell’utilizzo che ne viene fatto, come una componente di innovazione nell’attuale ordinamento, la storia del diritto premiale è tuttavia risalente nel tempo. Prima di attraversare la fase della loro “degiuridicizzazione” che, nel medioevo, le ha regalate ad eccezioni sporadiche e disordinate, le misure premiali appartenevano ad un sistema articolato e composito, talvolta più razionale di quello riferito ai meccanismi

---

<sup>34</sup> Per l’analisi del carattere “responsivo” del diritto, quale tratto caratterizzante i nuovi fenomeni della normatività, si rimanda al Cap. 1.

sanzionatorio-punitivi<sup>35</sup>.

Tuttavia, non può non dirsi come l'accezione di premialità cui si fa oggi riferimento si distingue, in parte, da quella originaria, più "pura" e legata all'esistenza di un vero e proprio premio accordato dall'ordinamento a chi tenga un comportamento virtuoso<sup>36</sup>. Al contrario il "diritto penale premiale" fa riferimento alle ipotesi in cui la norma penale incentivi il soggetto, seppur a seguito della sua violazione, a tenere comportamenti contro-offensivi volti al recupero del bene giuridico leso e, come si vedrà, in consonanza con il precetto positivo posto dalla norma stessa; in cambio si prospetta una mitigazione della sanzione o, più radicalmente, la sua esclusione<sup>37</sup>.

È diffuso in dottrina il pensiero secondo cui la logica del premio sia direttamente correlata alla funzione promozionale del diritto. Al sistema strettamente punitivo sarebbe, in questa logica, ricollegata la funzione di tutela "statica" dei beni giuridici, che si esprime per il tramite del limite all'azione umana; al contrario la tecnica del premio sarebbe legata alla funzione promozionale del diritto, quale strumento di sviluppo della società umana che passa per l'incentivazione di comportamenti attivi, positivi.

---

<sup>35</sup> In epoca romana la situazione si può dire che fosse del tutto opposta. Quello dei premi e delle ricompense rappresentava infatti un vero e proprio sistema, mentre il diritto punitivo si trovava in balia del mero arbitrio dei suoi applicatori. Scrive R. JHERING, *Lo scopo del diritto*, (trad. it. a cura di Losano), Torino, 1972, 139,140 «se al generale vittorioso spettasse un trionfo o un'ovazione oppure se il soldato avesse diritto alla *corona muralis, civica, castrensium* o *navalis*, [...] tutto era minuziosamente previsto e poteva divenire persino oggetto di un processo», sottolineando così che alla ricompensa pubblica non corrispondeva un significato puramente sociale, bensì giuridico, e al diritto penale faceva da contraltare un vero e proprio diritto premiale.

<sup>36</sup> FE. MAZZACUVA, *L'ente premiato. Il diritto punitivo nell'era delle negoziazioni: l'esperienza angloamericana e le prospettive di riforma*, cit., 53.

<sup>37</sup> Attuali le parole di F. BRICOLA, *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, cit., 126 il quale precisava come «con la locuzione "momenti premiali" si deve fare riferimento a quelle tecniche di incoraggiamento che si muovono parallelamente alle tecniche sanzionatorie di tipo afflittivo e che sono dirette a stimolare da parte del reo o un arresto della condotta criminosa (desistenza volontaria) ovvero una contro-azione del reo che impedisca l'evento (recesso attivo ex art. 56 comma 4 c.p.), che elimini o attenui il danno o il pericolo in cui si è concretata l'offesa (ad es. i casi di non punibilità nei delitti di cospirazione politica - art. 308 c.p. - e di banda armata - art. 309 c.p. - ovvero l'attenuante della restituzione in libertà nei delitti di ratto), che si traduca in un adoperarsi per elidere o attenuare le conseguenze dannose del reato [...] ovvero che esprima un significato antitetico rispetto a quello manifestato nella condotta criminosa».

È intuitivo che la sanzione negativa, legata a norme di carattere negativo come le fattispecie penali, sia per sua natura legata alla promozione di una stasi, cioè a scoraggiare, mediante minaccia, azioni che l'ordinamento ha interesse a che non si producano. Al contrario, i premi mal si confanno a garantire l'inerzia, risultando funzionali piuttosto all'incentivazione di comportamenti attivi. La funzione promozionale del diritto sarebbe infatti uno degli aspetti più rilevanti delle nuove tecniche di controllo sociale, che caratterizzano l'azione dello Stato sociale moderno, distinguendolo dall'agire di quello liberale classico. Il che ci riporta al rilievo, sviluppato in precedenza<sup>38</sup>, secondo cui il divieto – quale comando negativo, di astensione – è una forma espressiva sempre meno idonea a regolare la complessità del reale.

Nello Stato democratico post-moderno, e dunque nei sistemi normativi che ne esprimono, sotto forma di norme, le esigenze, accanto alla tecnica dell'intimidazione-scoraggiamento va acquistando sempre maggiore importanza la tecnica dell'incoraggiamento<sup>39</sup>, in attuazione dell'opinione secondo cui convincere sia misura migliore e più efficace rispetto al costringere.

Precipua espressione di simili meccanismi è quello che è stato definito "diritto premiale-reattivo"<sup>40</sup>. In seguito alla commissione del reato, si innescia un sistema dalla duplice faccia: una premiale e una punitiva. Il soggetto si trova nuovamente di fronte alla norma, di fronte al bivio tra violare l'ordinamento e andare incontro alla sanzione, oppure scegliere di aderire al precetto, così come non ha fatto precedentemente.

Che tale paradigma reattivo-premiale sia in continua espansione è un dato di realtà: la sua estensione ha innervato la parte generale del codice penale e dunque il sistema penale tradizionale, con l'introduzione di istituti

---

<sup>38</sup> V. Cap 1, par. 5

<sup>39</sup> N. BOBBIO, voce *Sanzione*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1976, 533.

<sup>40</sup> L'espressione è coniata da R. BARTOLI, *Dal paradigma punitivo reattivo al paradigma punitivo reattivo-premiale. Secondo studio per un affresco*, in *Sistema penale*, 29 marzo 2021.

quali l'oblazione (162 e 162-*bis*), l'estinzione del reato per condotte riparatorie (162-*ter*) e la messa alla prova (168-*bis*). Nei sottosistemi di parte speciale, come si vedrà meglio in seguito, possono ricondursi a simile paradigma i meccanismi estintivi delle contravvenzioni nell'ambito della sicurezza sul lavoro, di cui agli artt. 19-24 d.lgs. 758/2004 e 301 d.lgs. 81/2008; a quest'ultimo è ispirato, a sua volta, il parallelo meccanismo ingiunzionale-estintivo di cui al codice dell'ambiente (artt. da 318-*ter* a 318-*octies* D.lgs. 156/2006). Infine, vi si possono far rientrare le condotte riparatorie che, in ambito tributario, permettono l'estinzione del reato (art. 13 d.lgs. 74/2000), e i meccanismi reattivo-premiali presenti all'interno della legislazione in materia di responsabilità da reato dell'ente di cui al d.lgs. 231/2001.

L'aspetto maggiormente caratterizzante tali forme reattivo-premiali risiede, per quanto qui interessa, nel meccanismo con cui esse si rapportano con il precetto principale, da un lato, e con la sanzione dall'altro. La condotta *post delictum* richiesta pone il destinatario della norma di fronte alla scelta tra adempiervi, e ricevere il premio della mancata sanzione per l'illecito precedentemente commesso, ovvero non dare seguito alla richiesta e andare così incontro alla sanzione punitiva. Una volta attivato il meccanismo, se il soggetto compie le azioni prescritte, l'esito è la non applicazione della sanzione, o una sua considerevole riduzione. Seppur vero che "in fondo al tunnel" vi è sempre la prospettazione della pena, non sembra affatto che, sotto il profilo strutturale, la sua minaccia regga anche tale segmento premiale. Ciò che si vuol mettere in evidenza, al contrario, è che, seppur le norme punitive e quelle premiali sembrino avere il medesimo contenuto, distinguendosi unicamente per il segno "più" o il segno "meno" di fronte ad esso, il meccanismo con il quale le stesse funzionano appare del tutto diverso.

La sanzioni infatti può essere inflitta coercitivamente - ed anzi questo ne è il tratto caratteristico; al contrario la logica premiale può funzionare unicamente per mezzo del consenso del soggetto che, desideroso di ottenere

il “premio”, si adoperi nel senso prescritto. Come si è già detto, non si ritiene dunque di condividere quella pur autorevolissima dottrina che voglia ricondurre sotto il medesimo concetto di sanzione, sia le conseguenze negative che quelle positive, almeno sotto il profilo della struttura normativa che viene a crearsi<sup>41</sup>. Non è, infatti, tanto il carattere afflittivo o premiale a distinguere le due conseguenze, ma è il meccanismo che esse attivano a risultare del tutto diverso. Come si è detto, infatti, la struttura-comando si incentra sulla minaccia, la quale può esservi solo quando si faccia riferimento ad una conseguenza afflittiva, limitativa per il soggetto al quale è rivolta. La sanzione afflittiva previene la commissione del fatto attraverso la minaccia, e reagisce ad esso per mezzo della coercizione; in tale dimensione autoritativa risiede il contenuto del comando.

Al contrario il premio promette al destinatario un miglioramento della propria condizione ma, poiché così facendo non pone alcun obbligo in capo allo stesso bensì unicamente un onere, l’ottenimento del comportamento passa necessariamente per il consenso e la cooperazione dello stesso sul quale opera la motivazione del premio e non quella della minaccia, che, poiché vi è stata già la violazione, ha già fallito.

Questo tratto che distingue il diritto sanzionatorio da quello premiale è stato ben evidenziato da quella parte della dottrina che, in riferimento a quest’ultimo, ha parlato di «diritto esortativo»<sup>42</sup>, mettendo così in luce il tratto che inerisce al funzionamento stesso dei meccanismi premiali e che giunge a modificare la “meccanica” del comando.

La norma penale infatti pone un vero e proprio obbligo, prescrivendo l’astensione da un determinato comportamento e sanzionandone la violazione; al contrario la norma premiale non impone alcun obbligo, ma si limita

---

<sup>41</sup> N. BOBBIO, voce *Sanzione*, in *Noviss. Dig.*, CVI, cit.; ID., *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, cit.

<sup>42</sup> M. PISANI, *Diritto premiale e sistema penale: rapporti e intersezioni*, in *Diritto premiale e sistema penale*, Milano, 1983, 36; F. BRICOLA, *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, *ivi*, 124.

ad “incoraggiare” comportamenti consistenti nella riduzione o eliminazione del danno, civile e criminale, il risarcimento della persona offesa, fino a vere e proprie contro-condotte a forte carattere generalpreventivo di carattere positivo. In questo senso il “nuovo” diritto reattivo-premiale si differenzia dal diritto premiale classico per il fatto di non guardare unicamente al passato, ma di proiettarsi verso il futuro e tendere al recupero delle condizioni di legalità attraverso il rispetto, anche successivo, del precetto violato.

Il meccanismo sembra riconducibile a quello della *compliance* che, come si è detto, si fonda su modalità di adesione al precetto differenti rispetto alla minaccia di una conseguenza negativa. Il perno intorno al quale ruota la costruzione della norma è l’eliminazione della punibilità; le norme in oggetto sono infatti costruite secondo una struttura che non trova il suo fine nell’irrogazione della sanzione, bensì proprio nella sua elisione. La disciplina positiva, in altri termini, sconta in partenza l’idea di un reato non punito.

La logica del premio entra dunque a far parte della meccanica normativa, implementando la stessa con l’aggiunta di un secondo momento “educativo”, dal carattere più concreto ma affidato ad una struttura più debole rispetto alla minaccia di pena. Il premio, infatti, non è teso unicamente a evitare la sanzione per un fatto già commesso, quanto piuttosto a rafforzare la rieducazione in un’ottica di prevenzione di illeciti futuri.

### **3. L’evoluzione delle pene prescrittive e l’emersione della *compliance* successiva alla violazione**

L’evoluzione del rapporto tra precetto e pena e, più in generale, del momento dialogico tra ordinamento e destinatario delle norme, l’elisione della sanzione punitiva fondata sulla valorizzazione di un *post fatto* in conformità con il contenuto precettivo della norma, trova un primordiale prototipo nei modelli di tutela di tipo ingiunzionale.

I modelli ingiunzionali, com'è noto, si fondano sull'emanazione di un provvedimento da parte dell'autorità amministrativa competente, contenente specifiche prescrizioni a carattere particolare e tese al recupero dell'osservanza del precetto originariamente disatteso. I provvedimenti sono spesso corredati da adempimenti riparatori, tesi ad eliminare i contenuti offensivi della condotta illecita.

La tecnica ingiunzionale consente di raggiungere alti livelli di adesione, di *compliance*, mediante il recupero postumo dell'osservanza del precetto violato. In consonanza con il suo carattere responsivo, il contenuto sanzionatorio nelle tecniche ingiunzionali rappresenta un momento del tutto sussidiario rispetto all'osservanza del precetto; la finalità è infatti quella di favorire la conformità dei comportamenti e non di sanzionare le violazioni<sup>43</sup>.

Particolarmente diffusa nei sistemi anglo-americani, se ne rinvengono alcune ipotesi anche all'interno del nostro ordinamento. Un esempio si rinviene nella riforma che ha introdotto all'interno del Codice dell'Ambiente – d.lgs. 152/2006 – la parte dedicata alla “*Disciplina sanzionatoria degli illeciti amministrativi e penali in materia di tutela ambientale*” – nella quale sono ricomprese procedure estintive degli illeciti penali in materia penali in conseguenza dell'adesione del reo alle prescrizioni emanate dall'amministrazione e aventi contenuto ripristinatorio, sulle quali si tornerà più oltre.

La logica che viene in gioco è sicuramente quella premiale, tesa sì a recuperare in *extremis* il bene giuridico offeso ma per il mezzo della cooperazione del soggetto che lo ha leso o messo in pericolo, recuperandone la

---

<sup>43</sup> G. ROTOLO, *Riconoscibilità del precetto e modelli innovativi di tutela*, cit., 238. *L'injunction* secondo C. PEDRAZZI, *Odierna esigenza economiche e nuove fattispecie penali*, *Riv. dir. proc. pen.*, 1975, 1099 ss. «rappresenta l'*optimum* dal punto di vista della certezza, anticipando la sussunzione di una condotta concretamente individuata sotto la fattispecie criminosa e riducendo al minimo le incertezze interpretative. Esercita un'efficacia dissuasiva di gran lunga più intensa sul singolo destinatario, che si sente personalmente tenuto d'occhio ed è avvertito che il meccanismo repressivo è pronto a scattare. L'accento viene così a cadere sulla funzione preventiva, mentre l'apparato repressivo viene tenuto di riserva, per far fronte a eventuali contravventori irriducibili».

disponibilità (o valorizzando gli ambiti di non cessata disponibilità), il quale viene indotto ad agire secondo logiche significative per la tutela, almeno parziale o tardiva, degli stessi beni aggrediti.

Lo sviluppo dei meccanismi di cui abbiamo parlato in precedenza continua ad espandersi. Nello stesso binario si inserisce l'ipotesi, avanzata in sede di progetto di riforma della giustizia penale, di introdurre le pene prescrittive nell'ambito delle pene principali, ampliando così il novero delle tipologie di pena applicabili in sede di condanna<sup>44</sup>. Un progetto di riforma che, complessivamente inteso, si orienta verso il superamento della pena carceraria quale unica risposta al reato, e nell'ambito del quale alla pena prescrittiva viene affidato un ruolo nuovo, in grado di valorizzarne i caratteri ontologici. Non più pensata, come lo è stata fino ad ora, in ottica di deflazione carceraria, come uno dei molteplici mezzi per contrastare il sovrappollamento penitenziario, bensì come strumento autonomo in grado di instaurare una per mezzo di una "collaborazione" dialogica tra autore del reato ed ordinamento che sia funzionale al contrasto della criminalità.

Le pene prescrittive potranno essere introdotte, sul piano edittale, quale modalità sanzionatoria esclusiva sia come pena da applicarsi alternativamente a quella pena principale.

I contenuti che le pene prescrittive, nell'attuazione del progetto, assumerebbero possono rispondere ad un duplice modello. Esse possono declinarsi secondo obblighi di fare o secondo divieti. Nei primi si annoverano la partecipazione ad un programma rieducativo seguito dall'Ufficio di Esecuzione Penale Esterna, le restituzioni, il risarcimento del danno o l'impegno a ridurre, per quanto possibile, le conseguenze dannose e pericolose prodotte, attività aventi rilievo rieducativo con riguardo al reato commesso, in favore del bene giuridico offeso, della persona offesa e delle vittime di reati

---

<sup>44</sup> Sulle pene prescrittive v. L. EUSEBI, *La riforma ineludibile del sistema sanzionatorio penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1320 ss. Sul progetto in esame, L. EUSEBI, *Ipotesi di introduzione della pena prescrittiva come nuova pena principale*, in *disCrimen*, 31 marzo 2021.

analoghi; partecipazione a procedure di mediazione che vedano la presenza della persona offesa o di enti esponenziali del bene giuridico offeso; prestazione di lavoro di pubblica utilità, svolgimento di programmi terapeutici e socio-riabilitativi (art. 75 309/1990); l'impegno di adeguare alla legge l'attività di impresa caratterizzata dalla commissione di uno o più reati, in base alle modalità indicate dal giudice e alle indicazioni progressive di una pubblica autorità o di un altro soggetto designato dal giudice<sup>45</sup>.

Il carattere prescrittivo delle nuove previsioni "sanzionatorie" si intreccia irrimediabilmente con il tema del consenso, e dunque con l'idea negoziale della giustizia penale.

Ciò ci riporta alla *compliance*, all'idea di un comando che perde le sue caratteristiche di durezza, obbligatorietà e coercitività. Anche l'applicazione della più severa delle sanzioni previste dall'ordinamento passa dal consenso del destinatario della stessa. Il consenso, dunque si sostituisce alla forza, o meglio alla sua coercitività. Esso non si limita all'*an* dell'irrogazione della pena prescrittiva (art. 27-*bis*, co. 3, c.p. di cui all'art. 3 del progetto) ma si estende anche al suo contenuto, laddove l'art. 6 del progetto di riforma prevede la possibilità per l'imputato di dialogare con il giudice e il pubblico ministero, nella fase della condanna a pena prescrittiva, in ordine ai contenuti della stessa (art. 533-*bis*, commi 3, 5 c.p.p.).

Il fine di valorizzare, in termini di prevenzione, il dialogo tra reo e ordinamento appare chiaro<sup>46</sup>. La negozialità insita in tale struttura, secondo cui il *post factum* (a carattere libero e consensuale) viene valorizzato come secondo momento di motivazione del destinatario, consente di iscrivere tale

---

<sup>45</sup> I divieti, che tuttavia in questa sede interessano meno, perché di minore impatto sul rapporto circolare tra precetto e sanzione, si declineranno nel divieto di espatrio o di allontanamento, divieto di frequentare determinati luoghi, divieto di allontanamento dalla propria abitazione o luogo di dimora, divieto di esercitare determinate attività o di assumere incarichi nell'ambito della p.a.

<sup>46</sup> L. EUSEBI, *L'introduzione della pena prescrittiva come nuova pena principale*, in *Linee di riforma in tema di pene alternative edittali*, documento contenente i risultati dello studio operato da alcuni componenti dell'Associazione Italiana dei Professori di diritto penale, rinvenibile in [www.aipdp.it](http://www.aipdp.it)

intervento nella cornice di un *continuum* ideale di quella componente dialogico-precettiva già presente nelle tecniche di tutela ingiunzionale.

Foriera di molti interrogativi la previsione, nell'ambito della riforma, di una specifica ed autonoma incriminazione delle condotte di violazione delle prescrizioni impartite, essa pare avvicinare il nostro ordinamento ai meccanismi ingiunzionali garantiti da altrettanti reati di *contempt of court*<sup>47</sup>.

La sanzione, in questa prospettiva, rimane sullo sfondo. Si staglia come ultimo baluardo di legalità a fronte di un ripetuto e continuo rifiuto dei momenti dialogici che la precedono. Essa è «un monito, non una minaccia»<sup>48</sup>. Ciò che si vuole sostenere, in altri termini, è che il ricorso alla non punibilità non si limita a svolgere una funzione di tutela *in extremis* del bene giuridico. Sebbene tale funzione appaia sicuramente predominante, si dovrebbe tenere in maggiore considerazione ciò che l'utilizzo, sempre più diffuso, di tale categoria dice in ordine alla struttura e alla funzione della norma.

L'impossibilità di comunicare precisamente al destinatario ciò che può o non può fare trasforma la categoria della non punibilità in una moneta da scambiare a fronte dell'ineffettività precettiva della norma<sup>49</sup>. È una seconda

---

<sup>47</sup> Per un'analisi dei meccanismi ingiunzionali, quali momenti di integrazione tra legislazione primaria e legislazione settoriale, con specifico riferimento all'attività delle Autorità amministrative indipendenti, v. D. NOTARO, *Autorità indipendente e norma penale. La crisi del principio di legalità nello Stato policentrico*, Torino, 2010, 128, 129, secondo il quale tali meccanismi di *compliance* successiva compenserebbero la previsione di reati di pericolo. Sul punto vedi anche M. DONINI, *Compliance, negozialità e riparazione dell'offesa nei reati economici*, cit., 585 secondo cui «il pericolo e non il danno è oggi il modello penalistico dominante» al quale meglio risponderebbe una logica come quella della *compliance*, orientata anche dopo la violazione all'eliminazione del pericolo

<sup>48</sup> C. MAZZUCATO, *Giustizia esemplare. Interlocuzione con il precetto penale e spunti di politica criminale*, cit., 411.

<sup>49</sup> Parla di «baratto dei mezzi per il perseguimento degli scopi», A. DI MARTINO, *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, Milano, 1998, 52, il quale paventa il rischio che «la non punibilità in funzione di mascheramento dell'ineffettività (possa) diventare [...] un mezzo di autocontrollo del legislatore, mirato al perseguimento di scopi ulteriori in difetto di beni sicuri la cui tutela perseguire. Ed il pericolo ulteriore [...] è che questa *dissociazione fra scopi e beni* conduca al baratto dei mezzi per il perseguimento degli scopi: il che significa, in altri termini, dato che i mezzi del diritto penale si riconducono in definitiva alla (minaccia di) pena, al baratto della punibilità».

occasione per l'ordinamento di comunicare con il soggetto. La specificità, anche "attuativa", del contenuto delle prescrizioni, insieme alla sua dimensione individuale determinata dalla determinatezza del destinatario, svolgono una funzione persuasiva ben superiore rispetto a quella della norma penale in sé considerata. L'accento cade dunque, in questa fase, sull'efficacia special preventiva di carattere positivo: un secondo momento in cui il precetto si completa quando la norma primaria è già violata e l'offesa già in atto, richiamando il destinatario sul disvalore del comportamento trasgressivo e ottenendo un'osservanza delle norme postergata rispetto alla loro violazione.

Pare che in queste ipotesi, la debolezza del consenso retrostante alle incriminazioni (consenso come *input*) abbia determinato un necessario rafforzamento dei meccanismi con attraverso i quali è la norma stessa a creare/rafforzare il consenso (consenso come *output* della norma) orientando concretamente il comportamento del destinatario<sup>50</sup>.

### 3.1. Ipotesi applicative: la tutela ingiunzionale nel diritto ambientale

Un esempio concreto di quanto appena descritto si rinviene nel codice dell'ambiente, nel quale sono previste procedure estintive di illeciti penali, seppur limitatamente a quelli di natura contravvenzionale contenute nel TUA<sup>51</sup>, in conseguenza dell'adesione del reo alle prescrizioni emanate

---

<sup>50</sup> Si riprende, sul punto, l'importante riflessione in ordine al rapporto tra consenso e norma penale svolta da C.E. PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, cit., 850 ss.

<sup>51</sup> Molte le critiche mosse a tale limitazione del campo di applicazione della causa di estinzione. Da un lato, si rileva come la limitazione alle sole ipotesi contravvenzionali contenute nel TUA non trova il suo equivalente nel settore della sicurezza sul lavoro, ove la procedura è espressamente estesa a tutte le «leggi in materia di lavoro e legislazione sociale la cui applicazione è affidata alla vigilanza della direzione provinciale del lavoro» (art. 15 l. 124/2004). Osta alla soluzione dell'estensione analogica dell'istituto anche alle contravvenzioni ambientali non contenute dal TUA, la natura eccezionale da riconoscersi alle cause estintive della punibilità, sebbene l'ingiustificata disparità di trattamento tra contravvenzioni interne ed esterne al TUA dovrebbero indurre ad una modifica della disciplina. Cfr. A. DI LANDRO, *La funzione ripristinatoria nel diritto penale ambientale*, Torino, 2020, 74, 75. Ulteriori problemi applicativi sono sorti in ordine all'applicabilità dell'istituto alle

dall'amministrazione avente contenuto ripristinatorio; esso trova il proprio antecedente storico nelle oblazioni previste nell'ambito della tutela della sicurezza sul lavoro (artt. 19 e ss. D. Lgs. 758/1994, richiamati dall'art. 301 D.Lgs. 81/2008 rubricato *Applicabilità delle disposizioni di cui agli articoli 20 e seguenti del d.lgs. 758/1994* -, ipotesi per le quali il contravventore che abbia adempiuto alle prescrizioni impartite dall'organo di controllo può accedere all'oblazione ed evitare l'incardinarsi del giudizio penale.

Il procedimento di estinzione è descritto negli articoli da 318-*ter* a 318-*octies*<sup>52</sup>. L'art. 318-*ter* del Testo Unico sull'Ambiente prevede che, una volta rilevata la violazione, l'organo di vigilanza impartisca al contravventore un'apposita prescrizione contenente precise e puntuali indicazioni in ordine agli interventi da attuare per il recupero del bene "ambiente" compromesso, richiamandolo così al rispetto del precetto violato nei termini contenuti dal provvedimento stesso, nel quale è fissato un termine per l'adesione.

Durante questa prima fase il procedimento penale rimane sospeso, destinato ad estinguersi se il contravventore adempie, nei termini stabiliti, alle prescrizioni impartite.

---

contravvenzioni ambientali punite con pena congiunta dell'arresto e dell'ammenda; sebbene la norma non comprenda nessuna testuale esclusione, la dottrina e la giurisprudenza prevalenti ne escludono l'applicabilità, facendo leva sul limite generale previsto per le oblazioni, applicabile, come noto, alle sole contravvenzioni punite unicamente con l'ammenda (oblazione obbligatoria ex art. 162 c.p.) o con pene alterative di arresto o ammenda (obbligazione facoltativa ex art. 162-bis c.p.). Cfr. G. AMENDOLA, *Il diritto penale dell'ambiente. Dalla legge sulla pesca del 1931 agli ecoreati del 2015*, Roma, 2016, 372 ss.; V. PAONE, *Quali sono le contravvenzioni passibili di prescrizione a norma della l. n. 68/15?*, in *www.lexambiente.it*, 2016; A. MARTUFI, *La "diversione" ambientale tra esigenze deflattive e nuove tensioni sistematiche*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2018, 300 ss. *Contra*, C. RUGA RIVA (a cura di), *La legge sugli ecoreati due anni dopo. Un dialogo tra dottrina e giurisprudenza*, 2015, 131; A. SERLENGA, *Legge n. 68/2015: la nuova procedura di estinzione del reato ambientale*, in *Amb. & Svil.*, 2016, 420 ss.; A. DI LANDRO, *La funzione ripristinatoria nel diritto penale ambientale. La bonifica e il ripristino ambientale. Uno studio de iure condito e de iure condendo*, Torino, 2020, 76.

<sup>52</sup> Sull'argomento, *ex multis*, v. G. AMENDOLA, *Ecoreati: primi appunti sulla nuova procedura di eliminazione delle contravvenzioni previste dal d.lgs. 152/2006*, in *www.lexambiente.it*, 20 luglio 2015; M. C. AMOROSO, *La nuova procedura estintiva dei reati contravvenzionali previsti dal d.lgs. 156/2006. Quali direttive per gli organi accertatori?*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 5 novembre 2015.

La seconda fase, che prende avvio allo spirare del termine imposto, ha ad oggetto la verifica dell'avvenuta osservanza delle prescrizioni impartite. In caso di esito positivo, il contravventore è ammesso a pagare, in sede amministrativa, «una somma pari ad un quarto del massimo edittale dell'ammenda prevista per la fattispecie violata», il cui adempimento – sommato al principale dovere di ottemperanza delle prescrizioni – dà luogo all'estinzione del reato (art. 318-*septies*). Al contrario, in caso di inadempimento delle prescrizioni «l'organo accertatore ne dà comunicazione al pubblico ministero e [...] al contravventore» (art. 318-*quater*, comma 3), dando così (probabile) avvio al procedimento penale.

La forte somiglianza di tale impianto estintivo con quello presente nel T.U. della sicurezza del lavoro consente di avvalersi, per la sua interpretazione, dell'apporto dottrinale e giurisprudenziale formatosi in materia di prevenzione degli infortuni sul lavoro. In tal senso, particolare interesse suscita l'arresto giurisprudenziale secondo cui l'istituto sarebbe applicabile unicamente agli illeciti di natura permanente, unica struttura compatibile con la specifica funzione dell'istituto. Secondo la Corte, infatti, «la procedura di estinzione è applicabile solo in presenza di reati permanenti in quanto l'istituto ha finalità di interrompere l'illegalità e di ricreare le condizioni di sicurezza previste dalla normativa [...], ma non può trovare applicazione in relazione ai reati istantanei già perfezionatisi»<sup>53</sup>. Ciò che tale interpretazione sembra affermare è che il meccanismo estintivo si incentra sull'eliminazione della condotta illecita (per mezzo di una contro condotta

---

<sup>53</sup> Cass. pen., Sez. III, 28 dicembre 2005, n. 47228, in *CED*, Rv. 233.190. Orientamento successivamente modificato da una controversa interpretazione estensiva che, per mere finalità deflative, ha ritenuto il procedimento ingiunzionale-prescrittivo compatibile con i reati istantanei, pur in presenza di offese non removibili. V. Cass. Pen., Sez. III, 17 settembre 2007, n. 34890; Cass. pen., Sez. III, 16 giugno 2009, n. 24791, in *CED*, R v. 244079. Poiché il mutamento si fonda sul tenore letterale dell'art. 15 co. 3, d.lgs. 124/2004, che parla di applicazione della procedura estintiva «anche nelle ipotesi in cui la fattispecie è a *condotta esaurita*», sorgono dubbi circa l'accoglibilità di tale approccio estensivo anche in materia ambientale, stante l'assenza di una norma analoga in tale settore. Sul punto V. A. DI LANDRO, *La funzione ripristinatoria nel diritto penale ambientale*, cit., 82.

successiva) e non sull'eliminazione dei suoi effetti<sup>54</sup>.

L'approccio sembra somigliare a quello proprio della legislazione statunitense, nella quale è acuito il ruolo educativo e di *compliance* delle norme e la cooperazione, anche successiva all'illecito, tra ordinamento e cittadino.

In tale contesto l'autorità pubblica agisce quasi come un consulente esterno, realizzando attività di tipo prevalentemente *persuasivo*. Una prospettiva che può portare a sviluppare rapporti di mutuo rispetto e fiducia tra agenzia di *enforcement* ed operatori; ciò spesso consente di assicurare l'adeguamento alle leggi ed agli standard di qualità ambientale senza ricorrere a strumenti formali di tutela, in particolar modo nei confronti di operatori che violano la normativa per *deficit* o incompetenza di natura organizzativa<sup>55</sup>.

L'idea infatti è che i meccanismi di carattere premiale, a struttura cioè esortativa e non repressiva, si attagliano meglio alle violazioni colpose, e riescano ad orientare più efficacemente i trasgressori che, per colpa o per errore, abbiano violato i precetti imposti dalla normativa. Diversamente, nei confronti dei "violatori consapevoli" risulterà probabilmente più efficace una disciplina maggiormente incentrata sulle tradizionali forme di *enforcement*.

Per trovare conferma di quanto detto, può risultare utile volgere lo sguardo oltreoceano, e specificamente all'ordinamento statunitense, laddove è operativa, da oltre un ventennio, la c.d. *Audit policy*<sup>56</sup>. Il meccanismo

---

<sup>54</sup> In tal senso la pronuncia pare condividere l'impianto sostenuto dal Ministero del Lavoro in *Circolare del Ministero del lavoro e della previdenza sociale del 27 febbraio 1996, n. 25*

<sup>55</sup> A. DI LANDRO, *La funzione ripristinatoria nel diritto penale ambientale*, cit., 87 ss.

<sup>56</sup> La c.d. *Audit policy*, emanata nel 1995, si sostanzia in una serie di incentivi volti all'emersione e alla spontanea segnalazione delle violazioni della normativa ambientale; a seguito della loro segnalazione, l'EPA (*Environmental Protection Agency*) fornisce specifiche indicazioni, che si sostanziano in contro condotte o in modalità riparative dell'eventuale danno, al fine di porre rimedio alla violazione commessa e, soprattutto, prevenirne di future. Di converso, l'autore della violazione che, seguendo precipuamente i singoli passaggi imposti dalla normativa, ponga rimedio alla violazione e si metta nelle condizioni di non incorrere in nuovi illeciti, beneficerà dell'esclusione dalla responsabilità penale. Per un'ap-

di esclusione della responsabilità penale ivi previsto si sostanzia in un vero e proprio “incentivo all’auto-disciplina”<sup>57</sup>. L’intento è infatti molto chiaro: trasformare il momento della violazione in un’occasione di *compliance*, di comprensione e obbedienza successiva. Difatti non è solo la componente riparatoria a caratterizzare un simile strumento; se l’eliminazione dell’offesa (e del danno) fanno certamente parte dei programmi in oggetto, non meno significativo è il ruolo delle contro-condotte finalizzate alla modifica del comportamento dell’agente, anche in funzione preventiva rispetto a possibili future occasioni di violazione<sup>58</sup>.

Un approccio simile lo si ritrova nella *Prosecution policy* dell’Agenzia per l’Ambiente inglese, adottata allo scopo di garantire uniformità e coerenza nell’*enforcement* ambientale, per la quale la valutazione del comportamento *post-factum* del trasgressore assume un ruolo centrale: «Laddove il trasgressore mostra un atteggiamento negativo in relazione al fatto e/o non appare cooperativo sul piano delle indagini o della riparazione del danno, questo normalmente significa che prendiamo in considerazione un’accusa penale o una sanzione pecuniaria variabile. All’opposto, laddove il trasgressore comunichi i dettagli del fatto volontariamente o attraverso un meccanismo di auto-valutazione, terremo questo in considerazione nel decidere quale sanzione applicare, ovvero se sia sufficiente un’attività di consiglio ed orientamento»<sup>59</sup>.

---

profondità disamina del funzionamento della *Audit policy*, si rinvia a A. DI LANDRO, *La funzione ripristinatoria*, cit., 89 ss. Il tema può essere analizzato anche dal punto di vista del fenomeno di delega del controllo ai privati, sempre più diffuso anche in ambito penale.

<sup>57</sup> Environmental Protection Agency, *Incentives for Self-Policing: Discovery, Disclosure, Correction and Prevention of Violations*, in *0 Federal Register*, 22 dicembre 1995, 66706.

<sup>58</sup> Sul complesso funzionamento dei modelli di tutela statunitense e sul ruolo in essi rivestito dalle Agenzie (come l’EPA), si rinvia, anche per l’ampia bibliografia, a G. ROTOLO, *‘Riconoscibilità’ del precetto penale e modelli innovativi di tutela. Analisi critica del diritto penale ambientale*, cit., 241 ss.

<sup>59</sup> Environmental Agency, *Enforcement and Sanctions-Guidance*, 8 maggio 2018, consultabile in [www.environment-agency.gov.uk](http://www.environment-agency.gov.uk)

### 3.2. (segue) Gli incentivi alla segnalazione della crisi d'impresa

Tra gli esempi che si possono ritenere espressione della trasformazione della forma del comando è da prendere in considerazione il progetto di legge contenente la riformulazione dell'intero assetto del diritto della crisi e dell'insolvenza.

La riforma, che come noto, opera una profonda trasformazione del concetto stesso di crisi, fondato su una diversa concezione dell'impresa, del suo ruolo all'interno della società e del rapporto con lo Stato, si caratterizza per la previsione di strumenti di allerta tesi al raggiungimento di una precoce emersione della crisi e alla tempestiva adozione di misure idonee a superarla o regolarla. Alla predisposizione di rimedi che anticipino la vera e propria "malattia" fa infatti da sfondo una nuova visione dell'impresa, e in particolare dell'impresa in crisi. All'idea che il destino dell'impresa in crisi debba assumere una «curvatura liquidatoria»<sup>60</sup>, in cui l'obiettivo del miglior soddisfacimento del ceto creditorio è perseguito per mezzo della fuoriuscita della società (e dell'imprenditore) dal mercato, si è sostituito un modello preventivo teso a garantire, mediante un armamentario preventivo, il valore della continuità aziendale.

Proprio con l'obiettivo di salvaguardare la continuità aziendale e i valori economici e sociali che l'impresa porta con sé, la legge prevede a carico dell'imprenditore in crisi alcuni obblighi di segnalazione degli indizi della crisi stessa mediante proposizione di un'istanza all'organo di mediazione preposto. A fronte di tale segnalazione l'art. 25 CCII introduce un vasto ventaglio di benefici, che operano secondo due differenti direttrici, l'una patrimoniale e l'altra personale. Da una parte, infatti, si prevede un ridimensionamento del debito sotto il profilo fiscale e tributario, oltre a vantaggi procedurali consistenti nella proroga dei termini per la presentazione di proposte di instaurazione di procedure concorsuali non liquidatorie. Benefici,

---

<sup>60</sup> L. PELLEGRINI, *Le misure premiali penali del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Sistema penale*, 7, 2020, 72.

questi, che rivestono un ruolo di assoluto rilievo economico per l'impresa e che si presentano come importante volano per una ripartenza della stessa.

Dall'altra parte - ed è ciò che qui maggiormente interessa - l'art. 25 c.c.i. prevede, per l'imprenditore che abbia presentato tempestiva istanza e che abbia seguito in buona fede le indicazioni ricevute, una causa di esclusione della punibilità<sup>61</sup> per le condotte sussumibili nelle fattispecie di cui «agli articoli 322, 323, 325, 328, 329, 330, 331, 333 e 341, comma 2 lettere a) e b)», e cioè per i fatti di bancarotta fraudolenta, ricorso abusivo al credito ecc. commessi prima dell'apertura della procedura e in seguito alla tempestiva proposizione di un'istanza all'organismo di composizione assistita della crisi d'impresa ovvero la domanda di accesso ad una delle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza. alcuni reati precedentemente commessi (bancarotta fraudolenta, bancarotta semplice, ricorso abusivo al credito), qualora il danno cagionato sia di lieve entità; se il danno invece

---

<sup>61</sup> Il fondamento dogmatico di tale istituto ha suscitato fin da subito forti perplessità. Cfr. P. CHIARAVIGLIO, *Osservazioni penalistiche "a prima lettura" sul progetto di codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Dir. pen. cont.*, 5, 2018, 91 ss.; M. GAMBARDELLA, *Il nuovo codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: un primo sguardo ai riflessi in ambito penale*, in *Dir. pen. cont.*, 27 novembre 2018; G. MINICUCCI, *I delitti di bancarotta al crocevia tra continuità e palingenesi*, in *disCrimen*, 24 aprile 2020, 11; F. CONSULICH, *Il diritto penale fallimentare al tempo del codice della crisi: un bilancio provvisorio*, in *Leg. pen.*, 20 maggio 2020; F. BELLAGAMBA, *La responsabilità penale degli amministratori nel codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, in *Leg. pen.*, 11 maggio 2020. Propende per la qualificazione come causa di esclusione della punibilità la maggior parte della dottrina. Cfr. F. MUCCIARELLI, *Risvolti penalistici*, 1197; R. BRICCHETTI, *Codice della crisi d'impresa: rassegna delle disposizioni penali e raffronto con quelle della legge fallimentare*, in *Dir. pen. cont.*, 7-8, 2019, 19; M. GAMBARDELLA, *Il codice della crisi d'impresa: nei delitti di bancarotta la liquidazione giudiziale prende il posto del fallimento*, in *Cass. pen.*, 2019, 494 ss.; A. ROSSI, *I profili penalistici del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: luci ed ombre dei dati normativi, in un contesto programmatico. I 'riflessi' su alcune problematiche in campo societario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 117; P. CHIARAVIGLIO, *Le innovazioni penalistiche del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Soc.*, 2019, 4. Secondo una diversa parte della dottrina l'istituto, che si inserirebbe nell'ambito di un bilanciamento di interessi contrapposti, assurgerebbe ad autonoma causa di giustificazione. Cfr. M. SCOLETTA, *La "specialità" della causa di esenzione da reati di bancarotta: funzionalità e limiti scriminanti dell'art. 217 bis l. fall.*, in *Crisi dell'impresa, procedure concorsuali e diritto penale dell'insolvenza*, a cura di R. Borsari, Padova. 2015, 393; A. INGRASSIA, *Rischio di impresa come rischio penale? Il sindacato giudiziale sulle scelte di gestione della crisi*, Pavia, 2018, 168. Infine, una parte, seppur minoritaria, della dottrina avanza l'ipotesi di ricostruire l'istituto, al di là del *nomen iuris*, come limite alla tipicità delle fattispecie di bancarotta richiamate nell'art. 25 c.c.i.i. Cfr. G. MINICUCCI, *I delitti di bancarotta al crocevia tra continuità e palingenesi*, cit., 16.

non presenta i caratteri della speciale tenuità ma l'attivo risultante dall'inventario superi il quinto dell'ammontare del passivo la pena prevista per il reato commesso è ridotta fino alla metà.

Dunque, l'armamentario di cui la legge fa utilizzo al fine di gestire precocemente la crisi in modo tale da anticiparne e indirizzarne lo sviluppo è quello della premialità, nella consapevolezza, ben espressa dalla Relazione illustrativa, che, poiché «la prospettiva di successo della procedura di allerta e composizione assistita della crisi è direttamente proporzionale alla propensione degli imprenditori ad avvalersene», questi debbano esservi *incentivati*.

Sebbene non diretto, la disposizione ha un chiaro riflesso sulla disciplina penalistica e, in particolare, sulla struttura del comando penale. Anche in questo caso, come accade con riferimento al sistema 231, la segnalazione da parte dell'impresa di elementi sintomatici del dissesto costituisce il primo passo di una sequenza procedimentale che, passando per l'adesione dell'impresa ai precetti gestionali e riorganizzativi formulati, conduce alla non punibilità degli organi di amministrazione e controllo della stessa per condotte di aggravamento della crisi o, addirittura, di irreversibile dissesto dell'impresa stessa. Le contro-misure organizzative, economico-patrimoniali e finanziarie individuate hanno, infatti, la finalità di arginare il momento di dissesto ed evitare che esso si evolva in un irreversibile stato di insolvenza.

Sebbene l'applicazione dell'istituto premiale sia limitato alle ipotesi in cui il danno risulti di lieve entità, non può non porsi attenzione al fatto che essa sia strettamente collegata ad una condotta di *compliance* - o quantomeno dimostrativa di una predisposizione ad essa - da parte dell'imprenditore in crisi. Egli, infatti, per poter beneficiare della premialità penale, e di tutti gli altri benefici che sotto il profilo economico non sono di portata minore, dovrà affidarsi all'organismo di composizione e seguirne pedissequa-

mente le disposizioni. L'attivazione tempestiva dei procedimenti di gestione della crisi e dell'insolvenza, idonea a fondare l'istituto in esame, rappresenta una dunque condotta susseguente che si pone in dialettica opposizione con quella del fatto-reato. Sebbene essa miri in primo luogo a ridurre l'offesa espressa dalle condotte anteriormente attuate e, contemporaneamente, risanare lo stato di crisi, è indubbio come un simile momento di dialogo consenta all'ordinamento di orientare il debitore verso una (futura) consapevole gestione dell'impresa e rappresenta così «il cuore valoriale della previsione»<sup>62</sup>.

Sembra tornare in gioco anche in questa ipotesi applicativa il rapporto circolare tra precetto e sanzione di cui si è detto, e nel quale la sanzione e la sua applicazione non sono che il fallimento della norma e non la sua fisiologica attuazione. L'elisione della penalità per il tramite della premialità mira pur sempre a far sì che il destinatario del precetto principale (contenuto nella norma penale violata) aderisca, sebbene successivamente alla sua violazione, ad essa<sup>63</sup>.

### **3.3. (segue) La vocazione premiale e preventiva del “sistema 231”**

Fin dalle sue origini, il modello di responsabilità da reato delle persone collettive, come delineato dal d.lgs. 231/2001, appare permeato dalla

---

<sup>62</sup> L. PELLEGRINI, *Le cause di non punibilità*, cit., 79.

<sup>63</sup> Come è stato opportunamente messo in luce, in questo caso, l'obiettivo perseguito dal legislatore non è unicamente quello del rispetto, sebbene successivo, del precetto precedentemente violato bensì anche «il conseguimento di esigenze extrapenali quali: la predisposizione di un adeguato assetto organizzativo, amministrativo, e contabile che tenga conto della natura, dimensioni e caratteristiche della società [...]; la costante e attenta vigilanza dell'attività aziendale affinché siano colti immediatamente (al loro primo sorgere) i segnali della crisi; l'agire tempestivo affidandosi agli organi della P.A. Tutto ciò affinché, attraverso i “crismi” della trasparenza e professionalità, si perseguano gli *utili economici* della conversione della continuità aziendale e, ove ciò non sia possibile, del contenimento delle perdite e, quindi, del danno alla massa», L. PELLEGRINI, *Le misure premiali penali del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit., 74.

premierità<sup>64</sup>. Non solo sotto il profilo strutturale, ma anche e soprattutto sotto quello funzionale; l'impianto sanzionatorio è infatti orientato teleologicamente secondo un archetipo di giudizio ontologicamente differente da quello tradizionale.

Esso, infatti, non guarda unicamente al passato ma proietta il disvalore del fatto nel futuro e lo misura sulla base di una "contro condotta" che esprime la continuità virtuosa dell'*agere* dell'impresa. Al contempo, come è stato opportunamente evidenziato, viene affidato all'ente un ruolo di «sentinella di legalità», chiamato come è a svolgere una funzione di incrementazione «pedagogica»<sup>65</sup> della cultura della legalità all'interno dell'impresa ma anche e soprattutto a «produrre prevenzione, regole cautelari e modelli di organizzazione della sicurezza»<sup>66</sup>.

I due profili si fondono fino a confondersi: la sollecitazione statale alla co-responsabilizzazione in chiave preventiva e riparativa dei soggetti privati passa attraverso la prospettazione di vantaggi e benefici a favore dell'ente cooperante. Ma la presenza di tale delega non mette in ombra la dinamica dialogico-negoziale che anima l'intero "sistema 231" e che, per quanto qui interessa, implica un nuovo rapporto tra precetto e sanzione idoneo a dimostrare, ancora una volta, come il meccanismo del comando stia subendo un processo di modifica anche in ambito penalistico.

La premierità, in questo panorama, funziona come incentivo a controcondotte di riequilibrio disvaloriale e costituisce la via di fuga dalla sanzione.

La leva premiale, infatti, che supporta l'afflato preventivo del sistema

---

<sup>64</sup> Evidenza chiaramente la vocazione premiale del sistema di responsabilità da reato degli enti FE. MAZZACUVA, *L'ente premiato. Il diritto punitivo nell'era delle negoziazioni: l'esperienza angloamericana e le prospettive di riforma*, cit.

<sup>65</sup> L'espressione è usata da L. BARON, *Ripensare lo statuto dell'ente cooperante. Alcune osservazioni in prospettiva ante e post delictum*, in A. Gullo, V. Militello, A. Rafaraci (a cura di), *I nuovi volti del sistema penale fra cooperazione pubblico-privato e meccanismi di integrazione fra hard e soft law*, Milano, 2022, anticipato in *disCrimen*, 26 aprile 2021, 3.

<sup>66</sup> M. DONINI, *Compliance, negozialità e riparazione dell'offesa nei reati economici. Il delitto riparato oltre la restorative justice*, cit., 582.

231 non solo interagisce *ex ante*, prospettando una non punibilità per l'ente che, avendo adottato il modello, abbia tenuto una condotta *compliant*, ma riemerge *ex post*, ad illecito avvenuto, dimostrando il perdurante interesse dello Stato all'autocontrollo dell'ente. A quest'ultimo vengono infatti offerte plurimi benefici sanzionatori in vista di contro-azioni in senso lato "riparatorie". Incentivi, dunque, che lo spingano ad «aderire al progetto preventivo»<sup>67</sup>.

Come è stato osservato il modo con cui sono strutturati i meccanismi di *compliance* interni al sistema in esame dimostrano come il diritto repressivo per eccellenza sia divenuto la principale palestra dei nuovi modelli preventivi<sup>68</sup>.

La tenuta, da parte dell'ente, di una o più delle quattro condotte di carattere *lato sensu* riparatorio previste dall'art. 17 del d.lgs. 231/2001, produce plurimi risultati. In primo luogo, laddove l'ente sia attinto da misure cautelari interdittive, l'impegno a "realizzare gli adempimenti cui la legge condiziona l'esclusione delle sanzioni interdittive" consente la sospensione delle misure stesse, destinate ad estinguersi in seguito all'effettivo adempimento dell'ente.

Sotto il profilo punitivo la condotta *post factum* dell'ente che dimostri la sua adesione al paradigma preventivo, influisce su due delle tre tipologie di sanzione, rimanendone esclusa la sola confisca. In primo luogo, l'adozione e la messa in atto, prima dell'apertura del dibattimento, di un modello che, attraverso l'eliminazione dei fattori che hanno facilitato la commissione del reato, sia «idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi», comporta la riduzione della pena pecuniaria da un terzo alla metà (art. 12, co. 2, lett. b), e dalla metà ai due terzi se tale riorganizzazione sia accompagnata dal risarcimento del danno civile e dall'eliminazione delle conseguenze dannose e pericolose del reato (art. 12, co. 3).

---

<sup>67</sup> V. MONGILLO, *Presente e futuro della Compliance*, cit. 4.

<sup>68</sup> V. MONGILLO, *Presente e futuro della Compliance*, cit. 3.

Intervenendo successivamente alla commissione del fatto, il modello *post factum* ha in sé il pregio di poter essere formulato tenendo conto delle specificità del caso concreto, e cioè avuto riguardo alle criticità concretamente riscontrate nell'organizzazione dell'ente, che costituiscono dunque la base su cui costruire un secondo momento di dialogo, seppur mediato dal controllo giudiziale, tra impresa e ordinamento.

Quanto alle pene interdittive esse risultano del tutto inapplicabili laddove, prima dell'apertura del dibattimento, l'ente abbia 1) risarcito integralmente il danno ed eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato, o si è comunque efficacemente adoperato in tale senso; 2) eliminato le carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l'adozione e l'attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi; 3) messo a disposizione il profitto conseguito ai fini della confisca.

Anche oltre il limite cronologico indicato dalla norma l'ente è ammesso agli adempimenti riparativi e riorganizzativi, sebbene il beneficio che otterrà sarà minore, ma non irrilevante; non l'estinzione delle sanzioni interdittive ma la loro conversione in pene pecuniarie - oltre alla ragionevole probabilità di revoca dell'eventuale misura cautelare interdittiva in corso per il venire meno del *periculum in mora*, come tipizzato nell'art. 45 del d.lgs. 231/2001<sup>69</sup>. Ciò parrebbe dimostrare l'estremo interesse dell'ordinamento al profilo preventivo-riparatorio delle condotte previste dall'art. 17 del decreto 231.

Tali condotte non rilevano solo su un piano oggettivo, non essendo «finalizzate alla mera riparazione a tutela delle vittime del reato e dei beni tutelati, ma sono valorizzate come espressione della volontà di rieducarsi al rispetto dei beni violati e più in generale alla legalità»<sup>70</sup>; sia con riferimento

---

<sup>69</sup> Mette in evidenza questa possibilità D. BIANCHI, *Autonormazione e diritto penale. Intersezioni, potenzialità, criticità*, cit., 143.

<sup>70</sup> A. M. MAUGERI, *La funzione rieducativa della sanzione nel sistema della responsabilità amministrativa da reato degli enti ex D. Lgs. n. 231/2001*, Torino, 2022, 80.

all'ipotesi della non punibilità che a quella della circostanza attenuante, infatti, ciò che sembra rilevare è il «mutato atteggiamento dell'ente» tale da far ritenere che, anche la non completa attuazione degli obblighi ripristinatori e risarcitori imposti dalla legge debba consentire l'accesso ai benefici sanzionatori qualora simili elementi siano sintomatici di una effettiva disponibilità dell'ente a riorganizzarsi<sup>71</sup>.

La leva premiale, disseminata come si è visto in tutto il sistema di responsabilità da reato degli enti, si inserisce in un più generale approccio che sembra corrispondere al c.d. *stick and carrot* di origine anglosassone, secondo una logica scalare con la quale l'ordinamento mostra il suo volto più severo in conseguenza della violazione di un comando, minacciando sanzioni anche molto pesanti (il bastone), ma essendo poi disposto a rasserenarsi smussando le asperità del carico sanzionatorio mediante la concessione di numerosi benefici (la carota) qualora l'ente dimostri di aderire, seppur *ex post facto*, al precetto originariamente violato. Se infatti nel caso del modello di cui agli artt. 6 e 7 il mezzo utilizzato è lo spettro "immediato" della sanzione penale, la minaccia della responsabilità che può essere evitata solo nel caso in cui abbia adottato un modello idoneo, con riguardo ai modelli elaborati dall'impresa successivamente alla realizzazione dell'illecito sembra prevalere una logica negoziale e premiale volta ad alimentare comportamenti post fattuali antagonisti.

Una simile strutturazione del rapporto tra il precetto e la sanzione sembra innervata da una profonda vena preventiva, attuata per mezzo di una logica negoziale e premiale; per mezzo della collaborazione del privato viene valorizzandosi la dimensione preventiva (sebbene post factum) in luogo di quella sanzionatoria la cui funzione verrebbe meno nel momento in cui l'ente si riorganizza, giustificando così l'elisione delle pene interdittive

---

<sup>71</sup> Sostiene questa ricostruzione, in un'ottica di valorizzazione dello scopo rieducativo del sistema sanzionatorio dell'ente, A. MAUGERI, *La funzione rieducativa della sanzione*, cit., 81.

e una forte diminuzione di quelle pecuniarie, e il cui residuo esprime all'evidenza la restante componente generalpreventiva. Alla stigmatizzazione mediante la sanzione di condotte criminose che l'ente non ha impedito fa da contraltare l'opportunità di «far sì che il momento dell'accertamento dell'illecito amministrativo e della applicazione in concreto delle sanzioni si traduca in una palingenesi per la struttura normativa»<sup>72</sup>.

Dimensione punitiva e dimensione premiale non si rapportano più in termini di subalternità della seconda rispetto alla prima, ma assumono un ruolo paritetico e un rapporto dinamico che rende il sistema di responsabilità delle persone giuridiche teleologicamente rivolto alla *compliance*, preventiva o successiva alla commissione dell'illecito, aprendo così ad un'idea di responsabilità del tutto nuova, consistente nella creazione di un percorso dialogico tra l'ente e lo Stato, finalizzato alla riorganizzazione in termini di legalità per il futuro e in cui la pena finisce per sanzionare la mancata disponibilità dell'ente «all'accoglimento del messaggio autonormativo»<sup>73</sup>, la riottosità a riorganizzarsi. L'intero sistema tende a concepire le misure sanzionatorie come stimolo all'adempimento di precetti organizzativi e non come mero strumento di deterrenza a dimostrazione di come la logica premiale penetri «nelle fibre dell'apparato sanzionatorio» condizionandone i meccanismi di operatività e «mostrando anzi di volersi "surrogare" alla dimensione essenzialmente coercitiva del dell'intervento penale»<sup>74</sup>.

Pare evidente, infatti, come il legislatore abbia ritenuto maggiormente proficuo condurre l'ente ad una, pur postuma, osservanza della norma violata piuttosto che irrogare la sanzione in chiave meramente repressiva. Una prevenzione mediante rieducazione che non passa dalla sanzione ma che si sostanzia in un percorso riorganizzativo, scandito da condotte attive che

---

<sup>72</sup> T. GUERINI, *Diritto penale ed enti collettivi. L'estensione della soggettività penale tra repressione, prevenzione e governo dell'impresa*, Torino, 2018, 39 ss.

<sup>73</sup> V. D. BIANCHI, *Autonormazione e diritto penale*, cit., 146.

<sup>74</sup> G.A. DE FRANCESCO, *Premessa*, in P. Pisa (a cura di), *Verso una riforma del sistema sanzionatorio? Atti del Convegno in ricordo di Laura Fioravanti*, Torino, 2018, 25 ss.

concretizzino e attuino l'osservanza della norma primaria.

#### 4. La valorizzazione del *post fatto* oltre il modello del delitto riparato

Particolare rilievo, in una simile evoluzione, il ruolo assunto dalle componenti successive alla violazione del precetto. Con l'innesto di matrici negoziali, il diritto penale tende ad essere non più solo un diritto del fatto, ma anche del *post fatto*<sup>75</sup>, categoria in grado di incidere sulla sostanza del rapporto punitivo.

Ed è proprio dall'intento di valorizzare le componenti successive alla violazione della norma, e di metterle a sistema, che prende le mosse l'importante teorizzazione del "delitto riparato", quale figura autonoma di parte generale<sup>76</sup>.

Essa, dogmaticamente fondata sul modello del tentativo e del recesso attivo, si offre da fondamento per ripensare il rapporto tra pena, autore e vittima. Alla base vi è un modello di pena che si discosta totalmente dall'impianto retributivo il quale, pur affiancato da componenti general e special-preventive, financo rieducative, ha fino ad oggi innervato la concezione penologica, per come realmente concepita. Al suo posto una pena post-riparatoria, che nasca e si sviluppi unicamente dall'assenza di una riparazione, a partire dalla quale scaturirebbe il bisogno di pena. In questa prospettiva la riparazione costituisce una quota, agita, della pena che deve dunque essere sottratta dal computo complessivo del trattamento sanzionatorio irrogato.

---

<sup>75</sup> Così, efficacemente, FE. MAZZACUVA, *L'ente premiato. Il diritto punitivo nell'era delle negoziazioni: l'esperienza angloamericana e le prospettive di riforma*, cit. 8.

<sup>76</sup> Il riferimento è a M. DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1162 ss.; ID., *Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in *Dir. pen. cont.*, 2, 2015, 236 ss.; ID., *Compliance, negozialità e riparazione dell'offesa nei reati economici. Il delitto riparato oltre la restorative justice*, in *La pena, ancora tra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, a cura di C.E. Paliero, F. Viganò, F. Basile, G.L. Gatta, Torino, 2018 579 ss.

Tuttavia, così impostata, la modifica del paradigma punitivo investe l'intera struttura del comando penalistico; dunque, non unicamente nella sua componente "sanzionatoria" – subita o agita che sia – ma anche in quella precettiva. Se da un punto di vista "atomistico" le pene agite, di carattere cioè positivo, possono essere accomunate alla pena punitiva, da cui si differenzierebbero in definitiva solo per un, pur importante, mutamento di segno e di funzione – da retributiva a post-riparatoria – lo stesso non può dirsi se ad essere presa in considerazione è la meccanica della norma, nel suo complesso. Si è già detto infatti come il premio, a differenza della sanzione negativa, stimoli un comportamento di carattere positivo, positivamente valutato dall'ordinamento, e come la sua previsione in seguito alla violazione del precetto principale riapra il circolo normativo.

Non appare corretto affermare che l'affiorare, nel dilagare della categoria della non punibilità, di istituti che, come vedremo, collegano una sospensione o riduzione, e finanche elisione, della pena in seguito a prescritti comportamenti *post delictum*, siano pene. Secondo tale visione la non punibilità, sebbene accompagnata da prescrizioni di carattere positivo che implicano necessariamente il consenso del reo, sarebbe solo l'esito di un possibile percorso della pena minacciata, che lungi dal rivelare la debolezza della legge «ne ribadisce l'efficacia, perché la sola prospettiva della condanna è obiettivamente risultata sufficiente per indurre il reo a ripercorrere a ritroso l'*iter criminis* compiuto»<sup>77</sup>.

L'idea di una pena costruita a partire dal delitto riparato, orientata dunque a ripensare la riparazione e il risarcimento in chiave costitutiva del rapporto punitivo<sup>78</sup>, e non solo attenuante, ritenendo quest'ultime come parte del contenuto sanzionatorio, sembra condurre ad un bivio di fronte al quale è necessario imboccare una delle due strade, senza che sia possibile,

---

<sup>77</sup> T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze. "Premio" e "corrispettivo" nella dinamica della punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, 407-408.

<sup>78</sup> M. DONINI, *Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, cit., 245.

successivamente incrociare quella abbandonata. E cioè: o la componente riparatoria deve essere considerata di per sé una sanzione o essa deve ritenersi fondativa di un secondo momento “precettivo”, di dialogo tra ordinamento e destinatario della norma, sorretto da una struttura normativa più debole, perché fondata sul premio. Alla violazione della norma non si risponde – o almeno non necessariamente – con la pena afflittiva bensì attraverso l’incentivazione e la promozione di un comportamento antagonista alla violazione stessa che, oltre a “riportare indietro le lancette” sul piano dell’offesa, attua una concreta e oggettiva rieducazione.

Se infatti si auspicano cornici edittali che non «pensano a se stesse, *ab origine*, come scale duplicanti il male in forme diverse» bensì «soluzioni sanzionatorie o riparatorie di un conflitto non sanato, che mettono in gioco dapprincipio il modello primario – la prima scelta – di una pena agita, e non subita, e solo *in seconda battuta* la pena pura del conflitto irrisolto, maggiore dell’altra, ma non duplicante il male commesso in quanto pur sempre aperta a una possibile soluzione anche successiva», appare però necessario pensare ad un modello normativo che prenda in carico la questione di quale sia la dimensione di comando delle norme così predisposte.

Come è stato sottolineato, il modello in esame che prospetta la piena integrazione della riparazione nel sistema penale, potrebbe risultare incompatibile con la struttura della norma penale, considerata soprattutto sotto il profilo comunicativo, cioè nella sua funzione comando. Intendere la riparazione come parte integrante della norma penale significherebbe, secondo le critiche che sono state mosse a tale teorica, rischiare di ottenere una riformulazione della norma penale nella sua componente precettiva; il precetto in tali casi non si declinerebbe più secondo la tradizionale struttura “se commetti il fatto X avrai la pena Y”, bensì “se fai X hai l’obbligo di riparare nel modo Y; se non fai Y avrai la sanzione Z”. E ciò risulterebbe, secondo taluno,

addirittura «disfunzionale nei confronti di chi si accinge a delinquere»<sup>79</sup>, nel senso che un messaggio normativo concepito nei termini di cui sopra potrebbe addirittura incentivare la commissione del reato, con la consapevolezza che, seppur al prezzo della riparazione, ad esso non farà seguito la punizione<sup>80</sup>.

Tuttavia, si ritiene di non condividere pienamente simili critiche.

Se da un lato è vero che la rimodulazione della sanzione, nel senso indicato dalla teorica del delitto riparato, comporta una modificazione della componente precettiva alla quale è necessario porre attenzione, dall'altro si deve evidenziare come a mutare sia anche la struttura normativa; la previsione di una componente successiva alla violazione del precetto non si pone quale obbligo rispetto al destinatario, bensì come onere. Non è solo il contenuto del precetto a modificarsi ma la relazione tra precetto e sanzione, nel senso di quella circolarità di cui si è detto. Il concetto di *compliance*, nella sua versione successiva al fatto dischiude orizzonti parzialmente diversi rispetto a quelli, già illuminati dalla teorizzazione del delitto riparato. Un simile momento, nuovamente precettivo, potrebbe dunque operare come «effettivo e concreto “richiamo”», seppure successivo, al rispetto della norma<sup>81</sup>, valorizzando così il valore del precetto e riconoscendo alla sanzione un ruolo secondario ed effettivamente residuale.

---

<sup>79</sup> D. PULITANÒ, *Il penale tra teoria e politica*, cit., 8.

<sup>80</sup> G. FIANDACA, *Note su punizione, riparazione e scienza penalistica*, in *Sistema penale*, 28 novembre 2020, 6.

<sup>81</sup> G. FORTI, *Le ragioni extrapenali dell'osservanza della legge penale: esperienze e prospettive*, cit., 1117, afferma come uno dei problemi che affligge «ogni forma di regolazione, ivi compresa quella penale, prima ancora che la conoscenza dei precetti [...] è quello di un effettivo e concreto richiamo al rispetto della norma, per sentirsene, davvero, vincolati». L'Autore evidenzia come tale aspetto sia riprodotto, nella teoria della colpa, dal c.d. “spunto” e cioè l'occasione da cui dipende la percezione del pericolo e, dunque, concretizza la necessità di adottare le cautele preventive conformi alla diligenza prescritta. Il concetto è ben illuminato dall'esempio, ivi riportato, delle *checklist* che, per il tramite della concreta ripetizione di prassi virtuose operano come «una sorta di compensazione, surrogazione, di possibili difetti di “presentificazione” emotiva [...] del precetto nella situazione concreta dell'agente». Cfr. anche M. CAPUTO, “*Filo di Arianna*” o “*flauto magico*”? *Linee guida e checklist nel sistema della responsabilità medica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 875 ss.; A. VALLINI, “Codifier l'incodifiable: la legge “generale e astratta” e l'irriducibile singolarità dell'atto medico.

Per andare pienamente verso questa direzione, tuttavia, appare necessario ripensare il meccanismo di funzionamento di simili norme, per evitare che esse si trasformino, come è stato evidenziato, in meccanismi di “convenienza” secondo cui il prezzo del delitto non è più la pena bensì la riparazione. La valorizzazione del *post factum* dovrebbe invece rilevare non solo sotto un profilo oggettivo ma anche soggettivo. La previsione di oneri ulteriori, che accompagnino *ex ante* la norma in previsione della sua violazione dovrebbero rappresentare momenti di vero e proprio dialogo tra ordinamento e reo, nella consapevolezza che il meccanismo di non punibilità non rappresenta unicamente un fattore di mera sottrazione.

## **5. Quale futuro per il comando penale? Struttura “debole” per una funzione “forte”**

Dall’analisi che si è tentato di condurre sembrerebbero emergere alcuni tratti caratterizzanti l’attuale stato del precetto penale che inducono a ripensare la struttura normativa secondo la futura elaborazione di un modello teorico che metta a sistema tali peculiari tratti.

In primo luogo, sembra riemergere una certa attenzione per la funzione di orientamento comportamentale che, anche la norma penale, dovrebbe comprendere. Una valorizzazione di quel “momento normativo primario” che non sia affidato unicamente alla prevenzione generale legata alla minaccia della sanzione, ma che risulti immanente nella struttura normativa stessa.

Tale funzione, messa in crisi da plurimi fattori che ne determinano la difficile collocazione all’interno delle strette maglie della fattispecie, sembra reclamare spazio, tendendo ad espandersi al di fuori delle maglie della fattispecie stessa. Nei procedimenti, in primo luogo, per poter ritrovare nella

---

*Dai dilemmi di Critobulo al Sistema nazionale linee guida*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2019, 183 ss.

c.d. “legalità procedimentale” un elemento di equilibrio tra istanze che debbono essere bilanciate in concreto; ma anche e soprattutto in quei momenti successivi alla violazione il cui ruolo sembra essere destinato ad una crescente valorizzazione.

Il precetto, dunque, valorizzato nei suoi fini dialogico-comunicativi e nel rapporto con il destinatario, sempre più spesso bisognoso di esprimersi in forma positiva piuttosto che nella veste di divieto, tende ad espandersi, rompendo gli argini della norma. In questo senso, la previsione di istituti di carattere *lato sensu* premiale, talvolta comprensivi di misure a carattere prescrittivo, sembra estendere il momento di comunicazione con il destinatario a momenti successivi a quello della violazione della fattispecie.

La teorizzazione della possibile introduzione, *de iure condendo*, di un modello di delitto riparato sembra confermare l’esigenza che all’interno della fattispecie penale ci sia anche altro e che il rapporto unidirezionale fattispecie-violazione-pena non risponda più integralmente alle esigenze richieste al comando penale.

In secondo luogo, sembra vacillare anche il “comando” come forma di esercizio ed espressione del potere, che trova nella coercitività/sanzionabilità del precetto il suo punto di forza, e nella norma penale la sua più tradizionale e archetipica espressione. Così come si può riscontrare da un’analisi delle linee direttrici che innervano le nuove forme di *normatività*, anche la norma penale sembra ammorbidire la sua componente *hard*, aprendosi a forme di rapporto tra precetto e sanzione e a mezzi di orientamento differenti da quelli propri del comando.

La *compliance*, nel senso che si è detto, come mezzo differente di orientare il destinatario del precetto al suo rispetto, entra a far parte del meccanismo di funzionamento di (alcune delle) norme penali. Il meccanismo, già presente in alcuni modelli alternativi di tutela, sembra introdursi all’interno della struttura stessa della norma penale, modificandone il genoma. E i re-

centi interventi di riforma confermano questa linea evolutiva. L'indebolimento della struttura del comando può consentire un rafforzamento della sua funzione di orientamento; per mezzo della prospettazione di un premio, quale quello della non punibilità per una precedente azione illecita, la norma riesce a raggiungere un grado di efficacia maggiore nel plasmare e modulare il proprio contenuto comunicativo e realizzare l'effetto finale di una conformazione talvolta individualizzata. La norma penale comprenderebbe, dunque, già dentro la propria struttura la possibilità di non essere sanzionata, laddove tramite un precetto "di secondo grado" accompagnato dalla prospettiva premiale essa riesca a garantire il recupero postumo dell'osservanza della norma primaria.

Quella del comando inteso come orientamento del comportamento è, come si è detto più volte, una funzione e cioè un'attività caratterizzata nel fine; in quanto tale può essere perseguita e raggiunta per mezzo di meccanismi anche differenti dalla struttura del comando.

Ne nasce dunque l'esigenza di pensare un modello "normologico" che si dimostri idoneo ad accogliere tali componenti nella struttura e nella funzione della fattispecie penale e che consenta ad essa di ritrovare la propria vocazione ad orientare il comportamento degli uomini anche attraverso norme la cui capacità di interlocuzione non si interrompa con la loro violazione.



## BIBLIOGRAFIA

- AA. VV., *La matière pénale» au sens de la Convention européenne des droit de l'homme, flou du droit pénal*, in *Rev. sc. crim. Et droit pén. Comp.*, 1987, 819 ss.
- AA. VV., *Oltre il soggetto razionale. Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato*, (a cura di G. Rojas Elgueta, N. Valdi), Roma, 2014
- AA. VV., *Nudge and the Law. A European Perspective*, (a cura di A. Alemanno, A.L. Sibony), Oxford, 2015
- AA. VV., *Nudging. Possibilities, Limitations and Applications*, in *European Law and Economics*, (a cura di K. Mathis, A. Tor), Springer, 2016
- ABBOTT K. W., SNIDAL D., *Taking Responsive Regulation Transnational: Strategies fro International Organizations*, in *Regulation and Governance*, 7(1), 2013, 95 ss.
- ACEMOGLU D., ROBINSON A., *La strettoia*, Milano, 2020
- AGAMBEN G., *Karman. Breve trattato sull'azione, la colpa e il gesto*, Torino, 2017
- ALLEGRA G., *Norme penali e reati speciali*, in *Annali di dir. e proc. pen.*, 1939, 96 ss.
- AMARELLI G., *Legge penale e giudice: un vecchio rapporto alla ricerca di un nuovo equilibrio*, in *Cass. pen.*, 2014, 411 ss.
- AMARELLI G., *Dalla legolatria alla post-legalità: eclissi o rinnovamento di un principio?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1406 ss.
- AMATI E., *L'enigma penale. L'affermazione politica dei populismi nelle democrazie liberali*, Torino, 2021
- AMBROSETTI E. M., *Codice e leggi speciali. Progettare una riforma dopo la riserva di codice*, in *disCrimen*, 5 dicembre 2018
- AMENDOLA G., *Il diritto penale dell'ambiente. Dalla legge sulla pesca del 1931 agli ecoreati del 2015*, Roma, 2016, 372 ss.
- ANASTASIA S., ANSELMI M., FALCINELLI D., *Populismo penale: una prospettiva italiana*, Padova, 2015
- ANDENAES J., *La prevenzione generale: illusione o realtà?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1953, 269 ss.
- ANDENAES J., *General Prevention Revisited: Research and Policy Implications*, in *The Journal of Criminal Law and Criminology*, 1975, 338 ss.
- ANTOLISEI F., *Teoria e realtà della pena*, in *Id.*, *Scritti di diritto penale*, Milano, 1955
- ARGENTERO P., CORTESE C. G., FERRETTI M. S., *An evaluation of organizational citizenship behaviour: Psycometric characteristics of the Italian version of Podsakoff et al.'s scale*, in *TPM – Testing, Psychometrics, Methodology in Applied Psychology*, 15(2), 2008, 61 ss.
- AUSTIN J., *Lectures on Jurisprudence or the philosophy of positive law*, Lect. I, (1973), London, 2002.
- BAGNOLI C., *L'autorità della morale*, Milano, 2007
- BALBI G., *Democrazia crepuscolare e diritto vivente*, in *Criminalia* 2015, 377 ss.
- BALDWIN R., 'Regulation: After Command and Control', in K. Hawkins (ed.), *The Huuman Face of Law: Essays in Honor of Donald Harris*, Oxford, 1997
- BALDWIN R., CAVE N., LODGE M., *Understanding Regulation: Theory, Strategy and Practice*, Oxford, 2012
- BARACK-CORREN N., *Regulating for Integration of Behavioural Design: An Evidence-Based Approach for Culturally Responsive Regulation*, in *Regulation and Governance*, vol. 15(S1), 2021, 163 ss.

- BARON L., *Ripensare lo statuto dell'ente cooperante. Alcune osservazioni in prospettiva ante e post delictum*, in Gullo A., Militello V., Rafaraci P., *I nuovi volti del sistema penale fra cooperazione pubblico-privato e meccanismi di integrazione fra hard e soft law*, Milano, 2022, anticipato in *disCrimen*, 26 aprile 2021
- BARTOLI R., *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Torino, 2005
- BARTOLI R., *Legalità europea versus legalità nazionale? Un tentativo di possibile integrazione*, in C. E. Paliero, S. Moccia, G. De Francesco, G. Insolera, M. Pellissero, R. Rampioni, L. Riscato (a cura di), *La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali*, Napoli, 2016 283 ss.
- BARTOLI R., *La "galassia afflittiva": sistematica, fondamento, legittimità. Primo studio per un affresco*, in *Sistema Penale*, 2 marzo 2021
- BARTOLI R., *Dal paradigma punitivo reattivo al paradigma punitivo reattivo-premiale. Secondo studio per un affresco*, in *Sistema Penale*, 29 marzo 2021
- BASILE F., *Intelligenza artificiale e diritto penale: quattro possibili percorsi di indagine*, in *Dir. pen. uomo*, 2019
- BATTAGLINI G., *Le norme del diritto penale e i loro destinatari*, Torino, 1910
- BAUMAN Z., *Postmodern Ethics* (1993), trad, it., *Le sfide dell'etica*, Milano, 1996
- BAUMAN Z., *La società individualizzata*, Bologna, 2002
- BECK U., *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, (trad. it.), Roma, 2013
- BELLAGAMBA F., *La responsabilità penale degli amministratori nel codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, in *Leg. pen.*, 11 maggio 2020
- BELLAVISTA G., *Il problema della colpevolezza*, Palermo, 1942
- BERMUDEZ J. L., *Ascribing Thoughts to Non-linguistic creatures*, in *Facta Philosophica*, 5 (2), 2003, 313 ss.
- BERNARDI A., *Codificazione penale e diritto comunitario. I – la modificazione del codice penale ad opera del diritto comunitario*, Ferrara, 1996
- BERNARDI A., *Il difficile rapporto tra fonti interne e fonti sovranazionali*, in C. E. Paliero, S. Moccia, G. De Francesco, G. Insolera, M. Pellissero, R. Rampioni, L. Riscato (a cura di), *La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali*, Napoli, 2016, 7 ss.
- BERNASCONI C., *Alle radici dell'imprevedibilità del diritto giurisprudenziale*, in *Criminalia* 2016, 193 ss.
- BERNASCONI C., *Crisi della legalità nel diritto penale o "Krisis" nelle diverse legalità?*, in *Riv. pen.*, 2021, fasc. 2, 105 ss.
- BERTOLINO M., *Privato e pubblico nella rappresentazione mediatica del reato*, in G. Forti, M. Bertolino (a cura di) *La televisione del crimine*, Atti del convegno "La rappresentazione televisiva del crimine", Milano, 2005, 213 ss.
- BEVIVINO G., *Soft law e orientamenti interpretativi dei Consigli notarili: sul ruolo delle massime notarili nel quadro delle fonti del diritto*, in *Quaderni della fondazione italiana per il notariato*, 2015
- BIANCHI D., *Il problema della "successione impropria": un'occasione di (rinnovata?) riflessione sul sistema del diritto punitivo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 322 ss.
- BIANCHI D., *Appunti per una teoria dell'autonormazione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, fasc. 3, 1477 ss.
- BIANCHI D., *Autonormazione e diritto penale. Intersezioni, potenzialità, criticità*, Torino, 2021
- BIANCHIN M., *Ragioni, potere, dominio. Rainer Forst e la teoria critica del potere*, in *Quaderni di teoria sociale*, 1/2, 2020, 111 ss.

- BICCHIERI C., *Norms in the Wild: How to diagnose, Measure, and Change Social Norms*, New York, 2017
- BICCHIERI C., *The grammar of society: the nature and dynamics of Social Norms*, Cambridge, 2006
- BIN R., *Soft law, no law*, in SOMMA A. (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, 2009, 31 ss.
- BLACK J., *Critical Reflections on Regulation*, in *Australian Journal of Legal Philosophy*, 27, 2002
- BOBBIO N., *Comandi e consigli*, in Id., *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, 1951, 49 ss.
- BOBBIO N., voce *Norma giuridica*, in *Noviss. Dig. It.*, XI, Torino, 1961, 331 ss.
- BOBBIO N., *Essere e dover essere nella scienza giuridica*, in *Riv. fil.*, 3 (58), 1967
- BOBBIO N., voce *Sanzione*, in *Noviss. Dig.*, Torino, CVI, 1969, 530 ss.
- BOBBIO N., *Sulla funzione promozionale del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, 1316 ss.
- BOBBIO N., *Il positivismo giuridico. Lezioni di filosofia del diritto*, Torino, 1997
- BOBBIO N., *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, (1977), Roma-Bari, 2007
- BORSARI R., *Intelligenza artificiale e responsabilità penale: prime considerazioni*, in *Medialaws*, ora anche si *disCrimen*, 14 febbraio 2020
- BOVENS I., *The Ethics of Nudge*, in T. Grune-Yanoff, S. O. Hansson (eds.), *Preference Change: Approaches from Philosophy, Economics and Psychology*, Berlin-New York, 2009, 207 ss.
- BOWEN F., ARAGON CORREA J. A., *Greenwashing in Corporate Environmentalism Research and Practice: The Importance of What We Say and Do*, in *Organization & Environment*, 27(2), 2014, 107 ss.
- BOZZO-REY M., *Le droit comme système de contrôle social. La question des normes chez Bentham et Foucault*, in *Revue d'études benthamiennes*, 8, 2011, 35 ss.
- BOZZO-REY M., *Indirect Legislation: It is just a Question of Time*, in *History of the European Ideas*, 43, 1, 2017, 106 ss.
- BRAITHWAITE J., AYRES I., *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*, Oxford, 1992
- BRAITHWAITE J., DRAHOS P., *Global Business Regulation*, Cambridge, 2000, 3 ss.
- BRAITHWAITE J., HONG S. H., *The Iteration Deficit in Responsive Regulation: Are Regulatory Ambassadors an Answer?*, in *Regulation and Governance*, 9(1), 2015, 16 ss.
- BRICCHETTI R., *Codice della crisi d'impresa: rassegna delle disposizioni penali e raffronto con quelle della legge fallimentare*, in *Dir. pen. cont.*, 7-8, 2019, 19 ss.
- BRICOLA F., *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, in *Diritto premiale e sistema penale*, Milano, 1983, 124 ss.
- BRIGHENTI A., *Per una sociologia del comando*, in *Sociologia del diritto*, vol. 33, 2006.
- BRUNON-ERNST A., *Le gouvernement des normes: Jeremy Bentham et les instruments de régulation post-modernes*, in *Archives de philosophie*, 78, 2, 2015, 309 ss.
- BRUNON-ERNST A., VAN WAEYENBERGE A., *Effects of the Open Method of Coordination (OMC) in Research and Innovation: Legislation in EU Policy-Making?*, in *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 47, 1, 2015, 1 ss.
- BRUNON-ERNST A., *Back to the Sources of Nudges*, in *The Toqueville Review*, 37, 1, 2016, 102 ss.
- BRUNON-ERNST A., *Nudges and the Limit of Appropriate Interference: Reading backwards from J. S. Mill's Harm Principle to Jeremy Bentham's Indirect Legislation*, in *History of European Ideas*, 43, 1, 2017, 53 ss.
- BUCALO M.E., *Autorità indipendenti e soft law. Forme, contenuti e limiti*, Torino, 2018

- CADOPPI A., *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, 2007
- CADOPPI A., *Il crepuscolo del codice. Gli Ottant'anni del codice Rocco alla luce dell'esperienza comparatistica*, in Stortoni L, Insolera G. (a cura di), *Gli Ottant'anni del codice Rocco*, Bologna, 2012, 83 ss.
- CAFAGGI F., *Crisi della statualità, pluralismo e modelli di autoresponsabilità*, in *Pol. dir.*, 2001, 543 ss.
- CAFAGGI F., SILLARI G., *Behavioural Insights in Consultation Design: a Dialogical Architecture*, in *European Journal of Risk Regulations*, 2018, 603 ss.
- CAIANIELLO M., *Poteri dei privati nell'esercizio dell'azione penale*, Torino, 2003
- CANESTRARI S., *Per un modello "aperto e condiviso" di scienza penalistica*, in *ius17@unibo.it*, 1, 2008, 8 ss
- CAPUTO V. M., *La mano visibile. Codici etici e cultura d'impresa nell'imputazione della responsabilità degli enti*, in *Dir. pen. cont.*, 1, 2013
- CARNELUTTI F., *Teoria generale del diritto*, 3ª ed., Roma, 1951
- CARRIÒ G. R., *Sul concetto di obbligo giuridico*, in *Riv. fil.*, LVII-2, 1966, 150
- CASSESE S., *Oltre lo Stato*, Roma-Bari, 2005
- CATANIA A., *Manuale di teoria generale del diritto*, Roma-Bari, 1999
- CATANIA A., *Metamorfosi del diritto. Decisione e norma nell'età globale*, Roma-Bari, 2008
- CATANIA A., *Diritto positivo ed effettività*, Napoli, 2011
- CATANIA A., *Effettività e modelli normativi. Studi di filosofia del diritto*, Torino, 2018
- CAVALIERE A., *Radici e prospettive del principio di legalità. Per una critica del 'diritto penale vivente' interno ed europeo*, in *Ind. pen.*, 2017, 653 ss.
- CENTONZE F., *La co-regolamentazione della criminalità d'impresa nel d.lgs. n. 231 del 2001. Il problema dell'importazione dei "compliance programs" nell'ordinamento italiano*, in *Analisi giur. ec.*, 2009, 219 ss.
- CENTONZE F., *Public-private Partnerships and Agency Problems: The Use of Incentives*, in Mancorda S., Centonze F., Forti G. (a cura di), *Preventing corporate corruption. The Anti-bribery Compliance Model*, Milano, 2016
- CHIARAVIGLIO P., *Osservazioni penalistiche "a prima lettura" sul progetto di codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Dir. pen. cont.*, 5, 2018, 91 ss.
- CHIARAVIGLIO P., *Le innovazioni penalistiche del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Soc.*, 2019, 4 ss.
- CHINKIN C. M., *Normative development in The international legal system*, in D. Shelton (ed.), *Committed and compliance: the Role of non-binding norms in the international legal system*, Oxford, 2000, 21 ss.
- CHITI A., DI MARTINO A, PALOMBELLA G. (a cura di) *L'era dell'interlegalità*, Bologna, 2022
- COCCO G., *La difesa della punibilità quale elemento autonomo del reato*, in *Scritti in onore di Alfonso Stile*, Napoli, 2013
- COCCO G., *La punibilità quarto elemento del reato*, in G. Cocco, E. M. Ambrosetti (a cura di), *Punibilità e pene*, Padova, 2015, 111 ss.
- COFFEE J. F., *Law and the market: the impact of enforcement*, in *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 156 (2), 2007, 229 ss.
- COLLOCA S., *Prescrittivo vs. presentativo nel linguaggio del comando*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1, 2018, 261 ss.

- COLUCCI C., *Nomofilachia "espressa" e nomofilachia "occulta": meccanismi di stabilizzazione della giurisprudenza nella recente evoluzione del diritto penale italiano*, in *Criminalia* 2017, 209 ss.
- COMINELLI L., *Cognizione del diritto. Per una sociologia cognitiva dell'agire giuridico*, Milano, 2015.
- CONSULICH F., *"Materia penale" e tutela dei beni giuridici nello spazio unitario europeo*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, 65 ss.
- CONSULICH F., *Lo statuto penale delle scriminanti. Principio di legalità e cause di giustificazione: necessità e limiti*, Torino, 2018
- CONSULICH F., *Il diritto penale fallimentare al tempo del codice della crisi: un bilancio provvisorio*, in *Leg. pen.*, 20 maggio 2020
- CONTE R., *L'obbedienza intelligente. Come e perché si rispettano le norme*, Roma-Bari, 1997
- CONTE R., C. CASTELFRANCHI, *La società delle menti. Azione cognitiva e azione sociale*, Torino, 1996
- CONTI C. (a cura di), *Processo mediatico e processo penale*, Torino, 2016
- CONTI C., *Cronaca giudiziaria e processo mediatico: l'etica della responsabilità verso nuovi paradigmi*, in *Arch. pen.*, 1, 2022
- CORNACCHIA L., *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, 2004, 56 ss.
- CORNACCHIA L., *Lex imperfecta: ciò che sopravvive della Normetheorie di Binding nella dottrina penale*, in *Criminalia* 2016, 347 ss.
- COSTA P., *Pagina introduttiva (Il principio di legalità: un campo di tensione nella modernità penale)*, in *Quad. fior.*, 2007, 21 ss.
- COSTA P., *La ragione e i suoi eccessi*, Milano, 2014
- CRILLY D., HANSEN M. T., ZOLLO M., *Faking it or Muddling Through? Understanding Decoupling in Response to Stakeholder Pressures*, in *The Academy of Management Journal*, 2012, 55 (6), 1429 ss.
- CRISAFULLI V., *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti del diritto*, in *Studi in onore di G. Zanobini*, III, Milano, 1965, 173 ss.
- CUPELLI C., *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Napoli, 2012
- D'ALESSANDRO F., *La riforma delle false comunicazioni sociali al vaglio del giudice di legittimità: davvero penalmente irrilevanti le valutazioni mendaci?*, in *Giur. It.*, 2015, 2211 ss.
- D'AMICO M., *Il principio di legalità in materia penale tra Corte Costituzionale e Corti europee*, in AA.VV., *Le Corti dell'integrazione europea: avvicinamenti, dialoghi, assonanze*, Napoli, 2006, 157 ss.
- DARDOT P., *Qu'est-ce que la rationalité néolibérale?*, in B. Cassin, L. Gori, C. Laval (ed.), *L'appel des appel. Pour une insurrection des consciences*, Parigi, 2009
- DE FRANCESCO G., *Il principio della personalità della responsabilità penale nel quadro delle scelte di criminalizzazione*, in S. Canestrari (a cura di), *Il diritto penale alla svolta di fine millennio*, Torino, 1988, 373 ss.
- DE FRANCESCO G., *Premessa*, in P. Pisa (a cura di), *Verso una riforma del sistema sanzionatorio? Atti del Convegno in ricordo di Laura Fioravanti*, Torino, 2018, 25 ss.
- DELEUZE G., *"Poscritto sulle società di controllo"*, in *Pourparler*, Macerata, 2000
- DELMAS MARTY M., *Le flou du droit. Du code pénal aux droits de l'homme*, Paris, 1986
- DELMAS-MARTY M., *La refondations del pouvoirs. Le forces imaginantes du droit*, III, Paris, 1999
- DE MAGLIE C., *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, 2002

- DERIDDA J., *Forza di legge. Il «fondamento mistico dell'autorità»*, (trad. it.), Torino, 2003
- DE VERO G., *L'incerto percorso e le prospettive di approdo dell'idea della prevenzione generale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002
- DE VERO G., *Gli obblighi di penalizzazione di fonte europea*, in C. E. Paliero, S. Moccia, G. De Francesco, G. Insolera, M. Pellissero, R. Rampioni, L. Risicato (a cura di), *La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali*, Napoli, 2016, 93 ss.
- DEWEY J., *Logica, teoria dell'indagine*, Torino, 1974
- DI LANDRO A., *La funzione ripristinatoria nel diritto penale ambientale*, Torino, 2020
- DI MARTINO A., *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, Milano, 1998
- DI MARTINO A., G. PALOMBELLA, *Oltre l'architettura ordinamentale: il nuovo diritto composito della "terza ondata"*, in *Questioni costituzionali*, 2020, 1, 225 ss.
- DONINI M., *Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto tra diritto penale e politica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 45 ss.
- DONINI M., *Modelli ed esperienze di riforma del diritto penale complementare*, Milano, 2003, 25 ss.
- DONINI M., *Serendipità e disillusione della giurisprudenza. Che cosa è rimasto della sentenza C. Cost. n. 364/1988 sull'ignorantia legis*, in *Liber amicorum per Massimo Bione*, a cura di L. Foffani, M. C. Fregni, R. Lambertini, Torino, 2011, 173 ss.
- DONINI M., *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011
- DONINI M., *Sistema delle fonti penali e garanzie giurisdizionali in un'Europa coordinata dal potere giudiziario*, in S. Mir Puig, M Corcoy Bidasolo (dir.), V. Gomez Martín (coord.), *Garantias constitucionales y Derecho penale europeo*, Madrid, 2012, 179 ss.
- DONINI M., *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1162 ss.
- DONINI M., *Il diritto penale come etica pubblica*, Modena, 2014
- DONINI M., *Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in *Dir. pen. cont.*, 2, 2015, 236 ss.
- DONINI M., *Compliance, negozialità e riparazione dell'offesa nei reati economici. Il delitto riparato oltre la restorative justice*, in Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale, *Criminalità d'impresa e giustizia negoziata: esperienze a confronto*, Milano, 2017
- DONINI M., *L'art. 3 bis c.p. in cerca del disegno che la riforma Orlando ha forse immaginato*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 429 ss.
- DONINI M., *La riserva di codice (art. 3-bis cp) tra democrazia normante e principi costituzionali. Apertura di un dibattito*, in *Legislazione penale*, 2018
- DONINI M., *Lettura critica di corte costituzionale n. 115/2018. La determinatezza ante applicationem e il vincolo costituzionale sostanziale come controlimiti alla regola Taricco*, in *Diritto penale contemporaneo*, 11 luglio 2018
- DONINI M., *Populismo e ragione pubblica.*, Modena, 2019
- ENGELMANN S., *Nudging Bentham: Indirect Legislation as (Neo-)Liberal Politics*, in *History of European Ideas*, 43, 1, 2017, 73 ss.
- EUSEBI L., *La pena in crisi. Il recente dibattito sulla funzione della pena*, Brescia, 1990
- EUSEBI L., *Appunti critici su un dogma: prevenzione mediante retribuzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 1157 ss.
- EUSEBI L., *La riforma ineludibile del sistema sanzionatorio penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1307 ss.

- EUSEBI L., *Senza politica criminale non può darsi diritto penale. L'essere e il dover essere della risposta ai reati nel pensiero di Massimo Pavarini*, in *Criminalia*, 2015, 467 ss.
- EUSEBI L., *Ipotesi di introduzione della pena prescrittiva come nuova pena principale*, in *disCrimen*, 31 marzo 2021
- EUSEBI L., *L'obbedienza come valore*, in *Gli "obbedienti" di Natalino Irti: una lettura penalistica*, in *disCrimen*, 27 dicembre 2021
- EUSEBI L., *Persona, diritto, Stato nelle prime due monografie penalistiche di Aldo Moro*, in *disCrimen*, 17 gennaio 2022
- FASSIN D., *Punire. Una passione contemporanea*, Milano, 2018
- FARJAT G., *Pour un droit économique*, Paris, 2004
- FATELLI G., *Il desiderio della legge*, Roma, 1999, 123
- FERRAJOLI L., *Crisi della legalità penale e giurisdizione. Una proposta: la riserva di codice*, in *Legalità e giurisdizione. Le garanzie penali tra incertezze del presente e ipotesi del futuro*, Padova, 2001, 27 ss.
- FERRAJOLI L., *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, Napoli, 2015
- FERRARA A., *La forza dell'esempio. Il paradigma del giudizio*, Milano, 2008
- FERRARESE M. R., *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2000
- FERRARESE M. R., voce *Globalizzazione (Aspetti istituzionali)*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, I supplemento, 2001
- FERRARESE M. R., *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, 2002
- FERRARESE M. R., *Soft law: funzioni e definizioni*, in SOMMA A. (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, 2009, 71 ss.
- FERRARESE M. R., *Prima lezione di diritto globale*, Bari-Roma, 2012
- FERRARESE M. R., *Private lawmaking a livello globale tra potenzialità e problemi*, in *Riv. dir. priv.*, 2019
- FERRARESE M. R., *Al di là della globalizzazione: verso un mondo post-globale?*, in *Politica del diritto*, 2, 2021, 260 ss.
- FERRERI S., *Tipologia*, in A. Pizzorusso, S. Ferreri (a cura di), *Le fonti del diritto italiano*, in *Trattato di diritto civile*, vol. 1, Torino, 1988, 299 ss.
- FIANDACA G., *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979
- FIANDACA G., *In tema di rapporti tra codice e legislazione speciale complementare*, in *Foro it.*, 1994, vol V, 137 ss.
- FIANDACA G., *La legalità penale negli equilibri del sistema politico-istituzionale*, in *Foro It.*, 2000, 138 ss.
- FIANDACA G., *Il diritto tra legge e giudice*, Padova, 2002
- FIANDACA G., *Legalità penale e democrazia*, in *Quad. fior.*, Milano, 2007, 1271 ss.
- FIANDACA G., *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giudiziario*, in *Criminalia* 2011, 79 ss.
- FIANDACA G., *La riforma codicistica tra mito accademico e realtà politico-culturale*, in *Gli Ottant'anni del codice Rocco*, (a cura di L. Strortoni, G. Insolera), Bologna, 2012, 207 ss.
- FIANDACA G., *Populismo penale e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, 95 ss.
- FIANDACA G., *Note su punizione, riparazione e scienza penalistica*, in *Sistema penale*, 28 novembre 2020
- FIANDANESE F., MAIELLO V., RIONDATO S., VALLINI A., *Le due legalità: quale convivenza nel diritto penale*, in *Criminalia* 2013, 205 ss

- FINOCCHIARO G., *Riflessioni su diritto e tecnica*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, fasc. 4.5, 2012, 835 ss.
- FIGURELLA A., *Pluralità di fonti e complessità del sistema penale*, in C. E. Paliero, S. Moccia, G. De Francesco, G. Insolera, M. Pellissero, R. Rampioni, L. Risicato (a cura di), *La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali*, Napoli, 2016, 335 ss.
- FLUCKIGER A., *Governing by Nudge. Using Cognitive Bias instead of Legislation*, in *Cahiers*, 2018, 199 ss.
- FOGG B. J., *Tecnologie della persuasione*, Roma, 2005
- FORNASARI G., *Argomenti per una riserva di legge rafforzata in materia penale*, in [www.penale-contemporaneo.it](http://www.penale-contemporaneo.it), 28 maggio 2018
- FORST R., *Noumenal Power*, in *The Journal of Political Philosophy*, 23(2), 115 ss.
- FORST R., *Normativity and Power: Analyzing Social Orders of Justification*, Oxford, 2011
- FORTI G., *L'immane concretezza*, Torino, 2000
- FORTI G., *Le ragioni extrapenalistiche dell'osservanza della legge penale: esperienze e prospettive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 3., 2013, 1108 ss.
- FORTI G., MAZZUCATO C., VISCONTI A. (a cura di), *Giustizia e letteratura*, I, Milano, 2012
- FORTI G., MAZZUCATO C., A. VISCONTI A. (a cura di), *Giustizia e letteratura*, II, Milano, 2014
- FORTI G., MAZZUCATO C., VISCONTI A. (a cura di), *Giustizia e letteratura*, Milano, 2016
- FORTI G., *La cura delle norme, Oltre la corruzione delle regole e dei saperi*, Milano, 2018, 130 ss.
- FOUCAULT M., *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978-1979)*, (trad. it.), Milano, 2015
- FOUCAULT M., *Sorvegliare e punire*, Torino, 1993
- FOUCAULT M., *La società disciplinare in crisi*, in *Discipline, poteri, verità. Detti e scritti 1970-1984* (a cura di M. Bertani, V. Zini), Bologna, 2021, 104
- FREEMAN F. E. *Strategic Management: a Stakeholder Approach*, Boston, 1984
- FRIEDMAN L. M., *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali* (1975), Bologna, 1978
- FRIEDMAN M., *A Friedman doctrine: The Social Responsibility of Business is to Increase Its Profits*, in *New York Times Magazine*, 1970
- GALGANO F., *La globalizzazione dello specchio del diritto*, Bologna, 2009
- GALIMBERTI U., *Psiche e techné*, Milano 1999
- GALLETTI M., VIDA S., *Libertà vigilata. Una critica del paternalismo libertario*, Roma, 2018
- GALLO M., *Appunti di diritto penale*, I, Torino, 1999
- GALLO M., *La regola e il giudizio. Tra due ipotesi e il diritto penale vigente*, Torino, 2016
- GAMBARDELLA M., *Il nuovo codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: un primo sguardo ai riflessi in ambito penale*, in *Dir. pen. cont.*, 27 novembre 2018
- GAMBARDELLA M., *Il codice della crisi d'impresa: nei delitti di bancarotta la liquidazione giudiziale prende il posto del fallimento*, in *Cass. pen.*, 2019, 494 ss.
- GARGANI A., *Dal corpus delicti al Tatbestand. Le origini della tipicità penale*, Milano, 1997
- GARGANI A., *Verso una "democrazia giudiziaria"? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo*, in *Criminalia* 2011, 99
- GARGANI A., *Crisi del diritto sostanziale e "vis expansiva" del processo*, in *Criminalia* 2016, 303 ss.
- GAZZI G., *Effettività (principio di)*, in *Enc. giur.*, XII, 1989
- GIARO T., *Dal soft law moderno al soft law antico*, in A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, 2008
- GIOSTRA G., *Processo mediatico*, in *Enc. dir., Annali II*, X, Milano, 2017, 647 ss.

- GIUNTA F., *Dal governo delle leggi al governo degli uomini? A proposito delle influenze reciproche tra diritto e processo*, in *Studi Senesi*, CXXV, 2013, 23 ss.
- GIUNTA F., *Il diritto (malamente) vivente salva gli atti persecutori*, in *Giur. Cost.*, 2014, 2738 ss.
- GIUNTA F., *Al capezzale del diritto penale moderno (e nella culla, ancora vuota, del suo erede)*, in *Criminalia* 2015, 383 ss.
- GIUNTA F., *Introduzione*, in *Gli "obbedienti" di Natalino Irti: una lettura penalistica*, in *disCrimen*, 27 dicembre 2021
- GRANDBOSKY P., *Beyond Responsive Regulation: The Expanding Role of Non-state Actors in the Regulatory Process*, in *Regulations and Governance* 7(1), 2013, 114 ss.
- GRASSO G., *Introduzione: diritto penale e integrazione europea*, in *AA.VV., Lezioni di diritto penale europeo*, Milano, 2005, 388 ss.
- GRECO T., *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Bari, 2021
- GROSSO C. F., *Riserva di codice, diritto penale minimo, carcere come extrema ratio di tutela penale*, in *Diritto penale minimo* (a cura di U. Curi, G. Palombarini), Roma, 2002, 99 ss.
- GROSSO C. F., *Il fascino discreto della conservazione (considerazioni in margine all'asserita crisi del principio di riserva di legge in materia penale)*, in *Criminalia* 2011, 125 ss.
- GROSSO C. F., *Fonti sovranazionali e principio di legalità*, in C. E. Paliero, S. Moccia, G. De Francesco, G. Insolera, M. Pellissero, R. Rampioni, L. Risicato (a cura di), *La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali*, Napoli, 2016, 319 ss.
- GUARNIERI C., *Ruolo della giurisdizione e modelli di reclutamento della magistratura*, in *Criminalia* 2016, 235 ss.
- GUARNIERI C., INSOLERA G., ZILLETTI L., *Anatomia del potere giudiziario. Nuove concezioni, nuove sfide*, Roma, 2016
- GUERINI T., *Diritto penale ed enti collettivi. L'estensione della soggettività penale tra repressione, prevenzione e governo dell'impresa*, Torino, 2018, 39 ss.
- GUERINI T., *Il formante algoritmico all'alba della Justice Digital. Uno sguardo a uno dei futuri possibili del diritto penale, dialogando a distanza con Filippo Sgubbi*, in *disCrimen*, 29 ottobre, 2021
- GUNNINGHAM N., JOHNSTONE R., *Regulating Workplace Safety Systems and Sanctions*, Oxford, 1999
- HACKER P., *Nudge 2.0: the Future of Behavioural Analysis of Law in Europe and Beyond*, in *European Private Law*, 2016, 297 ss.
- HAN B. C., *La società della stanchezza*, Milano, 2010
- HAN B. C., *Psicopolitica*, Milano, 2016
- HAN B. C., *Che cos'è il potere?*, Milano, 2019
- HAN B. C., *Le non cose. Come abbiamo smesso di vivere il reale*, Torino, 2022
- HART H. L. A., *Il concetto di diritto*, Torino, 1965
- HASSAN S., DE FILIPPI P., *The Expansion of Algorithmic Governance: From Code is Law to Law is Code*, in *Field Actions Science Reports*, 17, 2017, 88 ss.
- HASSEMER W., *Prozedurale Rechtsfertigungen (1994)*, in *Strafen in Rechtsstaat*, Baden-Baden, 2000, 109 ss.
- HASSEMER W., *Il diritto attraverso i media: messa in scena della realtà?*, in *Ars Interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica*, IX, *Mediazione ed ermeneutica*, 2004, 147 ss.
- HASSEMER H., *Perché punire è necessario. Difesa del diritto penale*, Bologna, 2012, 96 ss.
- HAUSMAN D. M., WELCH B., *Debate to Nudge or Not to Nudge*, in *Journal of Political Philosophy*, 18(1), 2010, 123 ss.

- HILDEBRANDT M., *Legal and Technological Normativity: more (and less) than twin sisters*, in *Technè*, 3, 2008, 169 ss.
- HILDEBRANDT M., *Legal Protection by Design: Objections and Refutations*, in *Legisprudence*, 2011, 223 ss.
- HILDEBRANDT M., *Saved by Design? The Case of Legal Protection by Design*, in *Nanoethics*, 2017, n. 11, 307 ss.
- HIRSCHL R., *Towards Juristocracy: The origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge, 2004
- HIRSCH G. *Verso uno stato di giudici? A proposito del rapporto tra giudice e legislatore nell'attuale momento storico*, in *Criminalia* 2007, 107 ss.
- HUME, *Trattato sulla natura umana*, vol. III, Londra, 1739
- INSOLERA G., *I percorsi di un'egemonia*, in *Criminalia* 2015, 371 ss.
- INSOLERA G., *Guardando nel caleidoscopio. Antimafia, antipolitica, potere giudiziario*, in *Ind. pen.*, 2015, 223 ss.
- IRTI N., *L'età della decodificazione*, Milano, 1979
- IRTI N., SEVERINO E. *Le domande del giurista e le risposte del filosofo (un dialogo su diritto e tecnica)*, in *Contratto e impresa*, 2006, 665 ss.
- IRTI N., *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 1, 37 ss.
- IRTI N., *Viaggio tra gli obbedienti*, Milano, 2021
- IVEC M., BRAITHWAITE V., WOOD C., JOB J., *Applications of Responsive Regulatory Theory in Australia and Overseas: Update*, in *Regulatory Institution Network*, Occasional Paper 23, 2015
- JHERING R., *Lo scopo del diritto*, (trad. it. a cura di Losano), Torino, 1972
- JOB J., STOUT A., SMITH R., *Culture Change in Three Taxation Administration: From Command and Control to Responsive Regulation*, in *Law Administration*, 95(4), 865 ss.
- JOHNSTONE R., *Putting the Regulated Back into Regulation*, in *Journal of Law and Society*, 26(3), 1999, 378 ss.
- KELSEN H., *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (1934), (trad. it) Torino, 2000
- KELSEN H., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, a cura di S. Cotta, G. Treves, 6ª ed., Milano, 2009
- KLABBERS J., *The Undesirability of Soft Law*, in 67 *N. J. Int. Law*, 1998, 381 ss.
- KLABBERS J., PALOMBELLA G.(eds.), *The Challenge of Inter-legality*, Cambridge, 2019
- LANZI M., *Error iuris e sistema penale. Attualità e prospettive*, Torino, 2018
- LAVAL C., *"The Invisible Chain": Jeremy Bentham and Neo-liberalism*, in *History Of European Ideas*, 43, 1, 2017, 34 ss.
- LENOBLE J., *Droit et communication*, Paris, 1994
- LASAGNI G. *Public private partnerships nell'antiriciclaggio e antiterrorismo: una nuova forma di outsourcing del processo penale?*, in *Riv. dir. pen. cont.*, 3, 2021, 153 ss.
- LENOBLE V. J., MAESSCHALCK M., *Towards a Theory of Governance: The Action of Norms*, The Hague-New York-London, 2003
- LESSING L., *Code and Others Laws of Cyberspace*, 1999
- LESSING L., *Code is law. On liberty in Cyberspace*, in *Harvard Magazine*, 2000
- LESSING L., *Code 2.0*, New York, 2006
- LYON T. P., MAXWELL M. J., *Greenwash: Corporate Environmental Disclosure under Threat of Audit*, in *Journal of Economics & Management Strategy*, 20 (1), 2011, 3 ss.
- LODGE M., WEGRICH K., *The rationality paradox of Nudge: Rational Tolls of Government in a World of Bounded rationality*, in *Law & Policy*, 2016, 250 ss.

- LORINI G., *Il senso e la norma*, Torino, 2016
- LORINI G., MORONI S., *Come fare norme con disegni*, in P.L. Lecis, G. Lorini, V. Busacchi, P. Salis, O.G. Loddo, *Verità, Immagine, Normatività*, Macerata, 2017, 421 ss.
- LORINI G., *Corporeal drawn norms. An Investigation of graphic normativity in the material world of everyday object*, in *Phenomenology and Mind*, 2017, 80 ss.
- LORINI G., *Il comportamento nomico degli animali non-umani. Verso un'etologia della normatività*, in *Sociologia del diritto*, 3, 2017, 76 ss.
- LOSAPPIO G., *Diritto penale del nemico, diritto penale dell'amico, nemici del diritto penale*, in *Ind. pen.*, 2007, 51 ss.
- LUHMANN N., *La funzione del diritto: sicurezza delle aspettative o guida del comportamento?*, in ID., *La differenziazione del diritto*, Bologna, 1990
- LUHMANN N., *Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale*, (trad. it.), Bologna, 2001
- MAIELLO V., *La legalità della legge nel tempo del diritto dei giudici*, Napoli, 2020
- MAIWALD M., *Diritto e potere*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004
- MANACORDA S., *L'efficacia espansiva del diritto comunitario sul diritto penale*, in "Foro it.", 1995, IV, 55 ss.
- MANACORDA S., *La dinamica dei programmi di compliance aziendale: declino o trasfigurazione del diritto penale dell'economia?*, in *Le Società*, 2015, 473 ss.
- MANACORDA S., *Towards an Anti-Bribery Compliance Model: Methods and strategies for a "Hybrid Normativity"*, in di Mancorda S., Centonze F., Forti G., *Preventing corporate corruption. The Anti-Bribery Compliance Model*, Milano, 2016
- MANCIN F., *Un diritto creato dai luoghi? Un'indagine sugli oggetti e sulla normatività delle rappresentazioni topo-cartografiche*, in A. Incampo, G. Lorini, *Disegnare la realtà sociale*, 2020, 113 ss.
- MANES V., *Il giudice nel labirinto. Profili di intersezione tra diritto nazionale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012
- MANES V., *Principi costituzionali in materia penale (diritto penale sostanziale). Giurisprudenza sistematica*, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)
- MANES V., *Profili e confini dell'illecito para-penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 988 ss.
- MANES V., *Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di deontologia ermeneutica*, in [www.pennalecontemporaneo.it](http://www.pennalecontemporaneo.it), 17 gennaio 2018
- V. MANES, *L'oracolo algoritmico e la giustizia penale: al bivio tra tecnologia e tecnograzia*, in U. Rufolo (a cura di), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Milano, 2020
- MANNA A., *Aspetti problematici della vincolatività del precedente giurisprudenziale in materia penale in rapporto a talune norme costituzionali*, in *Studi in onore di Mauro Ronco*, Torino, 2017, 184 ss.
- MANTOVANI F., *Il problema della criminalità. Compendio di scienze criminali*, Padova, 1984
- MANTOVANI F., *Sulla perenne esigenza della ricodificazione*, in *Arch. Giur.*, 1994, 263 ss.
- MANTOVANI M., *Contributo ad uno studio sul disvalore di azione nel sistema penale vigente*, Bologna, 2014
- MANZIN M., *Architetture del ragionamento giuridico*, in *Teoria e critica della regolazione sociale*, 2, 2019, 207 ss.
- MARINUCCI G., *Sui rapporti tra scienza penale italiana e legislazione*, in P. Grossi, *Giuristi e legislatori*, Milano, 1997, 467
- MASSARI E., *La norma penale*, S. Maria Capua Vetere, 1913
- MARTUFI A., *La "diversione" ambientale tra esigenze deflattive e nuove tensioni sistematiche*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2018, 300 ss.

- MASSARO A., *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, Napoli, 2020
- MAUGERI A. M., *Lo stalking tra necessità politico-criminale e promozione mediatica*, Torino, 2010
- MAUGERI A. M., *L'uso di algoritmi predittivi per accertare la pericolosità sociale: una sfida tra evidence based practices e tutela dei diritti fondamentali*, in *Arch. pen.*, 1, 2021
- MAUGERI A. M., *La funzione rieducativa della sanzione nel sistema della responsabilità amministrativa da reato degli enti ex D. Lgs. n. 231/2001*, Torino, 2022
- MAZZACUVA F., *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017
- MAZZACUVA FE., *L'ente premiato. Il diritto punitivo nell'era delle negoziazioni: l'esperienza angloamericana e le prospettive di riforma*, Milano, 2020
- MAZZUCATO C., *Dal buio delle pene alla luce dei precetti: il lungo cammino del diritto penale incontro alla democrazia*, in Marchetti I., Mazzucato C., *La pena "in castigo". Un'analisi critica su regole e sanzioni*, Milano, 2005, 3 ss.
- MAZZUCATO C., *Giustizia esemplare. Interlocuzione con il precetto penale e spunti di politica criminale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, 409 ss.
- MELCHIONDA A., *Interferenze di disciplina fra la responsabilità sociale delle imprese e la responsabilità "da reato" degli enti. Il ruolo dei c.d. "codici etici"*, in S. Scarponi (a cura di), *Globalizzazione, responsabilità sociale delle imprese e modelli partecipativi*, Trento, 2007, 215 ss.
- MERUSI F., PASSARO M., *Le autorità indipendenti*, Bologna, 2003
- MESSINA G., *Diritto liquido. La governance come nuovo paradigma della politica e del diritto*, Milano, 2012
- MICHELETTI D., *Le fonti di cognizione del diritto vivente*, in *Criminalia*, 2012, 619 ss.
- MILITELLO V., *Prevenzione generale e commisurazione della pena*, Milano, 1982
- MILLS C., *The Heteronomy of Choice Architecture*, in *Review of Philosophy and Psychology*, 6(3), 2015, 495 ss.
- MINICUCCI G., *Il diritto penale della vittima. Ricadute sistematiche e interventi*, in *Riv. pen.*, fasc. 12, 2020, 1042 ss.
- MINICUCCI G., *I delitti di bancarotta al crocevia tra continuità e palingenesi*, in *disCrimen*, 24 aprile 2020
- MOCCIA S., *La crisi della legalità nella crisi del sistema penale*, in C. E. Paliero, S. Moccia, G. De Francesco, G. Insolera, M. Pellissero, R. Rampioni, L. Risicato (a cura di), *La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali*, Napoli, 2016, 341 ss.
- MODUGNO F., voce *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, in *Enc. dir.*, Agg. I, Milano, 1997, 561 ss.
- MONGILLO V., *Presente e futuro della compliance penale. Riflessioni a margine di Stefano Mancorda e Francesco Centonze* (a cura di), *Corporate Compliance on a Global Scale. Legitimacy and Effectiveness*, 2022, in *Sistema penale*, 11 gennaio 2022.
- MOORE G. E., *Principia Ethica*, Cambridge, 1903
- MORGANTE G., FIORINELLI G., *Sul diritto penale delle relazioni negoziali complesse: la tutela della parte "vulnerabile" tra contratto e mercato*, in *Criminalia*, 2019, 565 ss.
- MORO A., *La subiettivizzazione della norma penale*, Bari, 1942
- MORTH U., (a cura di), *Soft law in Governance and Regulation*, Cheltenham, 2004
- MORTH U., *Soft regulation and global democracy*, in M.L. Djelic, K. Sahlin Andersson (a cura di), *Transnational Government: institutional dynamic of Regulation*, Cambridge, 2006, 119 ss.
- MOSSMAN M. J., OTIS G., *The judiciary as Third Branch of Government: Manifestations of Challenges to Legitimacy*, Montréal, 2000
- MOSTACCI E., *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, 2008

- MUNOZ CONDE V. F., *Luci e ombre del modello spagnolo*, in AA. VV., *Modelli ed esperienze di riforma del diritto penale complementare*, Milano, 2003, 101 ss.
- MUSCO E., *L'illusione penalistica*, Milano, 2004
- NAPOLI P., *Oltre l'obbedienza. Michel Foucault e le normatività*, in *Contemporanea. Rivista di storia dell'800 e del '900*, 2, 2014, 313 ss.
- NATOLI S., *Il rischio di fidarsi*, Bologna, 2016, 107
- NIETZSCHE D. W., *Linguaggio e verità (1869-1875)*, a cura di M. Carassai, Roma, 2016, 46 ss.
- NITRATO IZZO V., *Note metodologiche sul rapporto tra diritto e architettura, con particolare riferimento a quella giudiziaria*, in *The Cardozo Electronic Law Bulletin*, 23 (2), 2017, 1 ss.
- NOTARO D., *Autorità indipendenti e norma penale. La crisi del principio di legalità nello stato policentrico*, Torino, 2010
- NUVOLONE P., *Natura e storia nella scienza del diritto penale*, in *Studi Rocco*, Milano, 1952, II, 270
- NUVOLONE P., *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1982
- OGUS A., *Regulation: Legal Form and Economic Theory*, Oxford, 1994
- OST F., VAN DER KERCHIVE M., *De la pyramide au réseau*, Bruxelles, 2002
- OST F., *Dalla piramide alla rete: un nuovo paradigma per la scienza giuridica?*, M. Vogliotti (a cura di) in *Saggi sulla globalizzazione giuridica e il pluralismo normativo*, Torino, 2013, 36 ss.
- PADOVANI T., *"Premio" e "corrispettivo" nella dinamica della punibilità*, in *La legislazione premiale*, Milano, 1987, 39 ss.
- PAGLIARO A., *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003, 31 ss.
- PALAZZO F., *Principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979
- PALAZZO F., *Tecnica legislativa e formulazione della fattispecie in una recente circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri*, in *Cass. Pen.*, 1986, 230 ss.
- PALAZZO F., *Colpevolezza ed ignorantia legis nel sistema italiano: un binomio in evoluzione*, in AA. VV., *Scritti in memoria di R. Dell'Andro*, II, Bari, 1994, 701 ss.
- PALAZZO F., *Tra aspirazioni e chimere la ricodificazione del diritto penale italiano*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 271 ss.
- PALAZZO F., *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un 'principio' fondamentale*, in *Quad. fior.*, 2007, 1279 ss.
- PALAZZO F., *Requiem per il codice penale? Scienza penale e politica dinanzi alla ricodificazione*, in L. Stortoni, G. Insolera (a cura di) *Gli Ottant'anni del codice Rocco*, Bologna, 2012, 39 ss.
- PALAZZO F., PAPA M., *Lezioni di diritto penale comparato*, 3<sup>a</sup> ed., Torino, 2013
- PALAZZO F., *La riforma penale alza il tiro? Considerazioni sul disegno di legge A.S. 2067 e connesi*, in *Dir. pen. cont.*, 1, 2016, 59 ss.
- PALAZZO F., *Note sintetiche sul rapporto tra giustizia penale e informazione giudiziaria*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 140 ss.
- PALAZZO F., VIGANÒ F., *Diritto penale. Una conversazione*, Bologna, 2018
- PALAZZO F., *La non-punibilità: una buona carta da giocare oculatamente*, in *Sistema penale*, 19 dicembre 2019
- PALAZZO F., *Legalità penale, interpretazione e etica del giudice*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 1249 ss.
- PALAZZO F., *La "nuova" legalità e il ruolo della Corte di cassazione*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 5 marzo 2020
- PALIERO C. E., *Il principio di effettività*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 430 ss.

- PALIERO C. E., *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3, 1992, 849 ss.
- PALIERO C. E., *L'autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1220 ss.
- PALIERO C. E., *Riforma penale in Italia e dinamica delle fonti: una paradigmatica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 1011 ss.
- PALIERO C. E., *La maschera e il volto. Percezione sociale del crimine ed 'effetti penali' dei media*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 467 ss.
- PALIERO C. E., *Il principio di effettività nel diritto penale*, Napoli, 2011
- PALIERO C. E., *L'agorà e il palazzo. Quale legittimazione per il diritto penale?*, in *Criminalia* 2012, 95 ss.
- PALIERO C. E., *Il diritto liquido. Pensieri post-Delmasiani sulla dialettica delle fonti penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1009 ss.
- PALIERO C. E., *La laicità penale alla sfida del "secolo delle paure"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1154 ss.
- PALIERO C. E., *La "riserva di codice" messa alla prova: deontica idealistica versus deontica realistica*, in *Criminalia* 2019, 31 ss.
- PALIERO C. E., *L'indifferenza costruttiva. Il contributo della sociologia di Theodor Geiger a teoria e prassi del diritto penale*, in *Riv. pen. dir. proc. pen.*, 2019, 705 ss.
- PALOMBELLA G., *Interlegalità. L'interconnessione tra ordinamenti giuridici, il diritto, il ruolo delle corti*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 2018, 2, 30 ss.
- PAONESSA C., *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa, 2009
- PAPA M., *Dal codice penale "scheumorfico" alle playlist. Considerazioni inattuali sul principio di riserva di codice*, in *Dir. pen. cont.*, 5, 2018, 129 ss.
- PAPA M., *Fantastic Voyage. Viaggio attraverso la specialità del diritto penale*, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 2019
- PAPA M., *Future crimes: intelligenza artificiale e rinnovamento del diritto penale*, in *Criminalia* 2019, 491 ss.
- PARKER C., *The Open Corporation. Effective Self-Regulation and Democracy*, Cambridge, 2002B.
- PASCAL, *Pensieri*, Torino, 1962
- PARODI C., SELLAROLI V., *Sistema penale e intelligenza artificiale: molte speranze e qualche equivoco*, in *Dir. pen. cont.*, 6, 2019, 66 ss.
- PASTORE B., *Soft law, gradi di normatività, teoria delle fonti*, in *Lavoro e diritto*, 1, 2003, 5 ss.
- PASTORE B., *Il soft law nella teoria delle fonti*, in SOMMA A. (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, 2009, 117 ss.
- PASTORE B., *Le fonti, la piramide, la rete: per un ripensamento del principio di legalità*, in ID. (a cura di), *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea*, Padova, 2014
- PAVARINI M., *Governare la penalità. Struttura sociale, processi decisionali e discorsi pubblici sulla pena*, in *Ius17*, 2013, 3, 13 ss.
- PEDRAZZI C., *Odiarne esigenze economiche e nuove fattispecie penali*, *Riv. dir. proc. pen.*, 1975, 1099 ss.
- PEDRAZZI C., voce *Diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, IV, 1990, 64 ss.
- PEDRAZZI C., *Codici etici e leggi dello Stato*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1993, 1049 ss.
- PELLEGRINI L., *Le misure premiali penali del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Sistema penale*, 7, 2020, 72 ss.
- PERLINGERI C., *Profili civilistici dei social networks*, Napoli, 2014

- PERRONE D., *Nullum crimen sine iure. Il diritto penale giurisprudenziale tra dinamiche interpretative in malam partem e nuove istanze di giustizia*, Torino, 2019
- PETERS A., POGOTTO L., *Soft law as a New Mode of Governance: A Legal Perspective*, in *NewGov – New Modes of Governance Project*, 2006
- PETROCELLI B., *L'antigiuridicità*, Padova, 1945
- PETROCELLI B., *Reato e punibilità*, in *Saggi di diritto penale*, Padova, 1952
- PIERGALLINI C., *Autonormazione e controllo penale in Diritto penale e processo*, 3, 2015, 261 ss.
- PIERGALLINI C., *Ius sibi imponere: controllo penale mediante autonormazione?*, in C.E. Paliero, S. Moccia, G.A. De Francesco, G. Insolera, M. Pellissero, R. Rampioni, L. Riscato (a cura di), *La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali*, Napoli, 2016
- PIERGALLINI C., *Pene "private" e prevenzione penale: anticresi o sincrasi?*, in C.E. Paliero, F. Viganò, F. Basile, G.L. Gatta (a cura di), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Milano, 2018
- PINO G., *Teoria analitica del diritto I. La norma giuridica*, Pisa, 2016
- PINTO V., *Valutare e punire*, Milano, 2014
- PIOVANI P., voce *Effettività (principio di)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1956, 420 ss.
- PISANI M., *Diritto premiale e sistema penale: rapporti e intersezioni*, in *Diritto premiale e sistema penale*, Milano, 1983, 36 ss.
- PORTALIS J. E. M., *Discours préliminaire sur le premier projet de code civil*, (1801), Bordeaux, 2004
- POWER M., *From Risk Society to Audit Society*, in *Soziale systeme*, 1997, 3 ss.
- PRETEROSI G., *Ciò che resta della democrazia*, Roma, 2015
- PULITANÒ D., *Populismi e penale*, in *Criminalia*, 2013, 123 ss.
- PULITANÒ D., *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 29 ss.
- PULITANÒ D., *Paradossi della legalità, Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2016, 1, 228 ss.
- PULITANÒ D., *Tra ius facere e ius dicere*, in *Criminalia* 2016, 205 ss.
- PULITANÒ D., *Idee per un manifesto sulle politiche del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 363 ss.
- PULITANÒ D., *Il penale tra teoria e politica*, in *Sistema penale*, 9 novembre 2020
- PULITANÒ D., *Responsabilità, osservanza, castigo*, in *Sistema penale*, 9 maggio 2021
- S. QUATTROCOLO, *Equo processo penale e sfide della società algoritmica*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2019, 135 ss.
- QUINN M., *Jeremy Bentham Choice Architect: Law, Indirect Legislation, and the Context of Choice*, in *History of European Ideas*, 43, 1, 2017, 11 ss.
- RECCIA E., *Il valore del precedente e il carattere vincolante delle pronunce delle Sezioni Unite*, Torino, 2020
- REICHENBACH, *La nascita della filosofia scientifica*, Bologna, 1961, 274 ss.
- ROBINSON P., GREENE P., GOLDSTEIN N., *Making Criminal Codes Functional: A Code of Conduct and a Code of Adjudication*, in *Criminal Law & Criminology*, 304, 1996, 304 ss.
- ROCCO A., *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale: contributo alle teorie generali del reato e della pena*, Roma, 1932
- ROMANO M., STELLA F. (a cura di), *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna, 1980
- ROMANO M., *"Meritevolezza di pena", "bisogno di pena" e teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 42 ss.

- RONCO M., *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Torino, 1979, 139 ss.
- RONCO M., *Precomprensione ermeneutica del tipo legale e divieto di analogia*, in E. Dolcini, C. E. Paliero (a cura di) *Studi in onore di G. Marinucci*, Milano, 2006, 693 ss.
- ROSSATO A., *Diritto e architettura nello spazio digitale. Il ruolo del software libero*, Padova 2006
- ROSSI V. P., *Fine del diritto?*, Bologna, 2014
- ROTOLO G., *'Riconoscibilità' del precetto e modelli alternativi di tutela. Analisi critica del diritto penale dell'ambiente*, Torino, 2018
- RUGA RIVA C. (a cura di), *La legge sugli ecoreati due anni dopo. Un dialogo tra dottrina e giurisprudenza*, 2015
- SACCO R., *Il diritto muto*, Bologna, 2015
- SALCUNI G., *L'europeizzazione del diritto penale*, Milano, 2011, 13 ss.
- SCODITTI E., *Legalità al plurale*, in *Quad. cost.*, 2013, 1031 ss.
- SCODITTI E., *Lo scenario dell'inter-legalità*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 22 aprile 2020
- SCOLETTA M., *La "specialità" della causa di esenzione da reati di bancarotta: funzionalità e limiti scriminanti dell'art. 217 bis l. fall*, in R. Borsari (a cura di) *Crisi dell'impresa, procedure concorsuali e diritto penale dell'insolvenza*, Padova, 2015, 393 ss.
- SCHUTZ V. A., *The Twilight of the Global Polis: On Losing Paradigms, Environing Systems and Observing World Society*, in G. Teubner (a cura di), *Global Law Without a State*, Aldershot-Brookfield-Singapore-Sidney, 1997, 283 ss.
- SENESE S., *La riserva di codice*, in *Diritto penale minimo* (a cura di U. Curi, G. Palombarini), Roma, 2002, 79 ss.
- SESSA A., *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato*, Napoli, 2018.
- SESSA A., *Strutture e opzioni di valore: il diritto penale "inedito" tra nomofilachia delle norme e utopia dinamica*, in *Cass. pen.*, 2, 2021, 761 ss.
- SHELTON D., *International law and "relative normativity"*, in Evans M. D. (ed.), *International Law*, Oxford, 2014, 141 ss.
- SILVA SANCHEZ J. M., *L'espansione del diritto penale. Aspetti della politica criminale nelle società postindustriali*, Milano, 2004
- SILVA SANCHEZ J. M., *Autonomía elemental como autonormatividad (Reflexiones veraniegas intemporales)*, in *InDret Penal*, 2019
- SGUBBI F., *Il diritto penale incerto ed efficace*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001
- SGUBBI F., *Il diritto penale totale*, Bologna, 2019
- SOULEZ LARIVIÈRE D., *Du Cirque médiatico-judiciaire et des moyens d'en sortir* (trad. it. a cura di Giustozzi, *Il circo mediatico giudiziario*), Macerata, 1994
- SPADARO A., *Svolta di respiro. Spiritualità della vita contemporanea*, Milano, 2010
- SUGDEN R., *On Nudging*, in *International Journal of the Economics of Business*, 16, 3, 2009, 365 ss.
- SUGDEN R., *Capability, Happiness and Opportunity*, in Bruni L., Comim F., Pugno M. (ed), *Capabilities and Happiness*, Oxford, 2008, 316 ss.
- SUNSTEIN C.R., *The Ethics of Nudging*, in *Yale Journal on Regulation*, 2014, 413 ss.
- SUNSTEIN C.R., *Sulla libertà*, Torino, 2019
- SUNSTEIN C.R., *Conformity*, New York, 2019
- SUNSTEIN C. R., *Sulla libertà* (trad. it.), Torino, 2020
- TARUFFO M., *Il vertice ambiguo. Saggi sulla cassazione civile*, Bologna, 1991

- TATE N. C., VALLINDER T., *The Global Expansion of Judicial Power*, New York, 1995
- TAVERRITI B. S., *Autonormazione e prospettive autopoietiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4, 2020, 1940
- TEGA D., *La traiettoria delle rime obbligate. Da creatività accessoria, a felix culpa, a gabbia troppo costrittiva*, in *Sistema penale*, 2, 2021
- TEUBNER G., *Substantive and reflexive elements in modern law*, in *Law&Society*, 17, 1983, 239 ss.
- TEUBNER G., *Il trilemma regolativo. A proposito della polemica sui modelli regolativi post-strumentali*, in *Pol. dir.*, 1987
- TEUBNER G., *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*, (trad. it.), Roma, 2005
- THALER R. H., SUNSTEIN C. R. *Nudge. Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness*, Yale University Press, 2008
- THON A., *Norma giuridica e diritto soggettivo. Indagini di teoria generale del diritto*, 2<sup>a</sup> ed., Padova, 1951
- TYLER T. R., *Why People Obey the Law*, Princeton, 2006
- TORRE V., *La "privatizzazione delle fonti di diritto penale. Un'analisi comparata dei modelli di responsabilità penale nell'esercizio dell'attività di impresa*, Bologna, 2014
- TORRE V., *Linee guida e tassatività*, in M. Mantovani, F. Curi, S. Tordini Cagli, V. Torre, M. Caianiello (a cura di), *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, Bologna, 2016, 309 ss.
- TRIPODI F., *Dal diritto penale della paura alla paura del diritto penale. Spunti per una riflessione*, in *Quaderni di storia del diritto penale e della giustizia*, 2019
- UBERTIS G., *Intelligenza artificiale, giustizia penale, controllo umano significativo*, in *Sistema penale*, 2020
- VALENTINI A., *La ricombinazione genica della legalità penale: bio-technological Strengthening o manipolazione autosistruittiva?*, in *Dir. pen. cont.*, 2016
- VALLINI A., *Antiche e nuove tensioni tra colpevolezza e diritto penale artificiale*, Torino, 2003
- VALLINI A., "Codifier l'incodifiable: la legge "generale e astratta" e l'irriducibile singolarità dell'atto medico. Dai dilemmi di Critobulo al Sistema nazionale linee guida", in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2019, 183 ss.
- VAN BAVEL B., HERRMANN G., ESPOSITO PROESTAKIS A., *Applying Behavioural Science to EU Policy-making. Publications Office of the European Union, Luxembourg*, 2013
- VAN HOECKE M., *Law as Communication*, Oxford, 2002
- VASSALLI G., *Cause di non punibilità*, in *Enc. dir.*, VI, 1960, 609 ss.
- VASSALLI G., *Funzioni e insufficienze della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, 297 ss.
- VASSALLI G., voce *Tipicità (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1992, XLIV, 535 ss.
- VIALE R., *Oltre il nudge*, Bologna, 2018
- VIDA S., *Identità precarie. Il soggetto neoliberale tra incertezza, governamentalità e violenza*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 2016, 488 ss.
- VIOLA F., *Autorità e ordine del diritto*, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 1987
- VIOLANTE L., *L'evoluzione del ruolo giudiziario*, in *Criminalia 2015*, 341 ss.
- VIOLANTE L., *Verso un giudice di common law?*, in *Criminalia 2016*, 239 ss.
- VIOLANTE L., *La crisi del giudice "bocca della legge" e l'emergere di nuove concezioni del ruolo giudiziario*, in C. Guarnieri, G. Insolera, L. Zilletti (a cura di), *Anatomia del potere giudiziario. Nuove concezioni, nuove sfide*, Roma, 2016, 26 ss.
- VIGANÒ F., *Il principio di prevedibilità delle decisioni giudiziali in materia penale*, in C.E. Paliero, S. Moccia, G.A De Francesco, G. Insolera, M. Pellissero, R. Rampioni, L. Risicato (a cura di), *Le crisi della legalità. Il "sistema vivente delle fonti penali"*, Napoli, 2017, 213 ss.

- VOGLIOTTI M., *La "rhapsodie": fécondité d'une métaphore littéraire pour repenser l'écriture juridique contemporaine. Une hypothèse de travail pour le champ pénal*, in *Diritti&questioni pubbliche*, 2, 2002, 216 ss.
- VOGLIOTTI M. (a cura di), *Saggi sulla globalizzazione giuridica e il pluralismo normativo*, Torino, 2013
- VON HAYEK F., *The Principles of a Liberal Social Order*, in *Il Politico*, XXXI, 1966, (trad. it.), *Il liberalismo di F. Hayek*, in *Biblioteca della libertà*, IV, 1967, 28 ss.
- VON WRIGHT G. H., *Norma e azione* (1963), Bologna, 1989
- WEBER M., *Economia e società 1 - Teoria delle categorie sociologiche*, Roma, 1995
- WENZEL M., *The Multiplicity of Taxpayer Identities and Their Implications for Tax Ethics*, in *Law and Policy*, 29(1), 2007, 31 ss.
- ZAGREBELSKY G., *Diritto mite*, Torino, 1992
- ZAGREBELSKY G., *Liberi servi*, Torino, 2015
- ZANON N., *L'ascesa del potere giudiziario, tra mode culturali e mutamenti costituzionali*, in *Criminalia* 2015, 359 ss.

