

Clementina Colucci

Tra ottimizzazione della funzione comando e prospettive di un suo superamento

I nuovi scenari
della normatività
penale



FIRENZE
UNIVERSITY
PRESS

Premio Tesi di Dottorato
Città di Firenze 2023

PREMIO TESI DI DOTTORATO CITTÀ DI FIRENZE

- 4 -

PREMIO TESI DI DOTTORATO CITTÀ DI FIRENZE

Commissione giudicatrice, anno 2023

Stefano Grassi, Presidente della commissione

Aldo Bompani, Area Scienze Sociali

Franco Cambi, Area Umanistica

Roberto Casalbuoni, Area Scientifica

Fabrizio Desideri, Area Umanistica e della Formazione

Anna Dolfi, Area Umanistica e della Formazione

Andrea Novelli, Area Biomedica

Raffaele Paloscia, Area Tecnologica

Orlando Roselli, Area Scienze Sociali

Vincenzo Schettino, Area Scientifica

Marco Tarchi, Area Scienze Sociali

Maria Chiara Torricelli, Area Tecnologica

Luca Uzielli, Area Tecnologica

Marcello Verga, Area Umanistica e della Formazione

Clementina Colucci

Tra ottimizzazione
della funzione comando e prospettive
di un suo superamento

I nuovi scenari della normatività penale

FIRENZE UNIVERSITY PRESS

2025

Tra ottimizzazione della funzione comando e prospettive di un suo superamento : i nuovi scenari della normatività penale / Clementina Colucci. - Firenze : Firenze University Press, 2025.
(Premio Tesi di Dottorato Città di Firenze ; 4)

<https://books.fupress.com/isbn/9791221506648>

ISBN 979-12-215-0663-1 (Print)

ISBN 979-12-215-0664-8 (PDF)

ISBN 979-12-215-0665-5 (XML)

DOI 10.36253/979-12-215-0664-8

Graphic design: Alberto Pizarro Fernández, Lettera Meccanica SRLs

Front cover image: CC BY-SA 4.0. Modified detail from Anonymous, *The Ideal City*. Source: Wikimedia Commons, CC BY-SA 4.0 <<https://commons.wikimedia.org/w/index.php?curid=95866794>>

Peer Review Policy

Peer-review is the cornerstone of the scientific evaluation of a book. All FUP's publications undergo a peer-review process by external experts under the responsibility of the Editorial Board and the Scientific Boards of each series (DOI 10.36253/fup_best_practice.3).


Referee List

In order to strengthen the network of researchers supporting FUP's evaluation process, and to recognise the valuable contribution of referees, a Referee List is published and constantly updated on FUP's website (DOI 10.36253/fup_referee_list).

Firenze University Press Editorial Board

M. Garzaniti (Editor-in-Chief), M.E. Alberti, F. Vittorio Arrigoni, E. Castellani, F. Ciampi, D. D'Andrea, A. Dolfi, R. Ferrise, A. Lambertini, R. Lanfredini, D. Lippi, G. Mari, A. Mariani, P.M. Mariano, S. Marinai, R. Minuti, P. Nanni, A. Orlandi, I. Palchetti, A. Perulli, G. Pratesi, S. Scaramuzzi, I. Stolzi.

FUP Best Practice in Scholarly Publishing (DOI 10.36253/fup_best_practice)

 The online digital edition is published in Open Access on www.fupress.com.

Content license: except where otherwise noted, the present work is released under Creative Commons Attribution 4.0 International license (CC BY 4.0: <http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/legalcode>). This license allows you to share any part of the work by any means and format, modify it for any purpose, including commercial, as long as appropriate credit is given to the author, any changes made to the work are indicated and a URL link is provided to the license.

Metadata license: all the metadata are released under the Public Domain Dedication license (CC0 1.0 Universal: <https://creativecommons.org/publicdomain/zero/1.0/legalcode>).

© 2025 Author(s)

Published by Firenze University Press
Firenze University Press
Università degli Studi di Firenze
via Cittadella, 7, 50144 Firenze, Italy
www.fupress.com

*This book is printed on acid-free paper
Printed in Italy*

Sommario

CAPITOLO PRIMO

CENNI SULLA CRISI DELLE FONTI E DELLE FORME DELLA NORMATIVITÀ

- | | |
|--|----|
| 1. Premessa | 5 |
| 2. L'ordinamento 'multilivello' e la globalizzazione del diritto | 7 |
| 3. Forze economiche e istanze valoriali | 14 |
| 4. La crisi della "legalità legislativa" | 17 |

CAPITOLO SECONDO

IL COMANDO COME FUNZIONE DEL PRECETTO PENALE

- | | |
|---|----|
| 1. Il dibattito giuridico-filosofico sulle funzioni della norma penale e il legame con la sua struttura | 27 |
| 2. La funzione comando della norma penale | 32 |
| 3. La materia oscura del diritto penale: viaggio alla riscoperta della prevenzione generale | 33 |
| 4. Condizioni di efficacia del comando e rilevanza del fattore umano: verso il tramonto dell'"agente modello" nomico? | 38 |
| 5. La componente assiologica del precetto e la sua crisi | 43 |
| 6. La componente comunicativa e la sua crisi | 48 |
| 7. L'inadeguatezza del divieto e l'avanzata del comando in senso stretto | 51 |
| 8. Intellegibilità del sistema: i luoghi del precetto | 53 |
| 9. Intellegibilità del sistema: anomia e fonti di cognizione del comando | 58 |

CAPITOLO TERZO

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>	63
2. Il declino della <i>struttura-comando</i> quale principale forma di espressione normativa	68
3. Il ruolo dei privati nel processo di modificazione della struttura delle norme	73
4. Dal <i>comando</i> all' <i>influenza</i> : le dimensioni del potere	77
4.1. Il <i>dietro front</i> della sanzione. La centralità del momento regolativo e l'avvento della <i>Responsive Regulation</i>	83
4.2. Il fenomeno della <i>soft law</i>	85
4.3. Il <i>nudging</i> : una normatività senza precetto e sanzione	88
4.4. La normatività tecnologica: <i>Legal Protection by Design, Code is Law, Ambient Law</i>	94
5. Dall'effettività come <i>successo</i> della norma...	101
6. ...all'effettività <i>fondativa</i> di nuove forme di normatività. Dissoluzione del <i>do ver</i> essere nell'essere?	105
7. La riscoperta del valore dell'obbedienza, oltre la <i>struttura-comando</i> : l'effettività della norma penale e la valorizzazione della funzione comando	108

CAPITOLO QUARTO

DAL COMANDO ALLA RICHIESTA DI *COMPLIANCE*.

VERSO NUOVI MODELLI D'INTEGRAZIONE TRA LA *FUNZIONE* E LA *STRUTTURA* DEL PRECETTO PENALE

1. La crisi della <i>struttura-comando</i> nella norma penale	113
1.1. Dalla <i>struttura-comando</i> alla <i>compliance</i>	115
1.2. La circolarità del rapporto tra precetto e sanzione	118
2. La non punibilità: da luogo dell'eccezione a scopo della norma	119
2.1. Il diritto penale premiale come diritto esortativo	124
3. L'evoluzione delle pene prescrittive e l'emersione della <i>compliance</i> successiva alla violazione	128
3.1. Ipotesi applicative: la tutela ingiunzionale nel diritto ambientale	131
3.2. La vocazione premiale e preventiva del "sistema 231"	134
4. La valorizzazione del <i>post fatto</i> oltre il modello del delitto riparato	137
5. Quale futuro per il comando penale? Struttura "debole" per una funzione "forte"	140

Bibliografia	143
Indice dei nomi	169

Capitolo primo

Cenni sulla crisi delle fonti e delle forme della normatività

1. Premessa

La giuridicità è da tempo al centro di radicali mutamenti che hanno progressivamente sgretolato le forme tradizionalmente intese (almeno da tre secoli a questa parte): è il frutto dell'evoluzione a cui la post-modernità sta sottoponendo le categorie del mondo e di cui il diritto, in quanto strumento sociale, non può che risentire. 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 tratta della «fine del diritto»¹, ma ci troviamo senza dubbio al tramonto di una certa forma di giuridicità e un certo modo di intendere le sue funzioni.

Lo sviluppo economico e tecnologico rappresenta la principale direttrice attraverso cui individuare e ripercorrere le trasformazioni che hanno investito le moderne società, contribuendo a delinear il volto di una «società del rischio»² alla quale non si è saputo contrapporre una struttura politica e sociale in grado di farvi adeguatamente fronte.

Di tali complessi cambiamenti la scienza penale non è stata ancora del tutto investita, ma iniziano a scorgersi anche in questo campo i sintomi dello sviluppo teorico citato.

¹ È lo stimolante titolo del libro di Pietro Rossi (*Fine del diritto?*, Bologna, 2014), che raccoglie le riflessioni di alcuni dei più eminenti giuristi che si sono occupati del tema della trasformazione delle forme giuridiche.

² Fondamentale sul tema U. BECK, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, (trad. it.), Roma, 2013.

Al contrario, è certamente avvertita anche dal diritto punitivo la crisi delle fonti, di cui la dottrina parla da tempo senza soluzione di continuità³. La crisi della legge,

³ 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. Fiandaneese, 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. PULITANÒ, *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. BERNARDI, *Il difficile rapporto tra fonti interne e fonti sovranazionali*, in *La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali*, a cura di C. E. Paliero, S. Moccia, G. De Francesco, G. Insolera, M. Pellissero, R. Rampioni, L. Riscicato, 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 Strengthening o manipolazione autosistitutiva?*, 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.*, 3, 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.*, 2, 2021, 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*, in *Criminalia 2015*, 377 ss.; D. MICHELETTI, *Jus contra lex. Un campionario 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.

fonte e forma giuridica per eccellenza⁴, di fondante rilevanza nel settore penalistico, si sostanzia nel progressivo affievolimento del dogma della sua centralità.

Le cause che hanno portato al declino della forma-legge hanno indubbiamente influenzato anche il modo di essere del precetto, intaccando la capacità della norma di orientare i comportamenti dei consociati.

La caduta del dogma della legalità al singolare ha investito il precetto che, polverizzato e diffuso su molteplici livelli, trova il proprio *ubi consistam* nelle intercapedini tra le fonti, negli spazi propri della c.d. interlegalità⁵ che porta allo scollamento dei due poli del binomio di forma e sostanza che univa la norma con il precetto. In questa visione, ogni ordinamento assume i caratteri dell'efficacia giuridica costante, facendo venir meno quell'asimmetria – tra sistema e ambiente – che, nella teoria luhmaniana, manteneva in equilibrio la pluralità di ordinamenti con l'unicità del giuridico⁶.

Ciò non può che avere forti ripercussioni sullo statuto precettivo delle norme, ormai condiviso, che trova spazio nella confluenza di varie e diverse “legalità”, ugualmente valide ed efficaci: convenzionale, costituzionale, europea, giurisprudenziale.

2. L'ordinamento 'multilivello' e la globalizzazione del diritto

Avviando la trattazione delle cause cui è possibile ricollegare la scaturigine della crisi della legge è necessario anzitutto fare riferimento all'irrompere sulla scena giuridica degli attori sovranazionali. In questa prospettiva, ciò che va trasformandosi è l'idea stessa di ordinamento inteso come configurazione coerente e

⁴ 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, Attraverso la specialità del diritto penale*, 2^a ed., Torino, 2019, 161.

⁵ 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, 22 aprile 2020.

⁶ In ciò, infatti, la teorizzazione dell'interlegalità si distingue nettamente dalla teoria sistemica di Luhmann secondo la quale, stante la pluralità degli ordinamenti giuridici, vi sarebbe un'asimmetria tale per cui un ordinamento vale, al cospetto dell'altro, come ambiente. V., N. LUHMANN, *Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale*, (trad. it.), Bologna, 2001. Al contrario, nella teoria in esame la pluralità degli ordinamenti non trova sollievo nella legalità al singolare ma apre le porte al definitivo consolidarsi della legalità al plurale. Se più ordinamenti sono dunque produttivi di effetti e non rappresentano l'uno il criterio di valutazione dell'altro, il diritto sgorga dalla risultante dell'interconnessione tra questi.

sistematica di un insieme di norme i cui rapporti sono concepiti in senso gerarchico e piramidale da un unico decisore. 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 – si pensi, per tutti, al rapporto tra CEDU e UE instaurato anche attraverso il meccanismo dell'interpretazione conforme e la valenza assegnata alla Carta di Nizza – ha inoltre attivato un lento ma continuo processo osmotico tra sistemi molto diversi tra loro – e segnatamente tra i modelli di *common law* e di *civil law* – reso ancor più intenso dall'azione forte e protagonista delle Corti europee⁷.

Il tentativo dell'Unione Europea di affrancarsi dal carattere meramente economico-commerciale della Comunità Europea, facendosi portatrice di valori sociali e politici comuni, si è spesso risolto in un'espansione delle sfere di competenza della stessa, la quale ha ricevuto una decisiva accelerazione in sede di stipula del Trattato di Lisbona, da molti ritenuta un passaggio fondamentale in vista dell'auspicabile strutturazione dell'Unione secondo un modello di tipo federale⁸. Sebbene tale estensione non sia giunta fino al riconoscimento di una competenza diretta dell'Unione in materia penale, sono innegabili le ricadute sul comparto penalistico e, in particolare, sul contenuto delle fattispecie incriminatrici. Per un verso, infatti, si assiste alla sempre più frequente – e non raramente problematica – inoculazione all'interno della norma penale di elementi che trovano la loro perimetrazione semantica nella folta legislazione comunitaria⁹. Dall'altro, la distorsione applicativa dell'art. 83 TFUE che conferisce all'Unione il potere di armonizzare le legislazioni penali degli Stati membri attraverso l'adozione di norme minime che dettino criteri di massima circa la definizione dei reati e delle sanzioni relative a sfere di criminalità particolarmente grave. Il contenuto di tali atti, lungi dal mantenersi generico, si rivela spesso puntuale dando vita a veri e propri obblighi di incriminazione «con precisione e specificità molto vicine a quelle di vere e proprie fattispecie di reato»¹⁰. In questo senso, le più recenti direttive costituiscono un vero e proprio *novum* nel panorama delle politiche di protezione degli interessi 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

⁷ G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, cit., 1272.

⁸ G. SALCUNI, *L'europeizzazione del diritto penale*, Milano, 2011, 13 ss.

⁹ 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.

¹⁰ M. LANZI, *Error iuris e sistema penale. Attualità e prospettive*, Torino, 2018, 143. Ampiamente, sul punto, C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa, 2009.

sanzioni, imponendo veri e propri obblighi di penalizzazione con riferimento a fenomeni ritenuti offensivi di interessi dell'Unione¹¹.

D'altra parte, non è da sottovalutare il ruolo svolto dalla Corte di Giustizia nella sua funzione di orientamento dei giudici interni con riguardo 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 Corte¹².

Nell'esercizio del loro ruolo di collettori tra i differenti ordinamenti, le Corti sovranazionali hanno profondamente modificato il modello di legalità, dal quale è oramai difficile prescindere. Ed infatti, ad oggi, ogni discorso sulla legalità non può trascurare la dimensione europea di tale principio e il *nullum crimen sine lege* non può che leggersi sulla base del combinato disposto dell'art. 25, comma 2 Cost. e dell'art. 7 della Convenzione europea, nell'interpretazione che di

¹¹ 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, 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".

¹² 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 Le crisi della legalità. Il "sistema vivente delle fonti penali"*, a cura di C.E. Paliero, S. Moccia, G. De Francesco, G. Insolera, M. Pellissero, R. Rampioni, L. Risicato, Napoli, 2017, 213 ss.

quest'ultimo ha fornito la Corte EDU e che tanto ha messo in crisi gli ordinamenti di entrambe le matrici¹³.

Proprio dall'incompatibilità di un concetto di legalità formale e rigida, che faccia perno unicamente sulla natura formale della fonte con le differenti anime degli ordinamenti giuridici di area europea, e nel tentativo di realizzare un'autentica «fusione di orizzonti»¹⁴ 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, dal 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.

Le questioni poste dalla dimensione multilivello dell'ordinamento non costituiscono né la fine, né l'apice, della crisi della centralità della legge e del grado di complessità che può raggiungere l'interazione tra ordinamenti giuridici. In molti campi, infatti, si parla ormai senza alcuna riserva di “globalizzazione del diritto” o di “diritto globale”¹⁵.

¹³ 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.

¹⁴ V. MANES, *Common law-isation del diritto penale? Trasformazioni del nullum crimen e sfide prossime future*, in *Cass. pen.*, 2017, 959.

¹⁵ 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».

La pervasività con cui simili trasformazioni hanno investito l'intera giuridicità ben può cogliersi dall'utilizzo sempre più diffuso del termine "governance", con il quale si indica un nuovo paradigma politico e giuridico che si esprime in un insieme procedure e di regole a carattere flessibile e tra loro intersecantesi. L'espressione, utilizzata in contrapposizione con quella di 'governo', fa infatti riferimento al fenomeno secondo cui le decisioni politiche e gli assetti sociali, e con essi dunque anche le attività di produzione normativa, non progrediscono più sui tradizionali binari di gerarchia e autorità¹⁶ ma si risolvono in una gestione dinamica, collettiva e dialogica.

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

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 altri soggetti, ammessi quali coautori al processo di creazione della normatività¹⁷. Una rimodulazione, dunque, delle fonti e delle forme del potere, che si fa diffuso e reticolare, incline a favorire meccanismi che «rendono interni gli imperativi che precedentemente erano imposti dall'esterno»¹⁸ e il ridimensionamento della potestà statale e del potere di cui essa era depositaria, frutti della grande sfida «ad allargare le misure che il mondo si era dato con gli Stati moderni»¹⁹. Il concetto stesso di spazio, infatti, muta e, infranta la sua sovrapposibilità con quello di territorio – sul quale si impernia(va) la sovranità degli Stati – è venuta creandosi 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 che, sempre più porosi, non sono in grado di contenere i fenomeni sociali, economici e financo giuridici che la globalizzazione reca con sé.

Dal punto di vista strettamente giuridico, quella della rete risulta sicuramente l'immagine più efficace per descrivere la struttura delle normazioni contemporanee, che hanno preso il posto del tradizionale schema piramidale di derivazione

¹⁶ 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.

¹⁷ M.R. FERRARESE, *Private lawmaking a livello globale tra potenzialità e problemi*, in *Riv. dir. priv.*, 1, 2020, 65 ss.

¹⁸ M. POWER, *From Risk Society to Audit Society*, in *Soziale systeme*, 1997, 3 ss.

¹⁹ M. R. FERRARESE, *Al di là della globalizzazione: verso un mondo post-globale?*, in *Politica del diritto*, 2, 2021, 260.

kelseniana²⁰. Ad esso va sostituendosi una nuova dimensione del diritto, talvolta definita “comunicativa”²¹, che rinvia ad un’ontologia relazionale e intersoggettiva che subentra in luogo di quella imperativa, fondata sull’unitarietà dell’individuo e sulla meccanicità della razionalità occidentale²². L’epistemologia della rete, come è stato lucidamente notato, invita a ripensare la figura stessa dell’*autorità* legata, nel modello della piramide, alla *posizione* occupata nella gerarchia del potere e, per mezzo della forza intrinseca dei suoi atti (che proviene dall’alto, per effetto di un’investitura ufficiale), assicura il rispetto dell’ordine gerarchico²³.

Alla logica unilaterale e autoritaria, tipica della sovranità, subentrano (*rectius*:

²⁰ 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-delmajian sulla dialettica delle fonti penali*, cit., 1099 ss.

²¹ 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 si tornerà in seguito. 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.

²² 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, per spiegare il mutamento sociale in atto e i differenti atteggiamenti che la dottrina ha dimostrato rispetto ad esso, fa efficacemente riferimento alla “teoria del mutamento dei paradigmi” di Kuhn. Quest’ultimo, 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 scientifica 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”.

²³ 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.

si affiancano) logiche comunicative, cooperative, dialogiche e persuasive, che non fanno leva sul carattere autoritario del rapporto tra creatore e destinatario del precepto – cioè sulla legittimità della fonte e sulla sua autorità formale – bensì sulla spontanea collaborazione di un destinatario che riconosca la validità sostanziale della regola.

L'immagine della rete, metafora tessile che implica una trama costituita da fili e nodi, esprime dunque bene la risposta all'esigenza di "dinamicità" dello strumento normativo: non solo la rete, a differenza della piramide, si sviluppa su un piano orizzontale, ma attraverso l'immagine dei "nodi" nei quali si intrecciano le corde che la compongono tenendo così insieme l'intera struttura, essa esprime efficacemente il ruolo fondamentale affidato all'interazione tra flussi normativi. Essi rappresentano senz'altro "nodi di autorità", ovvero momenti di giuridicità rigida, ma anche "nodi di mediazione", nei quali la pluralità normativa si incrocia con il caso concreto: «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 via d'accesso»²⁴. Trattandosi di una struttura per sua natura aperta, in grado di recepire qualsiasi tipo di espansione, essa esprime l'incompatibilità di tale modello con qualsiasi forma di chiusura del sistema²⁵.

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»²⁶. L'approccio basato sul concetto di rete e sulla limitrofa nozione di *governance* induce a ripulmare il concetto stesso di diritto, ridefinendolo come una dimensione né statica né tetica, bensì comunicativa, sgorgante dalle interazioni sociali; una nuova dimensione della normatività, che abbia quale elemento essenziale l'"effettività"²⁷.

²⁴ F. VIOLA, *Autorità e ordine del diritto*, 2ª ed., Torino, 1987, 377.

²⁵ G. MESSINA, *Diritto liquido? La governance come nuovo paradigma della politica e del diritto*, Milano, 2012, 86.

²⁶ M. VOGLIOTTI, *La "rhapsodie"*, cit., 212

²⁷ 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. SCHUTZ, *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, 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

3. Forze economiche e istanze valoriali

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 moderno²⁸. Si scioglie il binomio Stato-sovrànità, lungo un percorso che lascia scoperta una realtà del potere e dei diritti che presenta una complessità ben superiore di quella consegnata dal modello hobbesiano.

Si può dire senza riserve che l'economia ha fagocitato, in molti ambiti, la politica. I «poteri privati economici»²⁹ disponendo di forza e capacità in grado di incidere in modo rilevante su diritti e libertà hanno sottratto agli Stati il ruolo di esclusivi depositari del potere e assunto un ruolo di prim'ordine nella direzione delle politiche mondiali.

Se dunque la politica ha ceduto all'economia il suo nocciolo duro, e cioè il ruolo di direzione sociale nel rispetto di valori condivisi dalla popolazione, 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, 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 statuto³⁰. Un «precario

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».

²⁸ M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*, Bologna, 2000; ID., *Prima lezione di diritto globale*, Roma-Bari, 2012.

²⁹ 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.

³⁰ N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1979, 95 e 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 appositive. [...] Età, dunque, di particolarismo giudico».

rifugio entro il relativo, l'individuale, il soggettivo»³¹ 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 della nuova dimensione della soggettività giuridica, ormai scomposta anche sul piano temporale³², a cui si accompagna la polverizzazione del “diritto” nei “diritti”³³, si staglia tuttavia un diverso e contrario movimento di “assiologia globale”, che si sostanzia nella trasversale assolutizzazione di alcuni valori, dei quali si pretende un'immediata e totale tutela³⁴. Il fenomeno è stato lucidamente messo in evidenza da autorevole dottrina che, nel prendere in esame le principali cause che

³¹ C. MAZZUCATO, *Dal buio delle pene alla luce dei precetti: il lungo cammino del diritto penale incontro alla democrazia, in La pena “in castigo”. Un'analisi critica su regole e sanzioni*, a cura di I. Marchetti, C. Mazzucato, Milano, 2005, 5.

³² Il riferimento è al concetto di “generazioni future” che, superando il confine prettamente filosofico-morale, ha assunto una crescente rilevanza nel campo del diritto chiamato a modellare le proprie categorie e strumenti per fornire risposta e tutela alle nuove istanze intergenerazionali. Sul tema, pur in prospettiva civilistica, cfr. M.W. MONTEROSSI, *L'orizzonte intergenerazionale del diritto civile. Tutela, soggettività, azione*, Pisa, 2020.

³³ G. ZAGREBELSKY, *Diritto mite*, Torino, 1992, 43.

³⁴ 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 correct* per le opera cinematografiche che vogliano 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 il testo 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 S. 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».

affliggono la fattispecie, pone l'attenzione proprio sul ruolo svolto dai valori. Se un primo e fondamentale passo ha portato dalla legge al diritto, consentendo di innervare i testi normativi della linfa vitale della Carta costituzionale, il secondo e più problematico sviluppo è consistito «nel salire *dal diritto ai valori*»³⁵, i quali non abbisognano di forme giuridiche che li costringono, poiché valgono in sé, in quanto tali.

Con riferimento al precetto penale l'assolutizzazione di taluni valori comporta conseguenze problematiche su più fronti. Dal lato applicativo, l'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»³⁶. Sotto il profilo della costruzione della norma, il difficile compito di mediare tra le ragioni della vittima, sempre più portatrice di un interesse attivo anche nel processo, e quelle del reo; ancora, la sempre più ardua distinzione tra comunicazione mass mediatica e comunicazione normativa la cui sovrapposizione alimenta i sentimenti di insicurezza creando uno scarto tra visione scientifica e percezione sociale del crimine, e alterando la portata comunicativa della fattispecie, la quale si trova a “dire meno” di quanto ci si aspetterebbe, in un “circolo autopoietico” che si autoalimenta³⁷.

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 normativi³⁸ ma anche un vero e proprio ruolo “sociale”, 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 realizzazione³⁹.

³⁵ N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 40.

³⁶ N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, cit., 40.

³⁷ 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»

³⁸ 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 si rinvia anche per l'ampia bibliografia sul tema.

³⁹ A dimostrazione che una simile posizione all'interno della società sia non solo

4. La crisi della “legalità legislativa”

Conseguenza e corollario del quadro sopra delineato è la perdita di centralità del legislatore. Da tempo si parla di crisi del modello parlamentare, intendendo così evidenziare l’inadeguatezza del Parlamento a legiferare in modo soddisfacente, quale effetto 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 rendono infatti la legge uno strumento troppo pesante per poter soddisfare tali necessità.

Anche in ambito penale – dove 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 di frequente valutazioni di carattere tecnico-applicativo, difficilmente esperibili in sede parlamentare, con la

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. 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* attraverso la quale sono messi a fuoco, ulteriori gruppi di individui coinvolti, più o meno direttamente, dall’azione dell’impresa: lavoratori, abitanti dell’area in cui è collocata l’attività produttiva, consumatori ecc. 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 sociali di cui l’impresa deve 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 finalizzato a dare conto degli sforzi compiuti dalla singola impresa in ambito etico, filantropico, ambientale ed economico. Il fenomeno è oggi oggetto della Direttiva 2022/2464 che impone agli Stati membri la regolamentazione del *reporting* non finanziario e la previsione di sanzioni della sua fraudolenta strumentalizzazione (i fenomeni di c.d. *greenwashing*, *pinkwashing*, *blackwashing*, ecc. 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.

conseguenza che è spesso il governo a compiere e attuare scelte di criminalizzazione tanto in sede di delega parlamentare quanto, e sempre più frequentemente, mediante il ricorso abusivo alla fiducia parlamentare. 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 è ormai priva di ogni sistematicità. Tanto che taluno ha avanzato l'ipotesi di una possibile introduzione anche in Italia di istituti di legalità rafforzata sul modello della *Ley Organica* spagnola⁴⁰, che impegnino realmente e in misura consistente la sede parlamentare.

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 è sempre più spesso eterointegrata da elementi normativi che rinviano a fonti sub-legislative, più idonee a contenere un ampio numero di dettagli tecnici. In tale contesto, la carenza di tecniche legislative adeguate, soppiantate da interventi spasmodici, incoerenti e asistemati 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. Il “malcostume normativo” che porta allo scadimento delle tecniche di incriminazione, se da un lato costituisce il sintomo dell'inadeguatezza della sede parlamentare ad accogliere l'estremo tecnicismo che talora si rende necessario, è al contempo spia di una più generale incapacità di adottare decisioni politico-criminali che si fondino su scelte assiologiche chiare.

Tale difficoltà deriva in parte dalla crisi di rappresentatività che il Parlamento sta attraversando da anni e dall'incapacità di giungere ad una sintesi di quel pluralismo politico-culturale che innerva la società, impedendo così ogni tentativo di recupero di una razionalità penalistica 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 applicativa⁴¹.

⁴⁰ 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^a 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 *Dir. pen. cont.*, 2, 2018, 162 ss.

⁴¹ F. GIUNTA, *Al capezzale del diritto penale moderno (e nella culla, ancora vuota, del suo erede)*, cit., 385.

L'urgenza di mettere mano al problema della qualità della normazione è 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 mondo⁴².

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 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 codice⁴³. L'aggettivazione del fenomeno come "giurisdizionalizzazione della politica" o "politicizzazione della giurisdizione"⁴⁴ ben delinea la preoccupante commistione tra poteri che vede affermarsi la supplenza della magistratura nei confronti della politica⁴⁵, sempre più annichilita.

Ciò ha comportato, sul versante interno, 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-normativo⁴⁶. La storia della crisi della legalità formale è infatti, almeno nel nostro

⁴² Cfr. OCSE, *Prospettive OCSE 2018 sulla politica*, Parigi, 2019

⁴³ V. MANES, *Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di deontologia ermeneutica*, in *Dir. pen. cont.*, 17 gennaio 2018, 2.

⁴⁴ Sul tema, senza pretesa di completezza, cfr. M.J. MOSSMAN, G. OTIS, *The judiciary as Third Branch of Government: Manifestations of Challenges to Legitimacy*, Montréal, 2000; N.C. 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.

⁴⁵ L'attribuzione di funzioni indirettamente politiche alla giurisdizione trasforma 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 *Anatomia del potere giudiziario. Nuove concezioni, nuove sfide*, cit., Roma, 2016, 26.

⁴⁶ Sul crescente ruolo suppletivo del processo penale rispetto al momento normativo, e la

Paese, fortemente legata all'ascesa del diritto giurisprudenziale; in questa prospettiva l'analisi del fenomeno non può che involgere le trasformazioni che hanno riguardato le istituzioni, insieme con il mutamento del ruolo del giudice nel contesto politico, istituzionale e sociale⁴⁷. 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 tra il potere legislativo e quello giudiziario»⁴⁸.

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.

Più in particolare, già l'attuazione della Carta costituzionale impegnò la magistratura nella ricerca di interpretazioni evolutive delle leggi introdotte precedentemente, contribuendo a mutarne il ruolo e rendendola sensibile alle 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 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»⁴⁹. 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-democratica⁵⁰.

Nei decenni che seguirono alcuni fattori contribuirono a rafforzare l'influenza creativa della giurisprudenza e il ruolo di traino che ha iniziato 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 e della difficoltà di orientarsi nel “labirinto”⁵¹ delle fonti e dei valori multilivello – 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.

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.

⁴⁷ G. FIANDACA, *Il diritto tra legge e giudice*, Padova, 2002.

⁴⁸ G. AMARELLI, *Legge penale e giudice: un vecchio rapporto alla ricerca di un nuovo equilibrio*, in *Cass. pen.*, 1, 2014, 411.

⁴⁹ G. INSOLERA, *Guardando nel caleidoscopio. Antimafia, antipolitica, potere giudiziario*, in *Ind. pen.*, 2015, 223 ss.

⁵⁰ G. PRETEROSSO, *Ciò che resta della democrazia*, Roma, 2015, 164 ss.

⁵¹ 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.

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 rappresentative⁵². Essa non risiede più, secondo tale corrente di pensiero, nell'unità politica e nella partecipazione dei cittadini, bensì nella tecnocrazia delle giurisdizioni e nella loro indipendenza dalle istituzioni politiche⁵³. Si allenta così la connessione tra partecipazione politica e diritti individuali di cittadini sempre più "consumatori di libertà", alla cui creazione però contribuiscono sempre meno⁵⁴. La rinuncia, più o meno espressa o 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

⁵² 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 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.

⁵³ «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.

⁵⁴ 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.

affidamento, espresso⁵⁵ od occulto, alla giurisdizione non tanto del compito di mediare tra generale e particolare, in un'opera di concretizzazione tesa ad integrare fatto e diritto, bensì della «mediazione tra opposte rappresentazioni del generale»⁵⁶; tanto che la recente produzione legislativa non teme di offrire al giudice prodotti semi lavorati⁵⁷, o al contrario, di recepire e positivizzare, *ex post*, fattispecie anticipatamente “emerse” nella giurisprudenza, a tutto vantaggio del c.d. potere normativo del processo⁵⁸.

Dal punto di vista della crisi della fonte il fenomeno produce le conseguenze già descritte, a diverso titolo esso si iscrive anche nel quadro dei fattori di crisi della funzione comando della fattispecie: 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 va affiancandosi un differente modo di “dire il diritto”.

Del resto, il linguaggio del legislatore, sebbene malamente usato, si differenzia essenzialmente da quello usato dal giudice. Se la comunicazione del messaggio normativo passa dalle esclusive mani del legislatore anche in quelle del giudice, il quale lo esprime attraverso la motivazione delle sentenze e, ancor di più,

⁵⁵ 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 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., F. D'ALESSANDRO, *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 sciatteria 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.”

⁵⁶ G. FIANDACA, *La legalità penale negli equilibri del sistema politico-istituzionale*, in *Foro It.*, 2000, 138.

⁵⁷ 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.

⁵⁸ 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.

la loro massimazione in sede di legittimità⁵⁹, 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 dal caso concreto.

Senza addentrarsi nelle problematiche dispute circa la qualificazione del diritto vivente – questione 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 rivolto anche ai cittadini. Il carattere «ambiguo» del giudice di legittimità⁶⁰, stretto tra lo *ius consitututionis* 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 richiede un registro stilistico tecnico e puntuale, la necessità sempre più avvertita di comunicare ai cittadini le regole di condotta induce ad adottare un tono 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»⁶¹. Stando alla teoria del diritto vivente, infatti, questi *dicta* riguarderebbero non solo i giudici e gli altri operatori del diritto, ma anche la collettività chiamata a desumere la reale portata di 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»⁶², 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 a pieno titolo il nuovo volto assunto dal sindacato di legittimità costituzionale sulle scelte legislative in materia penale⁶³.

⁵⁹ 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.

⁶⁰ Il riferimento è a M. TARUFFO, *Il vertice ambiguo. Saggi sulla cassazione civile*, Bologna, 1991.

⁶¹ D. MICHELETTI, *Le fonti di cognizione del diritto vivente*, cit., 620.

⁶² F. W. NIETZSCHE, *Linguaggio e verità* (1869-1875), a cura di M. Carassai, Roma, 2016, 46.

⁶³ 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

Un 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 che, individuando nella sanzione il limite ultimo oltre il quale non poteva spingersi il giudizio di legittimità costituzionale, ne confinava l'intervento ai soli casi in cui fosse un *tertium comparationis* a rivelare la manifesta sproporzione sanzionatoria della norma⁶⁴, la Corte ha manifestato la propensione ad un uso più penetrante delle decisioni manipolative proprio 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»⁶⁵, 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 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 negli ultimi pronunciamenti⁶⁶. Appare chiaro

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

⁶⁴ 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.

⁶⁵ La 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.

⁶⁶ 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

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 Corte si spinge a lambire gli stessi lavori parlamentari, dettandone pur indirettamente l'agenda politica, ma si accinge a svolgere funzioni di vera e propria supplenza legislativa.

Quanto descritto costituisce il sintomo di quel mutamento di paradigma di cui si è detto in apertura che si è riversato sul potere legislativo ridimensionandone il ruolo e modificandone il collocamento tra i poteri. A ben vedere, infatti, quella che investe la legge non è più solo una crisi "relazionale" frutto dello svuotamento di un potere in favore di un altro, bensì una vera e propria crisi "esistenziale". Gli intensi moti di costituzionalizzazione e internazionalizzazione hanno contribuito a scalzare il vecchio modello imperativista, incarnato dal Leviatano prima e poi ereditato dal positivismo ottocentesco, sostituendolo con un nuovo paradigma nel quale i poteri sono concepiti come sottoponibili a crescenti oneri di giustificazione e controllo; un rinnovato equilibrio che ha messo radici in un terreno ove l'opposizione tra Volontà e Ragione che segnava il confine tra positivismo e giusnaturalismo non trova più motivo di esistere.

Il legislatore che comanda, senza dare ascolto né fornire ragioni, viene soppiantato nell'ideale regolativo da un legislatore che è esso stesso argomento – tra molti.

A ciò segue la lenta ma inesorabile trasformazione della legge che in quanto prodotto di quel potere non può che rifletterne le variazioni che si manifestano tanto nella perdita di vigore e centralità nel panorama delle fonti, quanto nel suo stesso patrimonio genetico. Una mutazione che appare particolarmente insidiosa e profonda se osservata con il focale della razionalità legislativa, la quale, da sempre confinata all'esterno della *voluntas legis*, sembra ora farsi spazio tra le maglie della legge stessa «cercando di mitigare, o addirittura di soppiantare, la volontà inflessibile del sovrano a cui non si poteva resistere»⁶⁷, i cui comandi sono ora divenute "ragioni" e la cui autorità deve esprimersi nelle forme e nei confini della ragionevolezza, rendendosi cioè accessibile alle istanze altrui.

in un contesto di leale collaborazione tra organi costituzionali. Recentemente 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, com'è accaduto nei casi relativi alla normativa in materia di ergastolo ostativo (C. Cost. n. 97 del 2021) e di aiuto al suicidio (C. Cost. n. 2017 del 2018).

⁶⁷ C. LUZZATI, *Introduzione. Il legislatore argomentante: sfondi e sottointesi*, in *La motivazione delle leggi*, a cura di F. Ferraro, S. Zorzetto, Torino, 2019, 3.

Capitolo secondo

Il comando come funzione del precetto penale

1. Il dibattito giuridico-filosofico sulle funzioni della norma penale e il legame con la sua struttura

Il complesso tracciato evolutivo della normatività, anche in materia penale, rimette al centro della riflessione il rapporto esistente tra la funzione comando della fattispecie incriminatrice e la struttura del comando medesimo¹. Tali nozioni, infatti, 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 giuridicità consente infatti di cogliere le peculiarità che il comando come struttura ha sviluppato rispetto al comando come funzione. L'intero fenomeno giuridico riflette, a ben vedere, 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. Una connessione, quest'ultima, ancor più radicale quando si abbia riguardo alla penalità, che 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 tempra in grado di «controllare e incatenare uno Stato forte»². Se è

¹ 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*, 2^a ed., Padova, 1982, 22 ss.

² D. ACEMOGLU, A. ROBINSON, *La strettoia*, Milano, 2020, 14. Gli autori ripercorrono,

vero che gli equilibri tra autorità e libertà dipendono anche dal diritto penale, si può dire che è anche lo stesso *ius terribile* 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, di cui si è detto, occorre allora 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.

Allo scopo, è opportuno muovere da una sommaria retrospettiva circa il dibattito giuridico e filosofico inerente alla natura della norma penale e alle funzioni ad essa affidate.

Secondo un primo filone teorico, la norma si limiterebbe a svolgere una funzione di giudizio: stabilendo un ordine oggettivo, essa si indirizzerebbe esclusivamente al giudice, dettando le condizioni per la propria applicazione. Tale impostazione trova il proprio antecedente logico nell'architettura normativa predisposta da Kelsen, secondo cui la norma opererebbe con un ritmo sillogistico e necessario, come criterio in forza del quale al ricorrere del fatto A deve verificarsi la conseguenza B³. Il precetto penale assume dunque una funzione descrittiva e qualificatoria di un avvenimento umano che nell'economia della norma svolge il ruolo di semplice presupposto per l'applicazione della pena, nella quale è invece concentrato il *proprium* della giuridicità. Per conseguenza, la responsabilità penale ed il relativo giudizio assumono i tratti di un modello di pura ascrizione. In quest'ottica, alla funzione di orientamento della norma penale non residua alcuno spazio se non quello di un effetto psicologico indiretto, estraneo alla logica della stessa.

Secondo altre impostazioni teoriche, al contrario, la norma è dotata di una capacità *determinativa* e il ruolo di prevenzione generale che essa è chiamata a perseguire si impennerebbe proprio sulla capacità di influenzare l'*agere* dei consociati, indicando loro il comportamento vietato (o imposto). La più importante espressione di questa impostazione – seppur limitatamente al solo profilo funzionale – è rintracciabile nell'imperativismo⁴, che secondo taluno rappresenterebbe

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.

³ Il riferimento principale va al funzionalismo penale di Ghunter Jakobs per il quale il diritto non avrebbe la funzione di guidare razionalmente i comportamenti umani né di modellare l'ordine sociale *a priori*, bensì di intervenire successivamente a protezione delle aspettative sociali, confermando *a posteriori* la validità della norma violata. V. G. JAKOBS, *Il sistema dell'imputazione penale*, Napoli, 2017

⁴ La teoria imperativista, sebbene affondi le sue radici fin nel diritto romano, deve la sua formulazione in chiave moderna all'opera di A. THON, *Norma giuridica e diritto soggettivo. Indagini di teoria generale del diritto*, 2^a ed., Padova, 1951, 11 ss.

a tutt'oggi il presupposto teorico, seppur latente, di ogni ricostruzione dogmatica della norma penale⁵. Il progressivo, seppur non integrale, declino della teoria secondo cui la norma, e in special modo quella penale, si presenta come un comando rivolto al cittadino, non è infatti riconducibile alla totale erroneità dei suoi postulati, bensì alla pretesa di una loro applicazione universale⁶.

Sebbene il carattere intransigente delle affermazioni imperativiste vada respinto, infatti, negare che la norma penale abbia (anche) una funzione di orientamento è altrettanto discutibile. Intendendo la prima parte della norma come puramente descrittivo-qualificatoria, ogni funzione che si volesse poi assegnare al diritto penale nel suo complesso non risulterebbe adeguatamente supportata: tanto la funzione retributiva quanto, ancor più, quella di prevenzione (generale e speciale) e di risocializzazione verrebbero meno se si postulasse che alcun obiettivo di orientamento gravi *ab initio* sulla fattispecie penale e sul legislatore. Così concepita, la norma rappresenterebbe un fattore oggettivo di stabilizzazione sociale e, dunque, potrebbe rivolgersi ed essere conosciuta unicamente dal giudice, sul quale soltanto graverebbe l'imperativo ivi contenuto. Non può infatti negarsi che la maggior parte delle norme penali – e la totalità delle fattispecie incriminatrici – abbiano un duplice destinatario⁷: si rivolgono alla pluralità dei consociati, con l'obiettivo di indirizzarne il comportamento, e al tempo stesso sono destinate ad essere fruite dal giudice e dagli operatori del diritto, delimitando i confini del

⁵ Evidenzia come la teoria imperativistica rappresenti a tutt'oggi il fondamento, pur implicito, della norma penale L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, 2004, 56 ss. Secondo l'Autore, inoltre, l'assunto in cui possono compendiarsi tutte le critiche mosse nel tempo alla teoria imperativistica è quello per cui comando e norma sono in realtà due concetti eterogenei, afferenti a mondi diversi. Cfr. L. CORNACCHIA, *Lex imperfecta: ciò che sopravvive della Normentheorie di Binding nella dogmatica penale*, in *Criminalia 2016*, 355. 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.

⁶ L'affermazione per cui tutte le norme siano strutturate come comandi e solo tali possono essere degne del carattere di giuridicità, si scontra con la (allora) applicabilità della norma penale a soggetti incapaci di intendere e di volere così come nelle numerose ipotesi di responsabilità oggettiva, e, tutt'oggi nel caso di *ignorantia legis* scusabile e colpa incoesciente. Per una efficace ricostruzione delle critiche mosse alla teoria imperativistica, v. A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003, 31 ss.

⁷ Alcune norme, infatti, non contengono un comando diretto alla volontà del cittadino bensì un criterio di giudizio destinato al giudice e agli operatori del *law enforcement*. È il caso, per esempio, delle cause di non punibilità in senso stretto o quelle di esclusione della colpevolezza le quali non si presentano certo come indicazioni rivolte al cittadino, bensì come regole rivolte al giudice che si trovi a giudicare di un certo fatto. Se così non fosse, norme come quella prevista dall'art. 384 c.p. dovrebbe rivolgersi al soggetto dettandogli la seguente regola di condotta: "chiunque si trovi nella necessità di salvare sé medesimo o un prossimo congiunto da un grave ed inevitabile pregiudizio può commettere i fatti di cui agli artt. 361, 362 ecc.".

giudizio e definendo le condizioni in presenza delle quali può essere riconosciuta la responsabilità penale dell'autore e inflitta la sanzione⁸. Alla duplicità dei destinatari e della struttura, ben riassunta nella nota dicotomia tra regole di condotta e regole di giudizio⁹, si accompagna dunque la duplicità di funzioni che la norma penale è chiamata a svolgere¹⁰: orientare il comportamento del cittadino e garantirlo dagli abusi del potere giudiziario.

È evidente come, a seconda della concezione che si voglia sposare, il ruolo del precetto emerga con minore o maggiore nitore. Ciò che deve porsi in luce, tuttavia, è come nella storia del diritto (non solo penale) la funzione di orientamento della fattispecie, che pur alcune delle teoriche citate valorizzano, non è mai stata separata – quantomeno a livello teorico – dalla struttura di comando che questa assume; si tratta di concetti da sempre ritenuti inscindibilmente legati in seno alla fattispecie penale, ritenuta 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 proclamazione di valori e di beni giuridici degni della massima protezione, è rimasta costretta all'interno della forma espressiva del comando, inteso, in questa accezione, come mezzo di funzionamento della norma.

La coercizione ha rivestito a lungo un ruolo di primo piano nella storia del diritto, e in special modo in quello penale, che ancora oggi vive stagioni di grande valorizzazione del momento punitivo; l'identificazione della giuridicità con la sanzione, fondata su una concezione “antropologicamente negativa” dell'uomo¹¹ e risultante

⁸ Sulle difficoltà che da tale dualità derivano in termini di formulazione della fattispecie, seppur trattate con specifico riguardo al problema della condificazione, v. P. ROBINSON, P. GREENE, N. GOLDSTEIN, *Making Criminal Codes Functional: A Code of Conduct and a Code of Adjudication*, in *Journal of Criminal Law & Criminology*, vol. 86, 1996. Per una completa sintesi del pensiero e delle proposte di P. Robinson, nonché per una rielaborazione della problematica sottesa, M. PAPA, *Fantastic Voyage*, cit.

⁹ Il riferimento è alla distinzione tra *rules of conduct* e *rules of adjudication* che, quale distinzione di teoria generale della norma, risale a Bentham, sebbene taluno evidenzi come la distinzione risalirebbe addirittura alla bibbia (così D. DAUBE, *Forms of Roman Legislation*, Oxford, 1956, 24 secondo cui «There came a period in Talmudic law when it was assumed that the Bible had two separate statutes for each crime, one to prohibit it and one to lay down the penalty»), ed è poi stata sviluppata per mezzo della nota distinzione tra “norma primaria” e “norma secondaria”. Sul punto v., M. DAN-COHEN, *Decision Rules and Conduct Rules: on acoustic Separation in Criminal Law*, in *Harvard L. Rev.*, 1984, pp. 625 ss., pp. 630-632; P.H. ROBINSON, *Rules of Conduct and Principles of Adjudication*, in *University of Chicago Law Review*, 57, 1990, 279 ss.; G.P. FLETCHER, *Basic Concepts of the Criminal Law*, Oxford, 1998, tr. it., *Grammatica del diritto penale*, Il Mulino, Bologna, 2004.

¹⁰ La fondamentale distinzione tra norma-comando e norma-garanzia si deve a P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, cit., 22 ss.

¹¹ 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*, Roma-Bari, 2021, 14 ss. L'autore sottolinea come, seppure

da una tendenziale omogeneità strutturale tra la forma del potere e la forma del diritto¹², profondamente legate al contesto storico e sociale di riferimento, conduce da sempre a concepire il diritto come apparato ontologicamente coercitivo. La cifra autoritaria, sebbene mediata e limitata dai profili di personalismo acquisiti nel tempo che si esprimono per mezzo delle garanzie¹³, informa l'essenza del diritto penale che ritrova nella coercitività un «nucleo strutturale che non (gli) può essere sottratto [...] se non al prezzo di trasformarlo in una grandezza normativa differente»¹⁴, ed emerge nella struttura della norma.

Non si è dunque mai avvertita la necessità di procedere alla distinzione tra i due concetti di comando-funzione e di comando-struttura, che tuttavia si riferiscono, invero, a componenti ben distinte della norma penale. Se è indubbio che l'orientamento delle condotte altrui dipenda anche (e soprattutto) dalla prospettazione di una conseguenza afflittiva, e che la minaccia di una pena, così come la sua effettiva irrogazione, sia un fattore certamente influente sulla decisione del cittadino in ordine a quale direzione dare al proprio agire, appare tuttavia essenziale scindere il momento meramente precettivo da quello coercitivo.

La funzione di orientamento comportamentale è svolta dal precetto che, seppur rafforzato dalla presenza della sanzione, gode di una propria autonomia. Il comando, invece, rappresenta lo “scheletro” della norma incriminatrice, il *mezzo* con

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 turpitudine, bensì per le punizioni», e di aver fatto di questa convinzione la base per un modello unico di diritto.

¹² Senza poter qui approfondire il tema, basterà evidenziare come il concetto stesso di potere, a seconda di come lo si intenda, è in grado di fondare nuove forme di normatività. Se la teoria tradizionale identifica il potere con la possibilità di imporre decisioni attraverso la coazione stringendolo in un inossidabile binomio con la violenza (per tutti, M. WEBER, *Economia e società I - Teoria delle categorie sociologiche*, trad. it., Roma, 1995, 51), le impostazioni più recenti ne allargano il perimetro concettuale, definendolo come la capacità di condizionare l'*agere* altrui «motivando (taluno) a fare o pensare qualcosa che non avrebbe altrimenti fatto o pensato». Il pregio teorico di questa impostazione non si limita ad aver reciso il nesso tra potere e violenza, relegando quest'ultima ad una forma di manifestazione del primo, ma si estende anche all'individuazione del perno del concetto di potere sull'effettività, cioè sulla capacità di determinare una modificazione del comportamento altrui. Sul punto si tornerà *infra*.

¹³ Come noto, con l'avvento dell'Illuminismo il volto del diritto penale muta la propria funzione facendosi mezzo di garanzia del singolo individuo dal potere punitivo dello Stato; pur rimanendo strumento coercitivo di diritto pubblico esso subisce una trasformazione anche nella propria legittimazione che diventa democratica e «la 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).

¹⁴ C.E. PALIERO, *L'agorà e il palazzo. Quale legittimazione per il diritto penale?*, cit., 100.

il quale l'ordinamento interagisce con il suo destinatario¹⁵. La struttura della norma penale e la previsione della sanzione è dunque una «una tecnologia normativa e operativa che fa parte delle risposte date dalla storia al problema della costruzione e difesa di una convivenza ordinata»¹⁶.

Il fine è dunque il «*ne peccetur*»; il mezzo è la previsione di sanzioni «*quia peccatum est*»¹⁷. Il diritto penale, in un estremo quanto improbabile orizzonte, può dirsi che aspiri alla propria estinzione.

2. La funzione comando della norma penale

Sebbene il dibattito sulla dimensione *direttiva* della norma penale sia ampio e risalente, e per alcuni versi ancora non sopito, si può affermare con una certa dose di certezza che anche nel diritto penale sia riscontrabile «la sussistenza [...] di un

¹⁵ 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. V., MARSILIO DA PADOVA, *Defensor pacis* (1324), trad. it. Mario Conetti, Bologna, 2001, 504: «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». La medesima distinzione ritorna in MARSILIO DA PADOVA, *Defensor minor*, (1342), trad. it. Cesare Vasoli, Napoli, 1979, 270: «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».

¹⁶ D. PULITANÒ, *Responsabilità, osservanza, castigo*, in *Sist. pen.*, 9 maggio 2021, 3. 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 *Criminalia* 2021, 90).

¹⁷ Riprende la frase di Seneca «*Nemo prudens punit quia peccatum est, sed ne peccetur*», D. PULITANÒ, *Responsabilità, osservanza, castigo*, cit., 4. Cfr. anche F. MIRÒ LLINARES, R. BAUTISTA ORTUNO, *Por qué cumplimos las normas penales? Sobre la disuasión en materia de seguridad vial*, in *InDret*, 4, 2013.

autonomo momento precettivo»¹⁸, che preesiste e prescinde dal suo carattere di esercizio del potere coercitivo¹⁹.

Avendo proceduto alla preliminare distinzione tra funzione e struttura, e chiarito come la loro inscindibilità rappresenti unicamente un dato storico non necessitato, non vi è alcuna contraddizione nell'affermare che, sebbene la struttura della norma penale si incentri sull'esistenza della sanzione, la sua funzione è, almeno in prima istanza, cognitiva ed orientativa, e non unicamente repressiva: essa mira anzitutto ad indirizzare le azioni e non a punirle²⁰. Alla tutela dei beni giuridici, fine ultimo e manifesto dell'intero sistema penale, si affianca un fine "immediato" verso cui la singola norma penale – come, del resto, tutte le norme – tende: l'osservanza dei precetti da essa veicolati. La relazione tra funzione di comando della norma, secondo cui essa opera come volontà legislativa che si rivolge ai suoi destinatari, e suo contenuto è ben messa in luce da quelle teoriche che, con riferimento al principio di determinatezza, ne professano una sua derivazione logica proprio dalla funzione affidata alla norma²¹.

Assunta questa prospettiva, sulla quale si tornerà nel prosieguo, appare chiaro come l'attenzione al momento precettivo, scisso e autonomo rispetto a quello sanzionatorio, si riveli essenziale nella progettazione di un sistema normativo che aspiri ad assumere i caratteri dell'effettività. A differenza di altre branche del diritto, infatti, la norma penale non è dotata di una capacità performativa della realtà e la sua realizzazione dei suoi scopi non può che passare dalla volontaria adesione dei consociati che, astenendosi dal compiere l'azione illecita descritta nella fattispecie incriminatrice, ne danno attuazione.

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 non può essere legato unicamente alla possibilità della sanzione. Deve dunque prendersi atto della "priorità logica e teleologica" della dimensione precettiva della norma²², che è un'energia motrice destinata a muovere la realtà sociale in una precisa direzione.

3. La materia oscura del diritto penale: viaggio alla riscoperta della prevenzione generale

Per poter condurre una riflessione sull'attuale statuto del ruolo di orientamento

¹⁸ 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.

¹⁹ L. EUSEBI, *Persona, diritto, Stato*, cit., 9.

²⁰ V. S. NATOLI, *Il rischio di fidarsi*, Bologna, 2016, 107.

²¹ Si vedano, in particolare, le fondamentali riflessioni di F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979, 87 ss.

²² Così D. PULITANÒ, *Riparazione e lotta per il diritto*, in *Sist. pen.*, 2, 2023, 66. V. anche T. GRECO, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, cit.; S. NATOLI, *Il rischio di fidarsi*, cit., 107.

svolto dalle norme penali – indispensabile per fuggire il rischio di aprire la strada ad un sistema penale strutturato come pura ascrizione – occorre preliminarmente abbandonare alcuni lidi ritenuti sicuri. Difatti, sebbene si sia affermato che il diritto penale persegue il suo scopo principale che è quello di «rendere gli uomini migliori, e non più miserabili»²³, come scienza dei limiti assorta in uno sguardo retrospettivo, raramente si è (pre)occupato di progettare il “futuro”; come ogni branca del diritto, invece, anche quello penale «prima di essere sistemazione dell'accaduto, è modello per il futuro», caratterizzato come tutti i fattori normativi dall'intento di modellare «le cose che verranno [...] in qualunque modo si apprestino ad incidere, e di fatto incidano, sulle vicende umane»²⁴.

L'efficacia motivazionale delle norme, le dinamiche dell'adesione al precetto e l'orientamento comportamentale rappresentano lo “strano” volto fisiologico della fattispecie penale rimasta a lungo confinato alla “porta d'ingresso” della norma. Lo studio delle ragioni per cui la norma viene obbedita e, di compenso, le ragioni della criminalità²⁵, è sempre rimasto relegato nell'ambito della prevenzione generale e, più in ampiamente, della politica criminale²⁶, che è tuttavia stata a lungo sfornita di una seria riflessione sul tema della prevenzione primaria²⁷.

Il disinteresse verso questa componente meccanica della norma non è certo dovuta alla sua scarsa rilevanza. Difatti, il volto fisiologico della norma penale rappresenta la materia oscura del diritto penale che, al pari dell'ipotetica componente cosmologica che rappresenterebbe, così si stima, il 90 % della massa dell'universo²⁸ e attraverso la quale sarebbe possibile spiegare i più celati misteri del cosmo, non emette “radiazioni”. I suoi effetti sono rilevabili solo indirettamente: la norma rispettata è invisibile, eppure rappresenta la “normalità” oltre che l'obiettivo cui tende il sistema nel suo complesso.

²³ J.E.M. PORTALIS, *Discours préliminaire sur le premier projet de code civil*, (1801), Bordeaux, 2004, 21, come citato in M. PAPA, *Fantastic Voyage*, cit., 108.

²⁴ M. GALLO, *La regola e il giudizio. Tra due ipotesi e il diritto penale vigente*, Torino, 2016, 74, 78.

²⁵ Ogni funzione che, nel tempo, è stata affidata al diritto penale è frutto della politica penale che si è intesa adottare in quel contesto spazio-temporale e che, a sua volta, trova linfa vitale nella specifica teoria della devianza sposata. Sul nesso tra teorie criminologiche e politiche criminali, v. F. PRINA, *Devianza e criminalità. Concetti, metodi di ricerca, cause, politiche*, Roma, 2019, 195 ss.

²⁶ F. GIUNTA, *Introduzione*, cit., 90.

²⁷ L. EUSEBI, *Qualcosa di meglio della pena retributiva. In margine a C.E. Paliero*, Il mercato della penalità, in *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, a cura di G. Mannozi, C. Perini, M.M. Scoletta, C. Sotis, S.B. Taverriti, II, Torino, 2022, 404.

²⁸ In cosmologia la materia oscura si definisce come quell'ipotetica componente dell'universo che, diversamente dalla materia conosciuta, non emetterebbe radiazioni elettromagnetiche e sarebbero rilevabile solo in modo indiretto, attraverso i suoi effetti gravitazionali. Attualmente si ritiene che la materia oscura rappresenti circa il 90% della massa dell'universo e il 30% della sua energia, e sarebbe in grado di fornire giustificare molte delle osservazioni astrofisiche ancora in cerca di spiegazione.

Il carattere “fisiologicamente patologico” della norma penale²⁹, chiamata ad entrare in campo solo nel momento della sua violazione, ha contribuito a far permanere sullo sfondo il tema dell’obbedienza e le sfide dell’efficacia motivazionale, senza che ad essa fosse consentito di varcare la soglia della prevenzione generale presupposto tanto implicito dall’aver assunto i tratti dell’assioma indimostrato³⁰. Salvo che per alcuni che hanno esortato gli studiosi ad interrogarsi sulle «condizioni di efficacia del comando»³¹, proponendosi così di costruire norme che tengano conto «dei suggerimenti delle scienze sperimentali in tema di formulazione degli obblighi e di determinazione delle sanzioni»³² sul presupposto per cui «la vera scienza del diritto è la scienza della posizione delle norme»³³, quello delle ragioni dell’osservanza della norma penale è stato infatti un tema a lungo tema negletto.

Profondamente legata ad una concezione del diritto penale “orientato allo scopo”³⁴, la tematica ha quale irrinunciabile presupposto quello secondo cui la scienza e la politica penale³⁵ – così come ogni politica pubblica³⁶ – debbano

²⁹ F. GIUNTA, *Introduzione*, cit., 90.

³⁰ Il comportamento conforme alla legge non è frutto, unicamente, della mera paura di essere puniti – come dimostrato da numerose indagini empiriche dalle quali emerge il ruolo marginale della minaccia di pena – ma il risultato di una pluralità di fattori motivazionali legati, almeno in parte, al processo di interiorizzazione delle norme e capaci di orientare il comportamento individuale nel senso dell’osservanza. In questo senso, v. le lucide osservazioni di N. IRTI, *Viaggio tra gli obbedienti*, Milano, 2021, 111 ss.

³¹ Così P. NUVOLONE, *Natura e storia nella scienza del diritto penale*, in *Studi in memoria di Arturo Rocco*, II, Milano, 1952, 270. Tema su cui torna anche G. FORTI, *Le ragioni extra-penali dell’osservanza della legge penale: esperienze e prospettive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1108 ss.

³² P. NUVOLONE, *Brevi note metodologiche in tema di scienza del diritto penale*, in *Trent’anni di diritto e procedura penale*, I, Padova, 1969, 210.

³³ P. NUVOLONE, *Brevi note metodologiche in tema di scienza del diritto penale*, cit., 211.

³⁴ 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.

³⁵ Sulla distinzione tra politica penale e politica criminale v., per tutti, F. BRICOLA, *Politica criminale e politica penale dell’ordine pubblico*, in *Id.*, *Scritti di diritto penale*, a cura di S. Canestrari, A. Melchionda, vol. II, tomo I, Padova, 1997, 2601 ss.

³⁶ Se è vero che ogni politica pubblica dovrebbe essere corredata da meccanismi in grado di valutarne, sia a valle che a monte, l’impatto effettivo, tali attività di valutazione (*ex ante* ed *ex post*), pur rappresentando un potenziale valido sostegno all’attività di legislazione, risultano raramente praticate nel nostro Paese. Sul punto, da ultimo, v. M. CAPUTO, *Politica pubblica*, in *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, cit., 1725 ss. Interessante applicazione di un simile approccio interdisciplinare è quello che ha dato vita alla c.d. *Behavioural public policy*, fortemente legata agli studi di economia comportamentale. Nata tra gli anni ‘70 e ‘80 del secolo scorso dalle riflessioni di D. Kahneman e A. Tverskky, la BBP “argomenta” che la scienza del comportamento possa guidare la progettazione e l’applicazione di

costantemente confrontarsi con i risultati che le scienze empiriche consegnano loro, ponendo particolare attenzione alle condizioni di efficacia delle misure adottate.

La ristrettezza dei limiti entro cui è stato invece confinato l'oggetto della scienza penale trova ragione nel predominio del tecnicismo giuridico, il cui atto di nascita coincide con la critica radicale dei metodi seguiti fino ad allora dalla dottrina la quale, unendo all'esegesi della legge considerazioni filosofiche e sociologiche, aveva ampliato l'oggetto della scienza penale oltre i confini del diritto positivo, entro i quali il tecnicismo ha inteso, invece, ricondurlo³⁷.

Riappropriarsi del campo della prevenzione, intesa come studio del funzionamento *in positivo* del comando penale – e non certo come arretramento delle garanzie per l'applicazione di misure dal contenuto sostanzialmente afflittivo –, annoverandola come parte del lavoro del penalista, è un'operazione auspicabile e necessaria per esplorare quella materia oscura la cui comprensione può rendere meno ardua la costruzione di modelli di tutela in grado di raggiungere l'obiettivo sperato: arginare il fenomeno criminoso.

Ricondurre il baricentro della prevenzione dei reati alla progettazione politico-criminale, consentirebbe inoltre di "anticipare" le garanzie e i limiti posti al potere punitivo in un momento precedente rispetto a quello del suo effettivo e concreto esercizio³⁸ e rappresenterebbe un «argine alla tendenza inveterata dell'identificare l'intera strategia di contrasto alla criminalità con la retribuzione a posteriori dei fatti lesivi qualificati come reato»³⁹.

In simile direzione muovono le riflessioni di chi auspica una (ri)lettura dell'art. 27, comma 3 che sia in grado di liberarlo dal ruolo di «zavorra umanitaria» che lo relega a limite modale di una pena dai tratti pur sempre retributivi, di per sé disomogenea e distante dall'obiettivo di prevenzione ottimale, e che gli consenta invece di interpretare un ruolo da protagonista del diritto penale, in posizione strategica ai fini di prevenzione⁴⁰. Così riletto, il dettato costituzionale esprimerebbe non più solo una tendenza verso un risultato che riguardi (unicamente) la pena, bensì una scelta di fondo dell'ordinamento nella convinzione che la partita della prevenzione si giochi, anzitutto, sul piano motivazionale, «tra l'appello comportamentale insito nei precetti normativi [...] e l'autonomia personale»⁴¹. Ciò, è evidente, rafforzerebbe, anche sotto il profilo del fondamento costituzionale, la necessità di costruire

politiche pubbliche e di specifiche regole, sul presupposto che la guida del comportamento – anche tramite norme – implica la conoscenza di come gli individui prendano decisioni e quali fattori in concreto influenzino le loro azioni.

³⁷ A. ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, in Id., *Opere giuridiche*, III, Roma, 1933, 263.

³⁸ C.E. PALIERO, *Il mercato della penalità*, Torino, 2021, 27.

³⁹ G. DE FRANCESCO, *Rieducazione, giustizia riparativa, logiche premiali: appunti minimi per un confronto*, in *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, cit., 362.

⁴⁰ L. EUSEBI, *A quando un sistema volto alla prevenzione effettiva dei reati e alla reintegrazione dei loro autori?*, in *Arch. pen.*, 3, 2023, 5 ss.

⁴¹ L. EUSEBI, *Pena e libertà. Sulla rappresentazione della violenza in Arancia Meccanica di Stanley Kubrick*, in *Criminalia* 2023, 289 ss.

norme tese a *motivare*, imponendo al legislatore un complessivo sforzo sul piano della prevenzione generale, capace al tempo stesso di inverare il carattere di *extrema ratio* del diritto penale.

Per fare ciò è necessario, per un verso, approfondire quali siano i fattori che influenzano il comportamento ottemperante, per l'altro sottoporre gli interventi legislativi ad un controllo *ex post* in grado di valutarne il grado di efficacia *orientativa*.

Sotto il profilo metodologico, per non cadere nell'inganno della c.d. «semplicità del sociale»⁴² e per la costruzione di norme realmente efficaci, al tradizionale sapere ermeneutico-giuridico dovrebbe affiancarsi il sapere empirico, utile per indagare le cause e gli effetti del fenomeno criminoso, misurarlo nelle sue dimensioni quantitative e nelle forme di manifestazione, ma anche in grado di illuminare la ricerca «sulla spiegazione causale dell'utilità e delle funzioni della pena»⁴³ e del comando, tesa a verificare il reale dispiegarsi delle proprie misure, anche confrontandole con altre forme di regolazione⁴⁴.

Da ciò potrebbe derivare la messa in discussione del tradizionale modello punitivo fondato sulla deterrenza, qualora esso si rilevi del tutto inutile o perfino controproducente in ottica preventiva. Se ne ha prova, come di recente è stato messo in luce, nel campo della teoria della pena con riferimento al reato colposo e, più in generale, con riguardo alla risposta punitiva correlata agli eventi offensivi non voluti⁴⁵. In questi casi, infatti, tra la verifica dell'evento cui si àncora la risposta punitiva e la condotta violativa della regola cautelare esiste

⁴² 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». V. J. YOUNG, *Left Realist Criminology: Radical in its Analysis, Realist in its Policy*, in M. Maguire, R. Morgan, R. Reiner (Eds.), *The Oxford Handbook of Criminology*, Oxford, 1997, come citato in G. FORTI, *L'immane concretezza, Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Torino, 2000, 48.

⁴³ M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011, 125.

⁴⁴ Parla di "apertura" del campo penale M. DELMAS-MARTY, *Dal codice penale ai diritti dell'uomo*, (trad. it.), Milano, 1992, 99, secondo la quale, per essere compreso pienamente, anche in una prospettiva evolutiva e trasversale, il diritto penale deve essere confrontato «con altre forme di risposta alle trasgressioni, sia che si tratti di risposte statuali di tipo extrapenale, sia che si tratti di risposte non statuali».

⁴⁵ Circa le ricadute dell'inquadramento del reato colposo sulla prevenzione generale e sulla opportunità di un suo ripensamento, con rinnovata attenzione v. L. EUSEBI, voce *Sistema sanzionatorio e reati colposi*, in *Enc. dir., I tematici – Vol. II, Reato colposo*, a cura di M. Donini, 2021, 1201 ss; e di D. MICHELETTI, *La finalità della pena per l'offesa involontaria*, in *Criminalia 2024*, in corso di pubblicazione, anticipato in *DisCrimen*, 16 gennaio 2025.

sempre un diaframma più o meno latamente riconducibile al “caso”: è allo *Zufallsmoment*, fuori dal controllo dell’agente, che sarebbe infatti da attribuire ciò che divide i destini di chi agisca negligenemente assistito dalla fortuna e di chi, invece, sia il più “sfortunato” soggetto responsabile. È ben chiaro, infatti, che su entrambi i soggetti in esame la pena non è in grado di svolgere la propria funzione motivante, poiché essa continua ad ispirarsi – quanto al suo fondamento – al presupposto logico di un controllo volontaristico tanto sull’azione che sull’offesa-evento.

Per quanto qui interessa, salvo approfondire il legame tra prevenzione generale ed effettività nel prosieguo (v. par. 7, Cap. 3), deve fin d’ora mettersi in luce l’opportunità che l’entrata in vigore di una norma sia preceduta (e poi seguita) da test di *effettività normativa*, intesa come «la capacità di ottenere l’osservazione dei consociati, di orientarne le condotte»⁴⁶, evidenziando il profilo di validità funzionalistica della norma di comportamento incriminatrice, verificato sul rapporto tra la situazione fattuale ottenuta e la situazione di dovere perseguita.

Recuperare una visione *ex ante* della norma penale, fondata sul «perfetto equilibrio funzionale tra la prevenzione generale e la funzione di comando attribuita alla norma»⁴⁷ consente dunque di dare nuova linfa al momento della progettazione del sistema penale, al contempo non disconoscendo l’importanza di una verifica *ex post* del suo funzionamento.

4. Condizioni di efficacia del comando e rilevanza del fattore umano: verso il tramonto dell’“agente modello” nomico?

La valorizzazione della funzione comando della norma, nell’ambito di un più generale percorso di (ri)scoperta della prevenzione quale compito affidato anche al diritto penale deve passare dalla risposta a due quesiti, che rappresentano le facce della stessa medaglia: da un lato, occorre domandarsi come si misura l’efficacia di una norma; dall’altro, quale sia il miglior modo di orientare i comportamenti dei consociati.

Rispondere al primo quesito implica la presa d’atto che l’efficacia della norma non possa coincidere con l’irrogazione della sanzione che ne rappresenta, invero, il fallimento dello scopo primario perseguito. Tuttavia, il successo in termini di regolazione deve essere considerato non solo sotto il profilo della singola disposizione bensì in un’ottica più ampia, che tenga in considerazione tanto la pluralità del materiale normativo, quanto la possibilità che la norma produca “effetti indiretti” non immediatamente attribuibili al significato della sua

⁴⁶ Il riferimento, in termine penalistici, non può che essere al fondamentale lavoro di 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. Si afferma la necessità di una valorizzazione del principio di effettività anche in F. PALAZZO, F. VIGANÒ, *Diritto penale. Una conversazione*, Bologna, 2018, 161 ss.

⁴⁷ F. GIUNTA, *Giudizio e castigo*, in *disCrimen*, 15 aprile 2024, 1.

espressione linguistica e determinati sia dalla sua stessa presenza sia dal contesto nel quale è inserita.

Il secondo interrogativo muove invece dalla prospettiva del destinatario, l'uomo, e dalle sue caratteristiche. Come si è detto, infatti, la convinzione assiomatica sulla quale poggia l'intero impianto giuridico tradizionale e moderno è che l'uomo sia guidato da una razionalità che risponde ad una fredda e costante ponderazione meccanicistica tra il conseguimento di determinati scopi e il rischio della punizione. Il corollario è quello secondo cui più grave è il male prospettato maggiore è il peso che questo esercita sulla bilancia della motivazione e, dunque, più *chance* avrà il precetto di essere rispettato.

Simili convinzioni sono smentite dal punto di vista effettuale dalla constatazione che anche le pene più severe, finanche quella che in passato minacciava la stessa vita, non hanno consentito nella storia di arginare i comportamenti criminosi fino al punto di eliminarli del tutto. Dall'altro lato, invece, la recente emersione di forme di normatività debole, talvolta sprovvista di sanzione e di obbligatorietà, di cui è tuttavia possibile constatare l'effettiva capacità orientativa dei comportamenti dei destinatari, non solo conferma l'erroneità dell'assioma per cui la minaccia di pena rappresenti la misura più efficace per il contrasto dei fenomeni criminosi ma invita ad un ripensamento del rapporto tra uomo e norma.

Dal punto di vista prettamente teorico, infatti, il proliferare di strutture normative che fondano la propria efficacia motivante sull'influenza piuttosto che sulla (minaccia di) coazione pone interrogativi circa la presenza di uno spazio intermedio ove sia possibile collocare scelte di regolazione che si pongano quale *tertium genus* alla secca alternativa tra coercizione e coscienza, nella quale tradizionalmente sono state relegate le ragioni differenti dalla paura della sanzione che portano i soggetti a aderire ai precetti. Del resto, rimanere stretti nella morsa tra moralità e coazione non permette di svincolare la forza normativa dal rapporto con la violenza istituzionale, né di (ri)conoscere le molteplici motivazioni che spingono le azioni dei consociati, ostacolando, per l'effetto, la costruzione di norme giuridiche che tali dinamiche prendano in considerazione. Come si dirà, a questa prospettiva si aprono le c.d. *regulatory theories*⁴⁸ che mediante un «approccio olistico» alla regolazione⁴⁹ pongono al centro gli obiettivi regolati da perseguire e l'efficacia delle misure adottate, articolate in un complesso programma “adattivo e dinamico” e che – come si vedrà meglio nel prosieguo – vede l'impiego scalare di strumenti persuasivi, sanzionatori e infine punitivi.

Il confronto con simili ricostruzioni regolative, pur nella diversità

⁴⁸ P. DRAHOS, *Regulatory theory. Foundations and applications*, Canberra, 2017. Per un chiaro quadro sul rapporto tra teorie regolatorie e autonormazione in materia penale v. F. VENTURI, *Per una balistica regolatoria dell'autonormazione in materia penale*, in *Criminologia 2021*, 161 ss.

⁴⁹ S. MANACORDA, *Towards an Anti-Bribery Compliance Model: Methods and Strategies for a “Hybrid Normativity”*, in S. Manacorda, F. Centonze, G. Forti (eds.), *Preventing corporate corruption. The Anti-Bribery compliance model*, New York, 2014, p. 17,

epistemologica, è in grado di illuminare categorie proprie della teoria della norma con le quali anche il penalista dovrebbe oggi confrontarsi.

La risposta a entrambi gli interrogativi è innegabilmente complessa, poiché tanto i fattori che influiscono sul comportamento osservante quanto quelli che determinano la capacità della norma di essere seguita sono molteplici, vari, e talvolta non sufficientemente indagati. Nel secolo scorso, alcuni studi condotti da filosofi, sociologi e giuristi d'oltreoceano, hanno messo al centro le ragioni dell'obbedienza normativa, assumendo una duplice prospettiva: l'una che guarda al destinatario, l'altra alla norma. Al primo dei piani di indagine fa da sfondo l'emersione, in seno alle scienze cognitive – poi seguite dagli studi filosofici e sociologici – del concetto di uomo come animale *nomico*, in grado, cioè, di agire alla luce di norme e attuare comportamenti normativi⁵⁰. Oggetto dell'indagine è dunque il comportamento umano guardato con la lente dell'agire in funzione di regole (*nomotropismo*). La seconda delle prospettive, invece, assume la norma come oggetto di attenzione e si interroga circa gli attributi che la rendono in grado di essere osservata (*praxeotropismo*)⁵¹.

I due concetti, tra loro complementari, individuano una classe di fenomeni più ampia di quella riconducibile alla categoria dell'effettività normativa. Se quest'ultima si interessa degli effetti diretti della norma sul destinatario,

⁵⁰ Cfr. R.S. PETERS, *The concept of motivation*, London-Boston, 1958; J.S. SEARLE, *The Construction of Social Reality*, New York, 1995; W. SELLARS, *Language, Rules, and Behavior*, in J.F. Sicha (ed.), *Pure Pragmatics and Possible Worlds. The Early Essays of Wilfrid Sellars*, Atascadero, 1980, 138 ss.; F.A. HAYEK, *Notes on the Evolution of Systems of Rules of Conduct*, in Id., *Studies in Philosophy, Politics and Economics*, London, 1967, 66 ss.; R. NOZICK, *Invariances. The Structure of the Objective World*, Cambridge, 2001; A.G. CONTE, *Nomotropismo: agire in funzione di regole*, in *Soc. dir.*, 27, 2000, 1 ss. Interessanti i recenti sviluppi della tematica che, coinvolgendo filosofi ed etologi, hanno dato vita all'etologia della normatività (scienza che viene fatta risalire al libro di M. GRUNTER, *Die Bedeutung der Verhaltensforschung für Rechtswissenschaft*, Berlino, 1976), branca dell'etologia che indaga il mondo della normatività animale, interrogandosi circa la possibilità di estendere la nozione di "animale nomico" anche ad animali non umani. Tali studi, oltre a suscitare un interesse "culturale" in senso lato, consentono di riflettere sul rapporto tra norma e soggetto, scandagliando nel profondo le categorie dell'essere e del *dover essere* alla base del pensiero deontico, fino al punto di poter (forse) affermare che esse non rappresentino una distinzione operata dall'uomo ma che, invece, appartengono alla biologia stessa degli animali (umani e di alcuni non-umani). Sul punto, cfr. F. DE WALL, *Natural Normativity: The "Is" and "Ought" of Animal Behaviour*, in *Behaviour*, 2014, 151 ss. Per una sintesi delle posizioni espresse sul tema, v. G. LORINI, *Il comportamento nomico degli animali non-umani. Verso un'etologia della normatività*, in *Soc. dir.*, 3, 2017, 76 ss.

⁵¹ I concetti, così come i termini che li esprimono, sono stati conati dal filosofo della norma Amedeo Giuseppe Conte. V. A.G. CONTE, *Nomotropismo: agire in funzione di regole*, cit., 7 ss. Per ulteriori approfondimenti, v. E. FITTIPALDI, *Archeologia euristica e fecondità sociologica di due concetti complementari: impatto di norme e nomotropismo di azioni*, in *Soc. dir.*, 3, 2017, 59 ss.; G. LORINI, *Agire in un mondo di norme. Il nomotropismo di Amedeo Giovanni Conte*, in *Riv. fil. dir.*, 1, 2020, 37 ss.

verificando *a valle* la conformità della condotta tenuta rispetto alle intenzioni perseguite dal legislatore, il *praxeotropismo*, invece, intende individuare tutte quelle classi di azioni direttamente o indirettamente influenzate dalla norma. Così, ad esempio, nel caso di norme che non sono motivo dell'azione – come quelle che indicano le condizioni di validità di un atto – ma che, fornendo un modello di condotta per il conseguimento della validità giuridica, e quindi per la piena efficacia di un'azione, la indirizzano chiaramente in una certa direzione. Anche il *nomotropismo* comprende un numero di condotte maggiori rispetto a quelle prese in considerazione dalla categoria dell'efficacia – intesa, da questo punto di vista, come conformità nomica: agisce in funzione di norme (anche se non in loro conformità) il c.d. *bastian contrario*, o il ladro che si maschera per non essere scoperto, perché il loro comportamento è dettato dalla presenza di una norma che, pur non rispettata, viene presa in considerazione.

L'efficacia della norma dovrebbe dunque essere ricavata dall'intersezione delle due categorie: deve cioè indicarsi quali tra le azioni motivabili per mezzo del diritto – *azioni nomotropiche* – sono effettivamente influenzate da quella specifica norma. Al di fuori di tali intersezioni si possono ritrovare azioni che, pur formalmente conformi alla norma, sono dettate da ragioni diverse dal suo rispetto e norme che sono seguite per motivi differenti dalla loro presenza.

Alle spalle dell'inesplorata complessità del rapporto tra uomo e norma che tali studi lasciano intravedere, si staglia la spinosa questione del *modello* di uomo preso a riferimento dal diritto. Risulta ormai innegabile, infatti, che l'uomo modifichi il proprio comportamento sulla base di una molteplicità di fattori esterni e a lui circostanti dei quali dovrà tenersi conto se si vuole aspirare a controllarne e dirigerne il comportamento nel senso voluto dall'ordinamento. Il retrostante modello di uomo si allontana da quello razionale e tipicamente liberale, avvicinandosi piuttosto ad un paradigma di nuova razionalità.

La valorizzazione del concetto, insieme con l'andamento recessivo del crisma della razionalità umana – per come tradizionalmente intesa, quale capacità di progettazione a partire da una valutazione logica – è risultata utile, nel recente passato, per mettere in discussione alcuni modelli normativi cui si è continuato nel tempo a fare acritico riferimento ma che possono risultare non più coerenti con la realtà sottostante. L'agente modello nella teoria della colpa, posto a riposo dalla più recente giurisprudenza della Corte di cassazione⁵² che ravvisa in quel l'archetipo astratto una pericolosa occasione di esercizio di discrezionalità del giudice che, gravato dell'onere di individuare il volto dell'*homo eiusdem*, enuclea, *ex post*, il contenuto del comportamento doveroso invertendo il susseguirsi di comando e rimprovero. L'*Homo oeconomicus* della teoria economica classica sul quale sono stati modellati i reati economici, oggi fortemente messo in discussione dal successo

⁵² Cfr. Cass., sez., IV, 28 ottobre 2021, n. 1823, in *CED*, Rv. 282764. Sulla valorizzazione dei fattori umani in sede di formulazione della tipicità colposa, v., M. CAPUTO, *Misura e grado della colpa*, in *Criminalia 2021*, 227 ss.

degli studi di economia comportamentale⁵³ che respingono l'idea che l'unico fattore di orientamento per il soggetto sia costituito dal criterio mezzo-scopo.

Le riflessioni scaturite dalla crisi dei modelli normativi appena citati e le cause che la hanno ingenerate potrebbero (e dovrebbero) estendersi anche al rapporto tra norma e soggetto, ponendo il fattore umano al centro delle riflessioni sulla funzione e alla struttura della norma penale.

Che sia giunto il momento di mettere in discussione perfino il modello di "uomo normativo" per come lo abbiamo conosciuto?

L'approfondimento di un simile concetto e delle implicazioni che reca con sé sembra poter aprire le porte alla valorizzazione del c.d. "fattore umano" anche in ambito giuridico, consentendo di interrogarsi circa i limiti dell'interazione tra uomo e norma e quali, invece, le possibilità di positivo sviluppo di una simile rapporto nella costruzione di nuove dimensioni normative⁵⁴. Al fondo di simili indagini si potrebbe 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 sue più estreme conseguenze; così facendo, infatti, si giungerebbe a negare la categoria stessa della responsabilità e, per l'effetto, la stessa esistenza del diritto (non solo penale). Un simile approfondimento risulterebbe forse anche inutile o, perlomeno fallace, da che «il pensiero non può uscire

⁵³ Per i possibili riflessi in ambito penale, v. R. BORSARI, L. SAMMICHELI, C. SARRA (a cura di), *Homo oeconomicus. Neuroscienze, razionalità decisionale ed elemento soggettivo nei reati economici*, Padova, 2016. Più di recente, D. FONDAROLI, *Homo oeconomicus. La responsabilità in attività d'impresa tra condizionamenti comportamentali e "spinta gentile"*, in *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, cit., 1527 ss.

⁵⁴ Si riprende qui la duplice accezione del c.d. "fattore umano", come errore e come progresso, proposta da M. CAPUTO, *La 'regola di Sully'. L'incidenza del fattore umano sulla costruzione dell'homo eiusdem professionis et conditionis*, in *Criminalia* 2022, 231, 232. La prima accezione si riferisce all'incidenza negativa che l'interazione tra uomo e sistema – oggetti e ambiente circostante – può comportare, con l'intento di identificare i fattori che possono influenzare negativamente il comportamento umano; la seconda, invece, attraverso la conoscenza di tali interazioni, mira a «migliorare la sicurezza, qualità ed efficienza dei sistemi, dei prodotti e dei servizi, rendendoli più adatti alle capacità e alle esigenze dell'essere umano», attuando una forma di prevenzione che, più della minaccia di pena, assicura le migliori *chance* di efficacia.

da sé stesso e giudicare, con i suoi stessi strumenti, della sua validità. La sua validità è il suo essere»⁵⁵.

5. La componente assiologica del precetto e la sua crisi

Ogni fattispecie, tutelando uno o più beni giuridici attraverso la previsione della pena, valorizza i valori retrostanti alla scelta di incriminazione. Come noto, è proprio tale effetto ad essere evidenziato ed enfatizzato dai sostenitori della prevenzione generale positiva della norma penale i quali, nel tentativo di «superare i limiti del puro meccanismo intimidativo» ne esaltano «le componenti di tipo educativo»⁵⁶, spostando, per l'effetto, il baricentro della norma dalla sanzione al precetto⁵⁷.

Sotto il profilo empirico è emerso, infatti, come le reali motivazioni che influenzano sul rispetto della norma da parte del suo destinatario lungi dall'essere legate unicamente all'effetto intimidativo svolto dalla previsione punitiva, sono determinate da «variabili di controllo interno»⁵⁸ connesse anche al grado di interiorizzazione del precetto e del valore da questo tutelato. Dunque, se per un verso il rafforzamento del bene giuridico protetto – per il fatto stesso di esserlo – deve considerarsi un *output* della norma, legittimamente perseguibile dal legislatore, dall'altro le acquisizioni empiriche di cui si è detto devono essere tenute in considerazione, piuttosto, dall'angolo visuale degli *input*: a monte, nella scelta di quali beni giuridici tutelare mediante pena e, in modo corrispondente, nella scelta del mezzo più idoneo per la sua salvaguardia di un determinato valore.

Il profilo valoriale della fattispecie è dunque strettamente legato al tasso di conformità che la norma, di per sé, è in grado di raggiungere⁵⁹. Difatti, le norme che si collocano sui binari di valori etico-sociali sui quali il consenso è particolarmente elevato – incriminando condotte che coincidono con le c.d. “aspettative esterne di comportamento” –, possiedono le migliori prospettive di incontrare una

⁵⁵ P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, cit., 23.

⁵⁶ R. BARTOLI, F. PALAZZO, *Corso di diritto penale, Parte generale*, 10^a ed., Milano, 2024, 18. Per un quadro generale cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, 12^a ed., Padova, 2023, 762 ss.

⁵⁷ 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. Cfr., anche V. ANDENAES, *La prevenzione generale: illusione o realtà?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1953, 269 ss.; 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; G. DE VERO, *L'incerto percorso e le prospettive di approdo dell'idea della prevenzione generale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 439 ss.. A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, cit., 677 ss.; W. HASSEMER, *Perché punire è necessario. Difesa del diritto penale*, Bologna, 2012, 96 ss.

⁵⁸ L. EUSEBI, *La pena “in crisi”. Il recente dibattito sulla funzione della pena*, cit., 24.

⁵⁹ 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.

generalizzata osservanza, fondando la propria forza motivazionale nell'«accordo armonico» garantito dal comune sentire⁶⁰.

Tuttavia, è sempre più debole la capacità della norma di mantenersi in una condizione di equilibrio, non appiattendosi, per un verso, sul consenso retrostante né, al contrario, fungendo da volando per l'affermazione di valori non radicati nella collettività.

Del resto, la proliferazione di nuovi valori assoluti di cui si pretende una tutela immediata e totale⁶¹ con il fine di ottenerne un immediato radicamento conduce il legislatore a preferire la scorciatoia di una «roboante penalizzazione dagli incerti destini»⁶² piuttosto che una prolungata e opportuna “decantazione” cui ogni nuovo interesse dovrebbe essere sottoposto. La dissociazione, e successiva inversione, del rapporto tra forza e giustizia ha finito per individuare nello *ius terribile* l'unico surrogato di un'etica pubblica ormai inesistente⁶³, trasformandolo da strumento di garanzia di beni a strumento di tutela di (tipologie di) vittime⁶⁴.

La volontà di dare seguito ad istanze momentanee e irrazionali, senza incorrere in stalli di tipo dialogico, spinge il legislatore a perseguire una politica penale

⁶⁰ G. FORTI, *Le ragioni extrapenali dell'osservanza della legge penale: esperienze e prospettive*, cit., 1120, il quale, sottolineando l'importanza vitale del mantenimento di tale comunanza per il processo deliberativo e decisionale del singolo, affinché questa sia in grado di orientare le condotte individuali, parla di “norme di salienza” indicando 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.

⁶¹ Illuminante può risultare la lettura del fenomeno attraverso le parole di Z. BAUMAN, *Post-modern Ethics* (1993), trad. it., *Le sfide dell'etica*, Milano, 1996, 44, 45, secondo il quale le difficoltà di salvaguardare l'integrità della propria etica, nella consapevolezza che quest'ultima sia una tra tante, si traducono nell'impulso di attuare una «temporalizzazione della diversità»; il tempo, in questa prospettiva, viene assunto a 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 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».

⁶² A. ALESSANDRI, *I reati societari*, in *La riforma del diritto penale. Garanzie ed effettività delle tecniche di tutela*, a cura di L. Pepino, Milano, 1999, 442.

⁶³ Così, M. DONINI, *Il diritto penale come etica pubblica*, Modena, 2014, 15. Il populismo 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, secondo il pensiero di B. PASCAL, *Pensieri*, Torino, 1962, 145.

⁶⁴ Con buona pace della funzione di garanzia, che vorrebbe il diritto penale moderno quale *Magna charta* del reo contro l'abuso del potere dello Stato e con non poche conseguenze sui tradizionali assetti delle categorie del reato. Sul punto cfr. G. MINICUCCI, *Il diritto penale della vittima. Ricadute sistematiche e interpretative*, in *Riv. pen.*, 2020, 1044 ss.

schizofrenica e a formulare norme tecnicamente imprecise, piene di componenti emotive che, lungi dal fornire una delimitazione al potere punitivo si risolvono piuttosto in «occasione per far valere un valore»⁶⁵. 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 massmediatica⁶⁶.

A ciò si somma il periodico ricorso all'inasprimento sanzionatorio che, se da un lato rischia di dare corso ad effetti antitetici rispetto a quelli perseguiti, come dimostrato da molteplici studi criminologici, dall'altro alimenta il moto vertiginoso della spirale dell'allarmismo, dando fiato a nuove strumentalizzazioni politiche e aprendo la strada a ulteriori richieste di criminalizzazione e di aggravamento punitivo⁶⁷ che non fanno che incrementare l'espansione di un sistema panpenalistico dai tratti spesso populistici⁶⁸.

Come ogni evento inflazionistico reca con sé il deprezzamento della moneta, anche l'(ab)uso della pena in funzione simbolica – quale obolo da pagare per dimostrare l'attenzione e la cura riservata alla tutela di diritti e valori che troverebbero ben più concreta attuazione attraverso interventi mirati, ben costruiti e dialogici – conduce le norme penali a perdere il proprio valore, che si misura nella capacità di regolare e orientare i comportamenti dei cittadini.

Anche quando non ricorrono logiche panpenalistiche, tuttavia, l'individuazione dei valori da tutelare per mezzo dello *ius terribile* si rivela un compito concretamente molto arduo e la crisi che investe il versante assiologico della fattispecie trova un'ulteriore causa nella difficoltà di selezionare valori da tutelare *a prescindere*. In alcuni peculiari settori, infatti, la norma penale non è più in grado di comunicare una valutazione cristallizzata che rifletta la scelta di quale, tra beni in conflitto, sia da tutelare e quale, invece, debba conseguentemente soccombere; la capacità della fattispecie di illuminare il valore degno della più forte delle tutele

⁶⁵ N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, cit., 40.

⁶⁶ M. DONINI, *Populismo e ragione pubblica*, Modena, 2019, 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.

⁶⁷ V. G. MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in *Jus*, 1974, 439, 468. Sul rapporto tra prevenzione generale e proporzionalità della pena si vedano le riflessioni di V. MILITELLO, *Prevenzione generale e commisurazione della pena*, cit., 119.

⁶⁸ Sul tema del populismo penale v. S. ANASTASIA, M. ANSELMI, 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, 1 ss.; G. FIANDACA, *Populismo penale e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, 95 ss.; M. DONINI, *Il diritto penale come etica pubblica*, cit.; ID., *Populismo e ragione pubblica*, cit.; F. SGUBBI, *Il diritto penale totale*, Bologna, 2019; E. AMATI, *L'enigma penale. L'affermazione politica dei populismi nelle democrazie liberali*, Torino, 2021.

lascia il campo alla logica regolativa, l'unica in grado di mediare i numerosi e differenti interessi che di volta in volta vengono in gioco e il bene giuridico tutelato trova faticosamente spazio nell'interstizio creatosi dalla confluenza degli interessi in conflitto; il cui temperamento che solitamente alligna a livello di antiggiuridicità, affiora e «forgia direttamente la tipicità»⁶⁹.

Tale incapacità si riflette sulla conformazione stessa del precetto, la cui sostanziale “esternalizzazione” è dovuta all'affastellarsi di elementi normativi che rinviano a provvedimenti di autorità che dimostrano maggiore adeguatezza regolativa dipendente da una più affilata competenza tecnica o dalla *vicinitas* rispetto all'ambito di interesse, necessaria per mettere in comunicazione i beni interessati, rapportarli con il caso concreto e bilanciarli tra loro. Una situazione che, se da un lato rende più difficilmente afferrabile l'oggetto della tutela, dall'altro determina uno scarso grado di riconoscibilità delle norme comportamentali, dovuta alla spesso elevata eterointegrazione e stratificazione legislativa, da cui sorge la necessità di intermediazioni interpretativo-applicative tra la norma e il suo destinatario⁷⁰.

Dall'altro lato, le fattispecie che tutelano beni “eticamente rilevanti” risentono della disomogeneità e della frammentazione dell'universo etico nella società odierna che rende difficoltosa la comunicazione dei precetti e, ancor più grave, la loro formulazione in sede legislativa. Il criterio ordinante del bene giuridico vacilla davanti all'incessante necessità di bilanciare beni e interessi in perenne contraddizione⁷¹ e il confine tra liceità e illiceità viene rimesso all'esperimento di modalità procedurale, il cui ruolo nell'economia dogmatica della fattispecie lascia spazio a dubbi. Se essa, cioè, ritagli uno spazio di tipicità – con il rischio, tuttavia, di far coincidere il bene giuridico con il rispetto dell'*iter* procedurale – o se invece costituisca una causa di generale legittimazione, esterna, di una condotta penalmente tipica.

Nelle fasi di etica socialmente disomogenea, infatti, 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

⁶⁹ Così, con riferimento al comparto del diritto penale ambientale, F. GIUNTA, *Tutela dell'ambiente (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, Annali II, Milano, 2008, 1152.

⁷⁰ F. PALAZZO, F. VIGANÒ, *Diritto penale. Una conversazione*, cit., 168. Ne è prova l'estensione del fenomeno della *soft law* che, sotto forma di circolari, protocolli, ecc., affianca sempre più spesso il precetto legislativo, talvolta specificandolo, talaltra integrandolo. Oltre che nella moltiplicazione degli attori della produzione giuridica spesso di provenienza sovranazionale o privata, le cause di simile interazione sono individuate dalla dottrina con specifico riferimento al diritto penale nella sua amministrativizzazione. Sul punto, cfr. A. PROCACCINO, *Soft law e diritto penale. Interpretazione, preparazione della legge, distribuzione dei poteri*, Milano, 2023, spec. 1, 29.

⁷¹ 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.

normativo tra diritti e doveri collidenti e ontologicamente controversi⁷². Più in particolare, diversamente da quanto accade nell'esperienza più "comune" dell'anti-giuridicità, 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 *precetto-protocollo* comportamentale richiesto dalla norma, garantendo così quel carattere dialogico-relazionale proprio della giuridicità contemporanea⁷³.

Appare evidente come una simile difficoltà abbia ricadute sulla comunicabilità 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 per l'individuazione del quale «non è più possibile utilizzare paradigmi normativi puramente e specularmente imitativi di modalità aggressive visualmente isomorfe»⁷⁴.

⁷² 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. In questa prospettiva proprio la concettualizzazione delle c.d. scriminanti procedurali offre notevoli spunti di riflessione. 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.

⁷³ A. SESSA, *Strutture e opzioni di valore: il diritto penale "inedito" tra nomofilachia delle norme e utopia dinamica*, in *Cass. pen.*, 2021, 761, secondo cui «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 'inedito' spazio libero dall'illecito come spazio di diritto libero in cui la neutralità dell'ordinamento viene condizionato a criteri tassativamente predeterminati 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».

⁷⁴ M. PAPA, *Fantastic Voyage*, cit., 76. L'Autore ripercorre la storia della tipicità, cogliendone il peculiare tratto della visualità come attributo che tradizionalmente connota il tipo criminoso. 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, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit., 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 *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E.

Prendendo in esame fattispecie di carattere artificiale, quali ad esempio lo sversamento non autorizzato di acque reflue o inquinate nei corsi d'acqua di cui all'art. 137 d.lgs. n. 152/2006, 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 qualora essa sia radicalmente illecita perché realizzata 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 extra-penali, 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»⁷⁵.

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.

6. La componente comunicativa e la sua crisi

Si è detto che tra le principali funzioni svolte dalla norma penale vi è quella di orientare le condotte dei cittadini: per perseguire un simile risultato e 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 possedere i caratteri della precisione e determinatezza, così da potersi rivolgere in modo chiaro ai destinatari del precetto⁷⁶, raggiungendoli e sedimentandosi: così, l'astratto dovere giuridico diviene concreto *dovere* per il soggetto, motivo vincolante della sua azione, che è dunque illuminata e sollecitata dalla norma⁷⁷.

La modalità con cui la norma penale comanda il suo destinatario è il linguaggio giuridico, che rappresenta il primo fondamentale anello della catena che conduce verso il suo fine ultimo. Come noto, la complessità del rapporto tra lingua e diritto è essenzialmente dovuta all'insita duplicità di scopi che la lingua giuridica è chiamata a perseguire: essa deve essere comprensibile dal cittadino, comunicandogli regole di condotta, e al tempo stesso rivolgersi efficacemente agli

Dolcini, C.E. Paliero, I, Milano, 2006, 693 ss.; G. VASSALLI, voce *Tipicità (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, 535 ss.

⁷⁵ M. PAPA, *Fantastic Voyage*, cit. 79.

⁷⁶ Cfr. G. VASSALLI, *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Dig. disc. pen.*, VIII, Torino, 1994, 306.

⁷⁷ Questo passaggio viene definito come “*subiettivizzazione della norma*” da A. MORO, *Lezioni di Istituzioni di diritto e procedura penale*, a cura di F. Tritto, Bari, 2005, 221 ss.

operatori del diritto, esprimendo chiare regole di giudizio⁷⁸. Il problema si fa ancor più urgente con riguardo al diritto penale⁷⁹, ove il grado di trasparenza e accessibilità del linguaggio utilizzato nella redazione delle norme incide non solo sui principi di legalità e di colpevolezza ma risulta di grande peso anche nell'ottica del principio di effettività⁸⁰.

La stretta connessione tra osservanza del precetto e linguaggio, e con essa la centralità della testualità e la sua comprensibilità è stata oggetto di forte valorizzazione da parte della Consulta che, nella prospettiva di «salvaguardare la funzione “basilare” delle norme giuridiche [e cioè quella di] orientare i comportamenti dei destinatari», ha fuso le esigenze della legalità con quelle della colpevolezza e i doveri del legislatore con quelli dei destinatari; l'obbedienza è la prestazione, *ex parte populi*, di una più ampia obbligazione che vincola il cittadino allo Stato che, quale contropartita all'obbligatorietà della norma penale, è tenuto ad offrire «leggi precise, chiare, contenenti riconoscibili direttive di comportamento»⁸¹. La stessa funzione general preventiva è in rapporto di implicazione necessaria con l'effettiva conoscenza della norma; essa 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»⁸².

A distanza di molti anni dalla storica pronuncia della Corte costituzionale, la dottrina maggioritaria è tuttavia compatta nell'affermare che essa abbia inciso in termini assai ridotti sul sistema vivente⁸³ e che la bilancia dei doveri permanga squilibrata dal lato del cittadino. A fronte di una rigida pretesa di conoscenza della norma che l'ordinamento esige dal cittadino, sul quale gravano obblighi informativi spesso di difficile adempimento, sono molto spesso disattesi i corrispondenti

⁷⁸ K. OLIVECORNA, *Linguaggio giuridico e realtà*, in *Il linguaggio del diritto*, a cura di U. Scarpelli, P. Di Lucia, Milano, 1994, 147. Sulla difficoltà della norma di comunicare efficacemente al cittadino e al giudice, v. le riflessioni di P.H. ROBINSON, *Rules of Conduct and Principles of Adjudication*, cit., 729 ss. V. anche M. PAPA, *Fantastic Voyage*, cit., 169 ss.

⁷⁹ Sul rapporto tra lingua e diritto penale, per tutti, G. MANNOZZI, *Le parole del diritto penale: un percorso ricostruttivo tra linguaggio penale e lingua giuridica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1466 ss.; C. DE MAGLIE, *La lingua del diritto penale*, in *Criminalia* 2018, 105 ss.

⁸⁰ Sul rapporto tra lingua del legislatore penale e attuazione del principio di effettività sono dedicate le riflessioni di C. DE MAGLIE, *Linguaggio del diritto penale e principio di effettività: spunti di riflessione*, in *Criminalia* 2022, 43 ss. L'autrice afferma, a partire dalle riflessioni di G. FORTI, *La cura delle norme. Oltre la corruzione delle regole e dei saperi*, Milano, 2018, che «l'efficacie delle norme penali di orientare i comportamenti dei consociati dipende anche da come le fattispecie sono costruite nella forma. La “cura delle norme penali” riguarda insomma anche il grado di trasparenza e di accessibilità del linguaggio utilizzato nella loro redazione».

⁸¹ Cfr. Corte cost., 24.3.1988, n. 364, 10.

⁸² A. MASSARO, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, Napoli, 2020, 149.

⁸³ 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.

doveri incombenti sul legislatore, affinché la descrizione della fattispecie di reato possa risultare quanto più rispondente ai principi che dovrebbero governare le scelte politico-criminali⁸⁴.

L'esigenza di superare tale scarto e garantire un'effettiva possibilità per il cittadino di conoscere il contenuto concreto del comando – nella sua dinamicità: dal precetto, alla sanzione, al concreto trattamento sanzionatorio – ha di recente trovato nuova linfa nella giurisprudenza sovranazionale e domestica. Da un lato la pur problematica giurisprudenza sovranazionale che propone il paradigma della prevedibilità quale surrogato della legalità, che in un ordinamento di *civil law* si tramuta in un rimedio postumo per sanare ciò che a monte non si è riusciti a fare in sede di redazione della norma. Dall'altro il rinnovato afflato verso la testualità che ha condotto la Corte costituzionale a rivitalizzare, nelle più recenti pronunce, l'esigenza di rispettare standard minimi di intellegibilità del significato delle proposizioni normative che superando i confini della materia penale, ove l'esigenza di chiarezza del messaggio normativo origina⁸⁵ e permane di particolare rigore, ed estendendola alla generalità dei rapporti tra Stato e cittadino⁸⁶.

La conoscibilità del precetto è dunque un presupposto ontologico della funzione comando della fattispecie. La norma, già nella sua dimensione etimologica, è la *misura* della realtà che viene rapportata agli scopi che essa persegue; è parametro di giudizio retrospettivo ma anche forma per le azioni future. È un modo, dunque, per *riconoscere* gli eventi futuri riconducendoli al calco normativo⁸⁷. La fattispecie dovrebbe dunque parlare al cittadino, prospettandogli chiaramente quale sia il comportamento vietato e quali le conseguenze in caso di violazione ma, immersa nella complessità di cui si è detto, non è in grado di contenere l'altissimo tasso di tecnicità esprimendolo con una comunicazione "tipica", riassuntiva, visuale⁸⁸.

Come si è detto, la crescente complessità di situazioni fattuali che il diritto

⁸⁴ Cfr. G. ROTOLO, *'Riconoscibilità' del precetto penale e modelli alternativi di tutela*, cit., 102 ss.

⁸⁵ Come noto il principio di chiarezza e precisione della legge fu in origine tematizzato con quasi esclusivo riferimento al diritto penale attraverso l'arricchimento dei contenuti dell'art. 25, comma 2, Cost. attraverso l'elaborazione del principio di determinatezza, poi esteso a tutti gli illeciti puniti dalla CEDU per mezzo della categoria della *matiere penale*, estensione poi recepita dalla Corte costituzione (C. Cost. n. 117/2019 e n. 32/2020). Sul principio di determinatezza, v. F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit.

⁸⁶ Il riferimento è a Corte cost., 5 giugno 2023, n. 110, la quale, nel dichiarare costituzionalmente illegittima l'art. 4 della legge regionale del Molise n. 8/2022, per il contrasto con l'art 3 Cost., ha affermato che il rispetto degli «standard minimi di intellegibilità del significato delle proposizioni normative e conseguentemente di ragionevole prevedibilità della loro applicazione» deve essere assicurato anche con riferimento alle norme che regolano la generalità dei rapporti tra p.a. e cittadini e nei rapporti reciproci tra quest'ultimi; con la conseguenza di dover imprimere il marchio dell'illegittimità costituzionali a quelle norme che, "irrimediabilmente oscure, vincolino «in maniera soltanto apparente il potere amministrativo e giudiziario», creando «le condizioni per un'applicazione diseguale della legge».

⁸⁷ V., N. IRTI, *Riconoscersi nella parola*, Napoli, 2022, 60.

⁸⁸ M. PAPA, *Fantastic Voyage*, cit.

penale si trova a regolare, così 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 nel mosaico 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»⁸⁹.

All'aumentare del numero di contenuti tecnici che entrano 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 il cui contenuto è appiattito sul retrostante apparato regolatore e la cui costruzione risulta stratificata e costituita da continui rinvii normativi⁹⁰. 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. I fattori elencati mettono "in pericolo" la riconoscibilità del precetto⁹¹ e la rinuncia alla produzione *interna* del comando penale, esternalizzato e appaltato ad altre branche coincide con il passaggio da un «diritto penale delle cose visibili» ad un «diritto penale delle cose invisibili»⁹².

7. L'inadeguatezza del divieto e l'avanzata del comando in senso stretto

La molteplicità di esigenze da contemperare, insieme con la pervasività della legislazione conduce ad un'ulteriore e differente modificazione del precetto. Ci si

⁸⁹ 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 recepiscano paradigmi iconografici di illiceità già presenti nella società.

⁹⁰ Mette in luce come il fenomeno si accompagna 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 *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, a cura di M. Mantovani, F. Curi, S. Tordini Cagli, V. Torre, M. Caianiello, Bologna, 2016, 309 ss.

⁹¹ Per un approfondimento del principio di riconoscibilità e sulla prospettazione di un sistema di tutela composito che valorizzi il recupero della relazione tra precetto e destinatario in un'ottica *discorsiva e dinamica*, v. G. ROTOLO, 'Riconoscibilità' del precetto e modelli alternativi di tutela. *Analisi critica del diritto penale dell'ambiente*, cit.

⁹² M. PAPA, *La fisiognomica della condotta illecita nella struttura dei reati sessuali: appunti per una riflessione sulla crisi della tipicità*, in *La tutela della persona umana. Dignità, salute, scelte di libertà (per Francesco Palazzo)*. Atti del Convegno, Pisa, 12 ottobre 2018, a cura di G. De francesco, A. Gargani, D. Notaro, A. Vallini, Torino, 2019, 146, 152.

riferisce, in particolare, al valore tendenzialmente “recessivo” del divieto, e cioè del comando negativo.

Tra divieto e comando, sebbene appartenenti allo stesso *genus*, esistono differenze funzionali e psicologiche, tra le quali spicca il fine perseguito: se il primo mira a rendere possibile la convivenza, il secondo tende invece alla collaborazione⁹³. Inoltre, se il divieto restringe il campo d’azione solo in rapporto ad una singola azione individuabile, lasciando invariate tutte le altre possibilità di azione, per mezzo del comando il soggetto è costretto ad operare secondo un modello di comportamento indicato e ben definito⁹⁴. Si può sempre aggiungere componenti al comando, imponendo di fare qualcosa di più e di ulteriore.

Come noto, il diritto penale, ponendosi come strumento di tutela di beni giuridici contro azioni aggressive, prospetta schemi di azione che il cittadino deve astenersi dal compiere: il suo fine è dunque l’inerzia. La staticità, il limite e l’inazione sono tuttavia caratteri recessivi dell’età postmoderna, che trova piuttosto nell’azione, nella libertà e nel fare i propri tratti identitari.

Dimostrazione ne sia l’ampliamento della sfera di operatività dei reati omissivi che si sostanzia non solo nella creazione di nuove ipotesi di illecito omissivo proprio ma anche nella “valorizzazione” della categoria stessa dell’omissione, il cui presupposto solidaristico viene esaltato oltre i confini consentiti dalla natura stessa del diritto penale⁹⁵. Anche l’espansione del modello colposo, molto spesso

⁹³ 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 *sum 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, attuata mediante il reato omissivo – sebbene con riferimento prioritario ai beni della persona – G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979, 56 ss.

⁹⁴ N. BOBBIO, voce *Norma giuridica*, cit., 331. A. CADOPPI, *Omissioni, liberalismo e paternalismo. Il «caso» dell’omissione di soccorso*, in *Studi in onore di Mario Romano*, III, Napoli, 2011, 1339.

⁹⁵ Dalla lettura di alcuni recenti pronunciamenti si evince 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. V, 19 luglio 2021, n. 27905, in *dejure.it*; Cass. pen., sez. IV, 2 dicembre 2011, n. 13547, in *CED*, rv. 253293; Cass. pen., sez. IV, 4 luglio 2007, n. 25527, in *dejure.it*.

unito a quello omissivo, risulta in parte collegato alle richiamate esigenze. La natura modale delle regole cautelari⁹⁶, in grado di indicare i comportamenti e i mezzi necessari per scongiurare la lesione del bene giuridico, ben si sposa con un modello precettivo di carattere positivo che, in luogo della contrazione dell'*agere*, lo orienta sulla via che più efficacemente contempera la tutela del bene protetto e l'attività rischiosa. Come è stato evidenziato, infatti, la funzione preventiva che accomuna divieto e diligenza subisce specificazioni di segno opposto nella struttura precettiva: mentre il primo impone un'astensione, la norma prudenziale è invece regola modale che si sostanzia nella prescrizione di soluzioni comportamentali positive, volte alla gestione del fattore di rischio nello svolgimento dell'attività pericolosa⁹⁷. A ciò si aggiungano le sempre più numerose ipotesi di "comandi frazionati", nelle quali il risultato perseguito dal legislatore non può essere raggiunto se non attraverso il coordinato operare di una pluralità di soggetti, con i non pochi e complessi riflessi che ne conseguono sul piano della responsabilità⁹⁸.

La valorizzazione del momento regolativo e la necessità che la capacità orientativa della norma continui a rappresentare il *prius* logico della responsabilità si evince anche dalle riflessioni di attenta dottrina la quale, prendendo le mosse dall'inegabile sovrastare del momento del giudizio sul momento della statuizione normativa, tenta di mettere al riparo quest'ultimo dai distorsivi effetti della predittività postuma che rischia di trasformare il giudizio nell'occasione per mettere in atto modelli ascrittivi che diano voce, assecondandole, ad istante repressive sovrappiunte⁹⁹ facendo ricadere sul singolo i costi delle inadeguatezze regolative. Ne deriva la necessità di delimitare lo strumentario gnoseologico del giudice attraverso il rafforzamento teorico dei giudizi di c.d. prognosi postuma¹⁰⁰.

8. Intelleggibilità del sistema: i luoghi del precetto

Il tema della funzione comunicativa della norma penale e della crisi che essa sta attraversando è strettamente connesso a quello delle fonti di cognizione del comando, ovvero i canali attraverso cui il cittadino può prendere cognizione di quale sia lo stato della legislazione penale; quali, dunque, i divieti, quali le sanzioni.

⁹⁶ La tesi della natura modale delle regole cautelari, ormai acquisita al patrimonio culturale di dottrina e giurisprudenza, insieme con la rivalutazione del disvalore d'azione nell'illecito colposo, si deve alla teorizzazione di F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, 1993, 233 ss. Per una approfondita ricostruzione delle implicazioni di tale impostazione cfr. D. MICHELETTI, *Attività medica e colpa penale. Dalla prevedibilità all'esperienza*, Napoli, 2021, 105 ss.

⁹⁷ F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, cit., 233 ss.

⁹⁸ Da ultimo cfr. G. MINICUCCI, *La plurisoggettiva nell'agire colposo. Una rilettura in chiave normativa*, Pisa, 2025, 17 ss., 158 ss. e 188 ss.

⁹⁹ F. GIUNTA, *Giudizio e castigo*, cit.

¹⁰⁰ Sul tema, C. PAONESSA, *Giudizi prognostici e diritto penale. Luoghi, funzioni, garanzie*, Pisa, 2024.

Quella del “luogo del precetto” è questione profondamente correlata a quella della funzione comando e della capacità comunicativa della norma. La questione richiama subito alla mente il ruolo del codice e, per l’effetto, il complesso tema della decodificazione. 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.

Quale unitaria e completa raccolta di norme organizzate secondo un criterio ordinatore, il codice 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 centralità del codice viene soppiantata dalla proliferazione di sottosistemi penali, «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»¹⁰¹.

La denominazione della legislazione *extra codicem* quale “diritto penale complementare” lascerebbe sottintendere una natura prettamente accessoria di questa 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 ivi contenute, ma anche perché, sebbene all’interno del *corpus* codicistico trovino collocazione molti reati c.d. “naturali” 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*, alla disciplina delle sostanze stupefacenti, all’ambiente, all’immigrazione, ecc.)¹⁰².

Le cause di tale diaspora sono molteplici e ben note: in parte collegate al ruolo che la forma riveste nella post-modernità, in parte correlate 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 e che impongono la regolamentazione di

¹⁰¹ G. FIANDACA, *In tema di rapporti tra codice e legislazione speciale complementare*, in *Foro it.*, 1994, 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.

¹⁰² 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.

una serie di presupposti tecnici, di istituti giuridici extrapenalici; da ciò la necessità di una collocazione della fattispecie in luoghi che facilitano il dialogo tra questa e la disciplina (amministrativa) di 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 – come si è già notato *supra* – 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 amministrazione¹⁰³.

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 del nuovo art. 3-*bis* all’interno del codice penale (art. 1, d.lgs. n. 21/ 2018), 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 infatti 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.

Tuttavia, l’introduzione del principio di riserva di codice ha suscitato non poche perplessità in dottrina¹⁰⁴, ravvivando un dibattito risalente che investe sia

¹⁰³ Sul tema, in particolare, J.M. SILVA SÀNCHEZ, *L’espansione del diritto penale. Aspetti della politica criminale nelle società postindustriali*, Milano, 2004, 83 ss.

¹⁰⁴ 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 “schemorfico” alle playlist*, cit.; 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.; ID., *La riserva di codice (art. 3-bis cp)*

il principio in sé¹⁰⁵, che, più in generale, il tema del rapporto tra codice e leggi speciali¹⁰⁶. 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 penale¹⁰⁷, alla quale fa riferimento espresso anche il recente intervento¹⁰⁸. 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 pena¹⁰⁹.

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 codice¹¹⁰; tali obiettivi, attuati in altri

tra democrazia normante e principi costituzionali. Apertura di un dibattito, in LP, 2018; C.E. PALIERO, *La "riserva di codice" messa alla prova: deontica idealistica versus deontica realistica*, in *Criminalia* 2019, 31 ss.

¹⁰⁵ Per tutti cfr. 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*, ivi, 79 ss.; C.E. PALIERO, *Riforma penale in Italia e dinamica delle fonti: una paradigmatica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 1011 ss.

¹⁰⁶ 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. Stortoni, 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.

¹⁰⁷ F. MANTOVANI, *Sulla perenne esigenza della ricodificazione*, in *Arch. giur.*, 1994, 263 ss.

¹⁰⁸ 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 anche l'inciso secondo cui le norme contenute in leggi che disciplinano organicamente l'intera materia «coordinandole con le disposizione 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*, cit., 7, avrebbe dovuto essere inserito anche all'interno del nuovo art. 3-*bis* di modo da esplicitarne più efficacemente l'intento.

¹⁰⁹ Per la lettura della relazione illustrativa v. *Principio della riserva di codice: in G.U. il decreto attuativo*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 26 marzo 2018. Sul rapporto tra riserva di codice e principio rieducativo, critico M. PAPA, *Dal codice "schemorfico" alle playlist*, cit., 136.

¹¹⁰ 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).

ordinamenti¹¹¹, sarebbero raggiungibili solo se alla ricollocazione geografica delle norme facesse seguito l'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 legittimerebbe il doppio binario basato sulla coesistenza di codice e legislazione speciale, pretendendo però che esso si ispiri ai caratteri della organicità e sistematicità dell'intero sistema¹¹², 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 suo rango primario, non è in grado di vincolare il legislatore ordinario con il rischio di trasformarsi, nel tempo, in una mera dichiarazione di intenti o in 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 per la funzione di orientamento della fattispecie. 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»¹¹³.

Sebbene possa essere condivisa l'idea che dietro all'introduzione del principio in esame vi sia un intento ulteriore rispetto alla mera ricollocazione topografica, residua l'interrogativo circa l'opportunità e la fattibilità nell'attuale contesto sociale politico e culturale di una riforma del diritto penale ispirata a tale principio¹¹⁴. Il codice, infatti, 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 delle

¹¹¹ 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.

¹¹² M. DONINI, *La riserva di codice (art. 3-bis cp) tra democrazia normante e principi costituzionali*, cit., 5, 6.

¹¹³ G. FIANDACA, *In tema di rapporti tra codice penale e legislazione complementare*, cit., 139.

¹¹⁴ E.M. AMBROSETTI, *Codice e leggi speciali. Progettare una riforma dopo la riserva di codice*, cit., 5.

norme in luoghi diversi dal *corpus* codicistico comporti un affievolimento delle capacità comunicative dell'intero sistema normativo può risultare indiscutibilmente vero solo a condizione che si intenda il codice come idea "astratta", per come cioè pensato (e realizzato) dai codificatori ottocenteschi, volontariamente sorvolando sul reale stato di salute degli odierni codici, che da città ideali hanno assunto le sembianze di «centri di accoglienza»¹¹⁵, e da cui è difficile ipotizzare un ritorno. 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: come ogni mezzo esso non può essere considerato inadatto di per sé ma unicamente in considerazione del fine perseguito o dalle condizioni in cui opera. Come una risalente dottrina ha sottolineato, infatti, le cause della decodificazione sono in verità collegate alla crisi, ben più profonda e forse irreversibile, dell'atomo del diritto penale: la fattispecie¹¹⁶.

L'eventualità che le fattispecie penali siano ricondotte in un medesimo luogo "fisico" potrà al più rilevare sotto il profilo dell'accessibilità materiale al testo normativo – sebbene anche questa verità sia destinata a scomparire di fronte alla crescente importanza dell'accesso telematico –, ma non anche per l'effettiva possibilità di conoscere e comprendere la portata del comando, vero momento essenziale perché il consociato possa aderirvi.

9. Intelleggibilità del sistema: anomia e fonti di cognizione del comando

Al cattivo uso del linguaggio, talvolta inaccessibilmente tecnico, si aggiunge l'incessante aumento del numero di norme che rende possibile il capovolgimento della nota metafora che vuole il diritto penale un arcipelago di divieti in un mare di libertà, conducendolo piuttosto verso i lidi di un "diritto penale totale"¹¹⁷. L'inesauribile produzione di regole, «oscuire nel linguaggio, tremolanti nella durata»¹¹⁸ trasforma il sistema in un non-sistema, perciò inascoltabile e inobbedibile; sotto il profilo comunicativo l'eccesso di norme equivale ad anomia.

¹¹⁵ La metafora, come anche le riflessioni da cui si trae spunto sul tema, sono di M. PAPA, *Dal codice scheumorfico alla playlist*, cit., 137.

¹¹⁶ 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. Ne è 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. 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 593-*ter*, frutto del reinserimento all'interno del codice ad opera della riforma del 2018.

¹¹⁷ F. SUGGIBI, *Il diritto penale totale*, cit.

¹¹⁸ N. IRTI, *Viaggio tra gli obbedienti*, cit., 27

Proporzionata all'aumento del numero delle fattispecie norme è la crescita del "rischio penale" e della sua gestione che prende forza proprio dalla condizione di mancata intellegibilità del sistema, del contenuto precettivo delle singole norme e del loro sistematico coordinamento. I principi secondo cui le fattispecie incriminatrici dovrebbero essere formulate, e l'intera legislazione penale strutturata, in modo da consentire ai cittadini di comprendere il significato di quanto loro imposto, si scontra irrimediabilmente con la realtà. Se si conducesse una ricerca empirica – come alcune ne sono state fatte – sul grado di consapevolezza del contenuto delle norme da parte dei cittadini, ci troveremo davanti a dati non certo rassicuranti, e non solo con riguardo all'effettiva conoscenza dei precetti, che certamente varia in ragione della tipologia di norme prese in considerazione (passando da un grado di conoscenza massimo per i c.d. *reati naturali* e scemando man mano che si protende verso quelli *artificiali*), ma anche in relazione alle fonti di cognizione del precetto.

Sotto il primo profilo, tanto la scelta di introdurre nuove norme incriminatrici quanto la definizione del loro contenuto, sono determinate non solo dalla necessità di fornire "copertura penale" ad un fatto avvertito come sostanzialmente criminoso bensì da motivi di ordine tecnico-investigativo o processuale¹¹⁹, i quali, una volta introdotta la fattispecie, continuano ad operare incentivando una gestione ermeneutica rispondente ad esigenze di carattere giudiziario. La costruzione (teorica e semantica) delle fattispecie di nuova introduzione viene inoltre influenzata dalla necessità di *spenderle* di fronte all'opinione pubblica, con chiara preferenza per la formulazione della condotta incriminata in termini generici e simbolici, da cui l'inevitabile declino dell'"attitudine selettiva" tradizionalmente assoluta dalla fattispecie incriminatrice.

Sotto il secondo profilo, può trovare nuova e più idonea collocazione il tema del tramonto del codice secondo una prospettiva differente che accomuna e condanna al medesimo destino recessivo tutte le tradizionali forme di cognizione del comando, assiduamente sostituite, *de facto*, da 'fonti' informali caratterizzate dall'estrema fluidità ed immediatezza. Questo fenomeno dà vita ad una conoscenza di seconda mano nella quale allignano gravi rischi di distorsione del messaggio normativo. Nella migliore delle ipotesi, a quelle ufficiali si surrogano fonti di cognizione provenienti da "*broker* informativi" appartenenti all'ambito tecnico-professionale ove è inserito il destinatario del comando, in grado di "predigerire" il messaggio normativo per poi proporlo in forma semplificata attraverso bollettini interni, *newsletters*, linee guida, protocolli, ecc.

¹¹⁹ L. EUSEBI, *L'insostenibile leggerezza del testo: la responsabilità perduta della progettazione politico-criminale*, in *Riv. it dir. proc. pen.*, 2016, 1673. Sul tema, C.E. PALIERO, *Quale diritto per quale processo?*, in *Diritto e processo penale fra separazione accademica e dialettica interpretativa*, a cura di L. Foffani, R. Orlandi, Bologna, 2016, 206 ss.; A. GARGANI, *Fattispecie sostanziali e dinamiche probatorie. Appunti sulla processualizzazione della tipicità penale*, in *I reati lungo gli impervi sentieri del processo*, a cura di G. De Francesco, E. Marzaduri, Torino, 2016, 89 ss.

Nella peggiore, e più diffusa, prospettiva è la comunicazione mediatica, con i suoi peculiari strumenti, a sostituire le tradizionali fonti di conoscenza delle norme giuridiche. Come è stato evidenziato, l'ingresso della comunicazione mediatica nel mondo del diritto rappresenta una «collusione distorsiva»¹²⁰ che ha l'effetto «devastare un organismo modellato e alimentato da una sapienza millenaria»¹²¹, che ha al suo centro il linguaggio.

E il rischio non riguarda unicamente il noto versante del “processo mediatico” ove le garanzie assicurate dal giudizio sfumano di fronte alla mimesi giudiziaria che si svolge nelle aule mediatiche¹²², né solo lo scarto quantitativo tra la visione scientifica e la percezione sociale della criminalità¹²³ che, complice una vera e propria manipolazione dell'opinione pubblica, contribuisce ad ostacolare il processo di razionalizzazione del diritto penale¹²⁴. È il confine stesso tra norma giuridica e messaggio mediatico ad essere minacciato¹²⁵.

Un esempio manifesto di tale pericolosa confusione si riscontra, per esempio, nel delitto di *femminicidio*, certamente esistente secondo il lessico mediatico, ma di cui non si rinviene traccia nell'attuale legislazione positiva. Ancora, analogamente può dirsi per l'*omicidio stradale* o per il *revenge porn* di cui si discorreva quali fattispecie autonome ben prima che il legislatore le rendesse tali, con rubriche ben meno altisonanti; o, ancora, per i delitti sessuali, nei quali il paradigma violento

¹²⁰ Così C.E. PALIERO, *La maschera e il volto. Percezione sociale del crimine ed 'effetti penali dei media*, cit., 467.

¹²¹ M. PAPA, *Spillover 2020: il virus della comunicazione mediatica all'attacco del diritto penale*, in *Liber Amicorum Adelmo Manna* a cura di V. Plantamura, G. Salcuni, Pisa, 2020, 517 ss.

¹²² Sui rapporti tra *mass media* e processo penale, 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; G. GIOSTRA, *Processo penale e mass media*, in *Criminalia 2007*, 57 ss.; C. CONTI (a cura di), *Processo mediatico e processo penale*, Milano, 2016; F. PALAZZO, *Note sintetiche sul rapporto tra giustizia penale e informazione giudiziaria*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 140 ss.

¹²³ Il grande scarto tra criminalità reale e criminalità percepita emerge chiaramente dai più recenti rapporti il CENSIS. Sebbene nell'ultimo decennio il tasso di criminalità in Italia sia diminuito del 25,4%, con picchi tra il 42 e il 48,2% per delitti come omicidio, furto e rapina, i dati confermano una crescente percezione dell'allarme sociale da parte dei cittadini, rappresentando il rischio di essere vittima di reato il secondo motivo di insicurezza per più della metà della popolazione italiana. Sul punto, v. <https://www.censis.it/sites/default/files/downloads/Rapporto%20finale.pdf>

¹²⁴ Così già, G. MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, cit., 470. Sui rapporti tra diritto penale e comunicazione mediatica, da varie prospettive, oltre agli autori già citati, v. M. BERTOLINO, *Privato e pubblico nella rappresentazione mediatica del reato*, in *La televisione del crimine*, Atti del convegno “*La rappresentazione televisiva del crimine*”, a cura di G. Forti, M. Bertolino, Milano, 2005, 213 ss.; V. MANES, *Giustizia mediatica. Gli effetti perversi sui diritti fondamentali e sul giusto processo*, Bologna, 2022.

¹²⁵ M. PAPA, *Spillover 2020: il virus della comunicazione mediatica all'attacco del diritto penale*, cit., 517 ss.

che ne sarebbe fondamento e limite, pur in via di superamento anche nella giurisprudenza, risulta ormai del tutto dimenticato nella comunicazione mediatica e sociale, ove il dibattito si concentra unicamente sui limiti del consenso o del dissenso.

Anche la giurisprudenza non va incontro a sorti migliori: si pensi al contenuto di alcune pronunce che, pur tecnicamente corrette, assumono, nel dibattito veicolato dai mezzi di stampa, una dimensione scandalistica. Travisando le ragioni tecnico-giuridiche a fondamento delle decisioni, i mezzi di informazione finiscono per esternare un messaggio del tutto errato¹²⁶, che non solo nuoce gravemente all'immagine di terzietà e correttezza dei magistrati che ne sono autori, ma che riversa gravi effetti indiretti sulla stessa comunicazione normativa.

¹²⁶ È il caso, tra i molti, di Cass., Sez. III, 24 marzo 2020, n. 10596, nella quale si è opportunamente negata l'applicabilità di cui all'art. 609-ter, comma 1, n. 2, c.p. nel caso in cui la vittima abbia assunto spontaneamente alcol e droga. Le testate giornalistiche, all'indomani della pubblicazione della decisione, titolavano "Stupro: no all'aggravante se la vittima è ubriaca", trasmettendo l'erroneo messaggio secondo cui la mancata applicazione dell'aggravamento di pena si fondasse sulla condizione della vittima, in una sorta di colpevolizzazione che ha suscitato forti indignazioni nell'opinione pubblica, dando vita a forme di protesta virtuale su tutti i social-network.

Capitolo terzo

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 *struttura-comando*

Da ogni fattispecie si ricava un divieto, cioè un comando di astensione. 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 con funzione deontologica, psicologica, convalidante delle regole.

Come detto in apertura, è difficile, se non errato, assegnare alla norma penale un’unica funzione. Essa, infatti, può rivolgersi direttamente ai cittadini, indicando quale sia il comportamento vietato, e al tempo stesso agli interpreti, fornendo loro il paradigma attraverso il quale giudicare il fatto e applicare la sanzione¹. Nell’ammettere entrambe le concezioni come due profili distinti, e non incompatibili, della norma 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

¹ Si rinvia a quanto detto *supra* con riferimento alla distinzione tra regole di condotta e regole di giudizio.

mezzo della quale quel modello di comportamento si pone come obbligatorio e vincolante per il destinatario.

La struttura del comando inteso come imperativo di condotta implica necessariamente la nozione di sanzione, dalla quale esso non può essere ragionevolmente separato. Essa, quale negativa conseguenza della violazione dell'imperativo contenuto nel comando, rappresenta il ganglio vitale del meccanismo di funzionamento della norma strutturata come comando; «tutta l'energia determinante propria [del comando giuridico] si fond(a) sulla sanzione»² e la sua minaccia rappresenta a tutti gli effetti lo *enforcement of obedience*³. Si è già detto come funzione e struttura della norma siano da sempre sovrapposti e come, per l'effetto, i due elementi di precetto e sanzione siano stati avvinti da un vincolo inscindibile sorretto dal carattere necessariamente coercitivo del meccanismo penale. Un illecito penale è concepibile solo 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 risponda unicamente ad esigenze analitiche, ma che non debba indurre a considerarli come entità separate, operanti in un mondo diverso⁴.

Lo stretto rapporto esistente tra precetto e sanzione, infatti, rappresenta una cifra tipica del diritto penale: le due matrici sono intimamente connesse ed 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 si pretende che questa orienti il comportamento dei destinatari⁵: un «modello punitivo fondato sulla corrispettività retributiva, che implica una prevenzione dei reati concepita esclusivamente come intimidazione e neutralizzazione»⁶.

² G. BATTAGLINI, *Le norme del diritto penale e i loro destinatari*, Torino, 1910, 10.

³ J. AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence or the philosophy of positive law*, Lect. I (1973), London, 2002.

⁴ 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.»

⁵ 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.

⁶ L. EUSEBI, *Teoria e empiria della prevenzione generale*, in *Criminalia* 2023, 144.

Il fondamento autoritario, sebbene mediato e limitato dal carattere democratico acquisito nel tempo che trova emersione della funzione garantista affidatagli, è rimasto nel genoma del diritto penale. La sanzione, quale entità ontologicamente caratterizzante lo *ius criminale*, rispecchia la visione 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 allo Stato il monopolio della forza sottraendola così a dinamiche private di risoluzione dei conflitti⁷. 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»⁸.

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 dalla volontà che quanto contenuto nel precetto sia eseguito ed osservato. In ciò si distingue dalla mera preghiera, dall'esortazione o dal consiglio⁹. 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, in seno alla quale i due concetti risultano giuridicamente equivalenti: «come si può usare il termine comando sussumendovi il divieto, così di può usare il termine divieto sussumendovi il comando»¹⁰ e la contrapposizione resta utile solo per denotare il carattere proibitivo o imperativo della dichiarazione giuridica.

Come è stato sottolineato efficacemente, 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

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

⁸ C.E. PALIERO, *L'agorà e il palazzo. Quale legittimazione per il diritto penale?*, cit., 97.

⁹ 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 *preceptum* 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.

¹⁰ G. BATTAGLINI, *Le norme del diritto penale e i loro destinatari*, cit., 9.

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 crea il dovere di agire»¹¹. 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. La pena, più in particolare, 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 il reato risulta integrato (in definitiva, l'*ubi consistam* dell'illecito penale). Pur 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 – *nullum crimen sine poena* –, ciò su cui ci si intende interrogare riguarda la struttura normativa che sta al di sotto di questo piano. Del resto, altro è discutere se la punibilità sia una partizione dogmatica del reato o se debba qualificarsi come conseguenza, come un *quid pluris* esterno a questo; altro è affermare che il funzionamento della norma penale, la sua struttura, si declina necessariamente secondo il paradigma precetto - (minaccia di) sanzione.

Le critiche che sono state mosse alle teoriche che, in passato, hanno tentato una dissociazione del momento precettivo da quello sanzionatorio confermano come la struttura del comando penale sia tradizionalmente e diffusamente individuata proprio 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 prima indirizzata ai cittadini, ai quali è rivolto un comando puro e semplice di astensione dall'azione descritta, senza che tale imperativo contenga in sé la sanzione. La seconda, invece, si sostanzia 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 antiggiuridica 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 realizzerebbe quanto da questa previsto: «il reo fa

¹¹ G. BATTAGLINI, *Le norme del diritto penale e i loro destinatari*, cit., 12.

esattamente quello che la disposizione legale descrive nella sua fattispecie, trasgredendo invece il contenuto della *Rechtsnorm*»¹².

Gli argomenti che hanno portato la dottrina, anche italiana, a criticare fortemente tale ricostruzione 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 ai meri *consilia*, estranei al mondo della giuridicità. Una parte della dottrina italiana, in particolar modo, ha sottolineato l'impossibilità di scindere l'imperativo dalla sua sanzione, cioè dalla possibilità di una applicazione coattiva della regola stessa¹³.

Un diverso orientamento, invece, per motivare l'inseparabilità fra sanzione e precetto pone in risalto il dato psicologico della funzione di determinazione della volontà dei destinatari che la sanzione è chiamata a compiere¹⁴. Il meccanismo per mezzo del quale si raggiunge tale scopo, nella norma strutturata come comando, è 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»¹⁵. 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: essa ha una direzione, una vettorialità che dal precetto porta alla sanzione ma che al tempo stesso si dirige verso il destinatario¹⁶.

¹² L. CORNACCHIA, *Lex imperfecta: ciò che sopravvive della Normentheorie di Binding nella dommatica penale*, cit., 350.

¹³ G. BATTAGLINI, *Le norme del diritto penale e i loro destinatari*, cit., 144; E. MASSARI, *La norma penale*, S. Maria Capua Vetere, 1913, 60.

¹⁴ A. ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale: contributo alle teorie generali del reato e della pena*, Roma, 1932, 67 ss.

¹⁵ A. BRIGHENTI, *Per una sociologia del comando*, in *Soc. dir.*, 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 sorretto 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.

¹⁶ 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 la

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 alla norma penale, occorre senz'altro riflettere su quale sia il ruolo di tale struttura nel più ampio ambito della giuridicità. 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 che la esprime. Le categorie e le strategie giuridiche, infatti, «si sviluppano e assumono il loro senso storicamente specifico nel vivo della dinamica politico-sociale»¹⁷.

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 suo rapporto con i destinatari della regolazione e il modo di atteggiarsi del potere. E un simile approfondimento non perde la propria validità 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 adottate¹⁸.

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. A. BRIGHENTI, *Per una sociologia del comando*, cit., 22, 27.

¹⁷ 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».

¹⁸ 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

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, si è già detto come da tempo in molti ambiti dell'ordinamento giuridico si parla di crisi delle fonti, quale fenomeno strettamente legato a quello della crisi della forma, alla giuridicità multilivello, all'avanzamento del ruolo interpretativo del potere giudiziale¹⁹. 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.

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. All'interno di questa dinamica, espressione della odierna crisi del monopolio statale (più specificamente legislativo), nella quale si instaurano rapporti multiformi e dialettici tra una pluralità di 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, rappresentati dal nesso esclusivo con la sovranità, dalla verticalità del suo assetto, da una configurazione di tipo imperativistico.

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 a rispondere con rinnovati apporti ad esigenze che sorgono *in itinere*²⁰.

Ampio oramai – in campo sociologico ben più che in quello giuridico – il dibattito su come si possa favorire un'ottemperanza spontanea alle regole

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.

¹⁹ Sull'analisi di tali fenomeni, quali parti strutturali della crisi della legge, cfr. Cap. 1.

²⁰ B. PASTORE, *Il soft law nella teoria delle fonti*, in *Soft law e hard law nelle società post-moderne*, a cura di A. Somma, Torino, 2009, 120.

giuridiche senza dover ricorrere allo strumento costoso delle sanzioni. L'obiettivo non è certo quello di scardinare i sistemi sanzionatori né mettere in discussione la sanzione (o meglio la sua minaccia) come strumento essenziale di regolazione sociale, bensì di ricondurre il modello coercitivo ad ambiti essenziali e limitati, così integrando il meccanismo del *command and control* con sistemi che favoriscono l'adesione spontanea al precetto. 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'ammorbidente 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 prospettiva 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 vuole²¹, 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 più assiduamente 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 della stessa. Nell'idea di diritto di stampo kelseniano, la produzione costituiva il momento significativo e qualificante la normazione, all'ombra del quale si svolgeva la restante “vita” 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 subentra la valorizzazione del momento regolativo. Il fenomeno si accompagna ad una riscoperta del ruolo

²¹ 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.

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 con il modificarsi delle forme del potere, si modificano anche i suoi mezzi espressivi. 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 costrittiva si sostituisce, sempre più, l'influenza²².

Questo peculiare percorso di riscrittura delle forme del giuridico conduce lontano, fino ai confini stessi della normatività dando vita a problemi di qualificazione di nuove forme di condizionamento dell'individuo – sempre più utilizzate anche dai governi – sulla cui natura – 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 protagonisti non sempre formalmente titolari delle competenze necessarie a produrre un diritto “a denominazione di origine controllata”; 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, dando vita a 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 graduabile: una norma può essere dunque obbligatoria in grado maggiore o minore²³.

²² 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.

²³ 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, *Il diritto liquido: pensieri post-delmasianiani sulla dialettica delle fonti penali*, cit., 1099 ss. La logica *fuzzy*, la cui nascita si deve al matematico Lofti A. Zadeh, è una

Non si tratta, dunque, solo di un percorso di perdita del carattere “verticale” del diritto, ma di un ri-modellamento del suo criterio di legittimazione, che non è più affidato alla forma²⁴, bensì a modalità che sappiamo concretamente riscuotere l’adesione, indipendentemente dall’esistenza di sanzioni.

Il primo segmento che va dissolvendosi 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” 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*.

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 – tale componente precettiva scolorisce. 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, l’assenza della componente sanzionatoria e il forte indebolimento – fino alla scomparsa – di quella precettiva mettono profondamente in crisi il discrimine tra essere e dover essere; con il rischio che si avveri la profezia secondo cui la promessa fatta dalla postmodernità di «porre termine all’agonia della scelta individuale» si attui «abolendo la scelta stessa»²⁵. 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.

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 risultare utile 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

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.

²⁴ 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*, cit., 129 ss.

²⁵ Z. BAUMAN, *La società individualizzata*, Bologna, 2002, 91.

esordio, si ritiene di poter individuare alcune sintomatiche avvisaglie di tale mutamento in atto all'interno della struttura della norma penale.

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 alla 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 reale ed efficace capacità di orientamento dello stesso²⁶. Un diverso rapporto, dunque, tra precetto – violazione – sanzione che delinea 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

Nel quadro appena descritto si colloca senz'altro la crescente rilevanza del ruolo svolto dai privati all'interno del circuito giuridico di marca *lato sensu* penalistica. Il fenomeno risente del congiunto operare dell'arretramento del ruolo dello Stato – determinato dalla porosità dei confini nazionali²⁷ – in uno con la parcellizzazione della popolazione. Quest'ultima – insieme con la facilità di circolazione di cose, beni, informazioni che la “mondializzazione” assicura – favorisce la creazione di aggregati sociali trasversali che stabiliscono reti sociali e informative che superano di gran lunga i confini – e, per conseguenza, anche i controlli – statali. Aggregati che, condividendo interessi, economici ma anche valoriali, tendono naturalmente a creare diritto, per organizzare sé stessi e per definire i propri rapporti. A questo si aggiunge 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

²⁶ Sul tema si tornerà nel prosieguo. Per quanto qui interessa, è da dire 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. Sul punto cfr. F. GIUNTA, L. EUSEBI, V. MAIELLO, *Gli “obbedienti” di Natalino Irti: una lettura penalistica*, in *Criminalia 2021*, 87 ss. Il commento segue il contributo di N. IRTI, *Inizio e obbedienza*, in *Criminalia 2021*, 73 ss. e prende le mosse dal libro di N. IRTI, *Viaggio tra gli obbedienti*, cit., 2021.

²⁷ Sul tema del superamento dello Stato come principale attore della giuridicità, per tutti, S. CASSESE, *Oltre lo Stato*, cit.

distingue in quello dell'*up-down*, del *bottom-up* o misto²⁸ –, e con esso il ruolo dei privati nella creazione di alcuni “nodi” della rete normativa di cui si compone il fenomeno giuridico moderno, risulta dunque evidente.

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 pubbliche²⁹. Insomma, il coinvolgimento dei privati sembra diventare, anche in ambito penale, sempre più essenziale ai fini della gestione e tutela della cosa pubblica³⁰. Ne siano riprova il fiorire di numerosi studi sul tema dell'autonormazione³¹ – fenomeno che ha, da qualche tempo, cominciato a lambire anche i lidi della materia penalistica – così come la riscoperta sul piano della teoria generale del diritto delle teorie pluraliste (*sub*

²⁸ 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 *Pol. diritto*, 2001, 562, 563.

²⁹ 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 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 strategiche 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 pubblicitario. 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.

³⁰ 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».

³¹ C. PIERGALLINI, *Autonormazione e controllo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 261 ss.; ID., *Ius sibi imponere: controllo penale mediante autonormazione?*, 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; F. CENTONZE, *La coregolamentazione 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*, cit.; D. BIANCHI, *Autonormazione e diritto penale. Intersezioni, potenzialità, criticità*, Torino, 2021.

specie di quelle istituzionaliste) che, postulando l'esistenza di una pluralità di ordinamenti giuridici derivanti da aggregati sociali che si autoregolano, risultano idonee alla comprensione e messa a sistema dei fenomeni normativi di cui si dirà.

Il termine "autonormazione" è appunto correntemente impiegato per evocare un rapporto di identità tra chi enuclea la norma, chi ne cura l'attuazione e chi ne risulta destinatario: colui che è preposto all'attività di *law making* e di *law enforcement* si identifica con il destinatario stesso della norma³². 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. 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 piuttosto cercare di analizzare quale sia l'influenza che sul comando penalistico abbiano le direttrici che il fenomeno giuridico 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, 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.

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 normazione³³; o se, al contrario, la ricerca di forme

³² 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 auto-imposizione di una norma di condotta, che semmai può appartenere al fenomeno morale, etico. Sul punto di contrario avviso J.M. SILVA SANCHEZ, *Autonomia elemental como autonormatividad (Reflexiones veraniegas intemporales)*, in *In-Dret Penal*, 2019, 1 ss. secondo il quale è invece possibile rintracciare una norma anche nel fenomeno di pura auto-imposizione individuale, che comporterebbe una scissione soggettiva del soggetto che pone la norma e ad essa si vincola.

³³ Sottolinea S. MANACORDA, *La dinamica dei programmi di compliance aziendale*, cit., 473, come lo sviluppo di forme di regolamentazione *soft* o di *compliance* abbia subito un netto incremento ad inizio millennio, nel 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.

alternative al modello di *command and control* abbia finito per dotare gli operatori privati di potestà regolative³⁴. Difatti in area anglosassone l'approfondimento del fenomeno si è spostato sullo studio dell'autonormazione come opzione politica alternativa a quella incarnata dalla legislazione statale e sul modello del *command and control*, inteso quale paradigma fondato sull'imposizione di precetti sostenuti dalla minaccia di una sanzione³⁵. 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 i tratti 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 constare 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 *moral suasion* che alla coercizione»³⁶.

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, almeno non nelle forme di quelle tradizionali, quanto piuttosto allo sfruttamento di meccanismi di tipo consensuale che assicurano l'effettivo rispetto di regole 'autoimposte'.

³⁴ Mette bene in evidenza il concetto S.B. TAVERRITI, *Autonormazione e prospettive auto-poietiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 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».

³⁵ 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.

³⁶ D. BIANCHI, *Appunti per una teoria dell'autonormazione*, cit., 1495.

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 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 distaccarsi, 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»³⁷.

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 è «la possibilità che un individuo, agendo nell'ambito di una relazione sociale, faccia valere la propria volontà anche di fronte ad un'opposizione»³⁸, identificandosi, cioè, con la possibilità di imporre decisioni obbligatorie attraverso la coazione. Potere e violenza, secondo la lettura tradizionale, sarebbero dunque inscindibilmente connessi, al punto che l'uno non potrebbe esistere senza l'altra, che ne è elemento costitutivo.

Dal potere, in tal senso inteso, si distinguono le altre forme di orientamento del comportamento altrui che si strutturano in termini non coattivi. 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 Max Weber, secondo il quale il potere è prescrittivo, coattivo, controllante, punitivo e sanzionatorio mentre l'influenza, al contrario, mira a determinare i comportamenti altrui per mezzo del coinvolgimento, della convinzione, dell'orientamento non autoritario. Si potrebbe 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 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

³⁷ M. MAIWALD, *Diritto e potere*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 3 ss..

³⁸ M. WEBER, *Economia e società I - Teoria delle categorie sociologiche*, cit., 51.

categoria dell'effettività della norma risulta ancillare, funzionale a confermare *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»³⁹. Essa definisce il potere in termini di potenzialità piuttosto che di attualità, ha il pregio teorico di recidere il nesso tra potere e violenza e di relegare quest'ultima ad una forma – la più intensa – di manifestazione del primo⁴⁰. 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 modalità di esercizio del potere che così inteso trova fondamento nell'effettiva capacità di determinare una modificazione del comportamento altrui.

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. 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 che abbraccia anche forme espressive 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 diritto⁴¹. Quest'ultimo, infatti, 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

³⁹ 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.

⁴⁰ 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.

⁴¹ Afferma che vi è una «persistente connessione di una certa immagine del diritto con una certa concezione dello Stato» N. BOBBIO, *Sulla funzione promozionale del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, 1316

del secondo, muta anche il primo: la tecnica del potere, infatti, è alla costante ricerca di 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 tra "società disciplinare" e "società di prestazione"⁴². La nascita della società

⁴² «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 sarebbe il contrario della costrizione – produce essa stessa costrizioni», B.H. HAN, *La società della stanchezza*, Milano, 2010, 23 ss., 109, riflessioni poi riprese 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

disciplinare, che segna di 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 cittadino in un sistema di norme.

L'approccio disciplinare è stato a lungo proprio degli ordinamenti moderni, ove ancora se ne colgono gli effetti. Anche la transizione da una società intessuta di legami interindividuali ad una fondata su meccanismi ad alta complessità è stata affrontata in larga misura utilizzando il modello “disciplinare” che, pur aggiornato ai tratti “globali”, è stato «riproposto nelle sue caratteristiche funzionali e strutturali»⁴³. 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»⁴⁴.

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»⁴⁵.

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.

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.

⁴³ Così A. VALLINI, *Antiche e nuove tensioni tra colpevolezza e diritto penale artificiale*, cit., 94.

⁴⁴ A. VALLINI, *Antiche e nuove tensioni tra colpevolezza e diritto penale artificiale*, cit., 94.

⁴⁵ B.C. HAN, *Che cos'è il potere?*, Milano, 2019, 10, 11, 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)».

Al contrario, nella “società della prestazione”, che sorge in 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»⁴⁶ allo Stato sociale, impegnato nella promozione di comportamenti positivi, è stato da tempo evidenziato ed ha comportato uno sforzo di ripensamento delle stesse categorie della teoria generale del diritto⁴⁷.

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»⁴⁸. 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 a comportarsi in modo conforme alle norme, facendo in

⁴⁶ G.R. CARRIÒ, *Sul concetto di obbligo giuridico*, in *Riv. fil.*, LVII-2, 1966, 150.

⁴⁷ 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, *Sulla funzione promozionale del diritto*, cit., 1315. Nonostante Bobbio faccia riferimento al mutamento della funzione del diritto, che passa da essere prettamente protettiva a promozionale 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.

⁴⁸ B. C. HAN, *Psicopolitica*, cit., 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*, cit., 2021, 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 [...]».

modo che essi anticipino e realizzino da soli ciò che ci si attende da loro⁴⁹. Si tratta, dunque, di un potere che acuisce le proprie componenti regolative e di influenza per sostituirle alla coercizione.

Il potere, in tale forma, non opera frontalmente *contro* la volontà dei soggetti, ma la guida secondo il proprio volere. Più che opporsi al soggetto, sottoponendone la volontà 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 minaccia⁵⁰.

Ulteriore carattere di un simile manifestarsi del potere è il tendenziale sottrarsi ad ogni visibilità. Nelle sue forme più radicali, infatti, esso assume forma subdola, duttile, intelligente e il destinatario non è in grado di individuarne 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*.

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 i destinatari dei precetti e del potere sono soggetti differenti a seconda del tipo di società a cui si fa riferimento. Da soggetti d'obbedienza⁵¹ essi si trasformano in "soggetti di prestazione", la cui libertà viene esaltata in ogni sua forma, ai cui doveri si sostituisce il loro poter fare⁵², che pure secondo taluno produce più vincoli, rendendo i cittadini «liberi servi»⁵³.

⁴⁹ Cfr. P. DARDOT, *Qu'est-ce que la rationalité néolibérale?*, in B. Cassin, L. Gori, C. Laval (eds.), *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.

⁵⁰ BYUNG-CHUL HAL, *Che cos'è il potere?*, cit., 10, 11.

⁵¹ Il potere disciplinare, che 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.

⁵² 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».

⁵³ G. ZAGREBELSKY, *Liberi servi*, Torino, 2015, il quale indaga, con l'aiuto della figura del Grande Inquisitore, la natura ultima del potere.

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»⁵⁴.

Con il parziale abbandono delle normatività legali e disciplinari, «entrambe adagate sullo zoccolo duro dell'obbedienza»⁵⁵, 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»⁵⁶ 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 a adeguarsi volontariamente alle esigenze poste dall'ambiente circostante, la complicità operosa di coloro che di tali dispositivi normativi sono (spesso) insieme agenti e destinatari.

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 qui interessa, il fenomeno della *Responsive regulation* chiama in causa un modello di responsabilità attivo⁵⁷, in luogo del tradizionale modello meramente passivo⁵⁸. 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

⁵⁴ P. NAPOLI, *Oltre l'obbedienza. Michel Foucault e le normatività*, in *Contemporanea. Rivista di storia dell'800 e del '900*, 2, 2014, 313.

⁵⁵ P. NAPOLI, *Oltre l'obbedienza. Michel Foucault e le normatività*, cit., 313.

⁵⁶ P. NAPOLI, *Oltre l'obbedienza. Michel Foucault e le normatività*, cit., 314.

⁵⁷ 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».

⁵⁸ Evidenza tale differenza G. ROTOLO, *Riconoscibilità del precetto penale e modelli innovativi di tutela. Analisi critica del diritto penale dell'ambiente*, cit., 234 ss.

violazione – che coinvolgono attivamente l'autore della violazione; solo successivamente, nel caso di fallimento di tali prime misure, si ricorrerà a misure sanzionatorie progressivamente più incisive.

Esso rappresenta una specifica declinazione di un modo di intendere il fenomeno giuridico. Come è stato evidenziato, infatti, la legge ha sempre meno un valore “autonomo” e si integra in un *continuum* di apparati e istituzioni giuridiche⁵⁹.

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 Stati⁶⁰, dall'altro non è rimasto immune da critiche. Taluno ha messo in evidenza come il mantenimento in vita della minaccia di sanzioni, seppur sullo sfondo, possa compromettere la bontà dei meccanismi persuasivi⁶¹; 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 piramidale⁶², oltre all'incapacità di trasmettere un messaggio definito e chiaro, necessario perché i meccanismi di persuasione possano funzionare⁶³. Ancora, è stato sottolineato come non vi sia alcuna attenzione ai fattori culturali che possano influenzare il rapporto tra regolatori e regolati⁶⁴.

⁵⁹ «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.

⁶⁰ 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.

⁶¹ R. JOHNSTONE, *Putting the Regulated Back into Regulation*, in *Journal of Law and Society*, 26(3), 1999, 378 ss.

⁶² 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.

⁶³ K. W. ABBOTT, D. SNIDAL, *Taking Responsive Regulation Transnational: Strategies for International Organizations*, in *Regulation and Governance*, 7(1), 2013, 95 ss.; P. GRAND-BOSKY, *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.

⁶⁴ 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. 16, 2022, 1079 ss.

Le preoccupazioni che vengono così espresse sono perlopiù 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 violazione, e la graduazione degli interventi. Al fondamento 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*»⁶⁵. 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 si sostanzia nella persuasione. Risalendo il profilo della piramide si acuiscono 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 del tutto 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 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 in via successiva ed eventuale, 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 del diritto, collocandosi in quel percorso di allontanamento dalla tradizione giuspositivista, che conduce, come indicato da Bobbio, «dalla struttura alla funzione»⁶⁶. Con la *soft law* siamo, in un certo senso, di fronte al rovesciamento del tradizionale modo di pensare il diritto: piuttosto che 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.

⁶⁵ G. ROTOLO, *Riconoscibilità del precetto penale e modelli innovativi di tutela. Analisi critica del diritto penale dell'ambiente*, cit., 235.

⁶⁶ N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, cit.

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” e che hanno indotto taluno a ritenere che essa debba rimanere ai margini del campo delle vere fonti del diritto⁶⁷.

Nato nell’alveo del diritto internazionale, il fenomeno 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 teoriche, 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 consociati⁶⁸. Essa esprime, come è stato efficacemente sottolineato, la tensione tra *intenzione* e *risultato*⁶⁹: ponendo regole giuridiche così costruite si intende pervenire a dei risultati che, pur verificandosi, non dipendono direttamente dalla forza giuridica vincolante dello strumento utilizzato⁷⁰.

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 fenomeno del diritto morbido o flessibile il quale, in quanto non dotato del valore vincolante, sarebbe da considerarsi un termine contraddittorio, un paradosso⁷¹.

Dalle critiche rivolte alla teoria binaria, accusata di non prendere in adeguata

⁶⁷ 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. Law*, 1998, 381 ss.; R. BIN, *Soft law, no law*, in *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, cit., 31 ss.

⁶⁸ 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.

⁶⁹ M.E. BUCALO, *Autorità indipendenti e soft law. Forme, contenuti e limiti*, Torino, 2018, 9.

⁷⁰ T. GIARO, *Dal soft law moderno al soft law antico*, in *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, cit., 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*».

⁷¹ D. SHELTON, *International law and “relative normativity”*, in *Evans, Malcom, International Law*, Oxford, 2014, 168.

considerazione il contegno reale di simili strumenti – effettivamente in grado di orientare le condotte dei propri destinatari – nonché la loro crescente adozione da parte delle più svariate autorità politiche, prende le mosse l’opposta tesi gradualistica, la quale si adagia sul 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 graduato⁷²; *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 giuridico⁷³.

La mancanza di prescrittività, insieme con la capacità di essere effettivamente rispettato dai destinatari, è dunque il tratto tipico del diritto morbido, generalmente inteso, insieme alla sua capacità di essere effettivamente rispettato dai destinatari. Una capacità “orientativa” che riflette l’indebolimento delle capacità prescrittive del diritto e che richiede di essere compensata e sostenuta da differenti modalità di 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, una delle più note espressioni dell’auto-regolazione sociale che, secondo taluni, può essere pacificamente ricondotta alla categoria in esame⁷⁴. Essi sono caratterizzati da una c.d. “vincolatività soffusa” la

⁷² 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 (eds.), *Transnational Government: institutional dynamic of Regulation*, Cambridge, 2006, 119 ss.; ID. (a cura di), *Soft law in Governance and Regulation*, Cheltenham, 2004.

⁷³ 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*».

⁷⁴ 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*

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 dalle formali procedure di creazione 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 regolare⁷⁵ in una valorizzazione dell'osmosi tra pubblico e privato.

Anche sotto il profilo dei destinatari gli strumenti di diritto morbido si differenziano dalla più tradizionale forma di espressione di *hard law*, la legge; quest'ultima, in quanto generale e astratta, trova i propri interlocutori nella platea indistinta di soggetti coincidente con l'intera comunità. Al contrario, le forme di normatività morbida non si rivolgono al cittadino in quanto tale, bensì a soggetti che operano in specifici settori, i quali sono spesso coinvolti nel circolo normativo quali co-autori della norma stessa, attraverso quella ricezione del "diritto" dal basso che fonda il carattere riflessivo di tali forme giuridiche. Il loro coinvolgimento 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 e l'incessante evoluzione cui occorre far fronte, richiedono 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 nel campo delle nuove forme di normatività, non possiamo non imbatterci, accogliendo gli stimoli provenienti dalle scienze cognitive, nel

delle imprese e la responsabilità "da reato" degli enti. Il ruolo dei c.d. "codici etici", in Globalizzazione, responsabilità sociale delle imprese e modelli partecipativi, a cura di S. Scarponi, Trento, 2007, 215 ss; M. CAPUTO, La mano visibile. Codici etici e cultura d'impresa nell'imputazione della responsabilità degli enti, cit.

⁷⁵ Esempio ne sia la produzione di *soft law* da parte delle Autorità amministrative indipendenti le quali si atteggiavano 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.

concetto di *nudge*. Il termine è stato coniato all'interno della c.d. economia comportamentale, branca dell'economia 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 teorizzazione in esame si centra sul fatto che 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 innervano 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»⁷⁶. Si tratta, dunque, di una tecnica di governo non coercitiva, atta ad orientare il comportamento dei destinatari senza il ricorso a 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 sistema⁷⁷. Esso fa capo al c.d. paternalismo

⁷⁶ 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*, 9° ed., Firenze, 2019.

⁷⁷ 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 Kahneman e 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 – implica 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

libertario⁷⁸, 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* in grado di preservare 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 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*)⁷⁹. Il fenomeno ha suscitato l'interesse delle istituzioni europee⁸⁰ e del formante dottrinale, il quale ha da tempo iniziato ad esaminare le relazioni tra *nudging* e diritto nel contesto della legislazione sovranazionale⁸¹.

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.

⁷⁸ 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».

⁷⁹ 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 Monaghan*, in *Wikimedia*, https://commons.wikimedia.org/wiki/File:Cognitive_bias_codex_en.

⁸⁰ 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.

⁸¹ AA.VV., *Nudge and the Law. A European Perspective*, (a cura di A. Alemanno, A.L.

Anche nel nostro ordinamento si registra un crescente interesse verso la materia e un'attenzione ai corollari giuridici della psicologia cognitiva; soprattutto in ambito civilistico⁸² e, nello specifico, con riferimento alla materia dei contratti dei consumatori⁸³, al mercato finanziario, elettronico ed energetico, gli approfondimenti si fanno sempre più numerosi⁸⁴. Le politiche pubbliche di un numero crescente di Paesi hanno iniziato a sfruttare i risultati consegnati dalle scienze cognitive, adottando approcci comportamentali⁸⁵, i quali, secondo i loro sostenitori,

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.

⁸² AA. VV., *Oltre il soggetto razionale. Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato*, (a cura di G. Rojas Elgueta, N. Valdi), Roma, 2014.

⁸³ Particolare interesse suscita la rimessione alla CGUE, da parte del Consiglio di Stato, di cinque quesiti interpretativi diretti a lumeggiare, alla luce della teoria della c.d. "razionalità limitata", le nozioni di "consumatore medio" e di "pratica commerciale scorretta" di cui alla direttiva 2005/29/CE. V., Consiglio di Stato, sez. VI, ordinanza 10 ottobre 2022, n. 8650, in Foro it., 2022, III, 529 ss. con nota di C. BONA, N. BONINI, *Tutela del consumatore e nuovi paradigmi scientifici: scienze cognitive e neuroscienze varcano la soglia di palazzo Spada*. La Corte di Giustizia, pronunciandosi sul rinvio pregiudiziale, afferma che la nozione di "consumatore medio", ai sensi della direttiva 2005/29/CE, pur facendo riferimento a un consumatore normalmente informato nonché ragionevolmente attento ed avveduto, non esclude che la capacità decisionale di un individuo possa essere falsata da distorsioni cognitive. V. Corte di Giustizia dell'Unione europea, sez. V, 14 novembre 2024, C-646/22, *Compass Banca SpA*.

⁸⁴ 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.

⁸⁵ 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*

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 singolo⁸⁶.

Così sommariamente definito il funzionamento del *nudging*, e preso atto del crescente interesse che anche la letteratura giuridica ha dimostrato nei confronti di tale meccanismo di intervento, è necessario interrogarsi su quale sia la natura di simile strumento e se esso rientri o meno nel campo della normatività.

Sebbene i teorici che sostengono la validità della “spinta gentile” ne sottolineino il carattere post-ideologico, presentandola come strumento neutrale rispetto ai fini, fondato su evidenze empiriche e finalizzato all'efficacia delle misure regolative, taluno ravvisa ed evidenzia la matrice utilitaristica del *nudge*⁸⁷, che troverebbe conferma nella forte somiglianza di tale strumento con la “legislazione indiretta” teorizzata da Bentham⁸⁸.

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*.

⁸⁶ 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.

⁸⁷ 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.

⁸⁸ 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 ss.

La nozione di legislazione indiretta⁸⁹ 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»⁹⁰.

Il collegamento tra l'utilitarismo benthamiano e il neoliberalismo tipico delle società post-moderne è stato oggetto di numerose ricerche⁹¹, 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 complementarità e non di opposizione⁹². 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»⁹³, 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. Se 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.

⁸⁹ 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.

⁹⁰ M. BOZZO-REY, *Indirect Legislation: It is Just a Question of Time*, cit., 84.

⁹¹ C. LAVAL, "The Invisible Chain": *Jeremy Bentham and Neo-liberalism*, in *History Of European Ideas*, 43, 1, 2017, 34 ss.

⁹² 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.

⁹³ 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.

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 coercitivamente⁹⁴. Come è stato efficacemente sottolineato, in questo scenario «non c’è nessuna aperta opposizione tra Stato e individuo, potere e libertà, ma un 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»⁹⁵.

Interrogarsi sulla natura, giuridica o meno – e ancor prima normativa o non – del *nudge* implica di dover 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 artificiale⁹⁶.

⁹⁴ S. ENGELMANN, *Nudging Bentham: indirect legislation and (neo-)liberal politics*, in *History of European Ideas*, 43 (1), 2017, 70 ss.

⁹⁵ M. GALLETTI, S. VIDA, *Libertà vigilata. Una critica del paternalismo libertario*, cit. 299.

⁹⁶ 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 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. QUATROCOLO, *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.; M. PAPA, *Future crimes: intelligenza artificiale e rinnovamento del diritto penale*, in *Criminalia 2019*, 491 ss.; R. BORSARI, *Intelligenza artificiale e responsabilità penale: prime considerazioni*, in *Medialaws*, ora anche si *disCrimen*, 14 febbraio 2020; V. MANES, *L’oracolo algoritmico*

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 di influenzare il comportamento umano e determinarne la modificazione. 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 coercizione⁹⁷. Secondo alcuni 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 assecondarne le esigenze⁹⁸.

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

e la giustizia penale: al bivio tra tecnologia e tecnocrazia, in *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l’etica*, a cura di U. Rufolo, Milano, 2020; 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.

⁹⁷ 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 celebrare, 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 sette 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 (<https://behavioral-design.stanford.edu>). In argomento cfr. S.B. GRAM-HANSEN, 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.

⁹⁸ 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. B.C. HAN, *Le non cose. Come abbiamo smesso di vivere il reale*, Torino, 2022, riprendendo alcuni spunti già presenti in Id., *Psicopolitica*, cit.

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 di comunicazione sempre più efficaci, 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*⁹⁹. Con tale termine si intende indicare quello sforzo di traduzione dei principi giuridici dal linguaggio naturale, con il quale siamo abituati a concepire le norme, in linguaggio computazionale per il mezzo di requisiti tecnici e impostazioni di *default* che vadano ad 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 costruzione delle strutture informatiche, degli artefatti e dei processi della realtà sociotecnica in cui viviamo. Obiettivo ben riassunto dalla formula "*Code is Law*"¹⁰⁰.

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 sistema¹⁰¹.

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,

⁹⁹ 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.

¹⁰⁰ La formula è coniata da L. LESSING, *Code and Others Laws of Cyberspace*, 1999. Cfr. anche ID., *Code is law. On liberty in Cyberspace*, in *Harvard Magazine*, 2000.

¹⁰¹ 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.

quantomeno potenziale, tra regolante e regolato, tra volontà di chi pone il precepto e quella di chi lo riceve; una relazione che presuppone e al tempo stesso implica la possibilità del primo di disattenderlo e del secondo di attuarlo forzatamente. Pare invece scolorire il carattere deontico che dovrebbe caratterizzare 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 fulcro della norma sull'effetto da essa prodotto¹⁰²;

¹⁰² 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. Secondo G.

categoria, quella dell'effettività, che da sempre ricopre un ruolo ancillare rispetto 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 e «la differenza, logica e temporale, tra comando ed esecuzione, viene come assorbita nell'ininterrotta funzionalità dell'apparato»¹⁰³. 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*¹⁰⁴. In sostanza, non esiste più possibilità di scelta: la libertà coincide con la necessità. 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, aprono la riflessione al rapporto intercorrente tra diritto e architettura, dal quale può possono trarsi interessanti e utili spunti. Tale relazione si presenta come estremamente complessa¹⁰⁵. La regolamentazione dello

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

¹⁰³ 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».

¹⁰⁴ 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 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».

¹⁰⁵ 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

spazio, o meglio la regolamentazione per mezzo dello spazio, è spesso utilizzata tanto con funzione inclusiva che esclusiva¹⁰⁶. La complessa e interessante relazione tra le due discipline nasce e si fonda sul presupposto che lo spazio, in modo particolare quello antropizzato, non assuma mai un carattere “neutrale”¹⁰⁷; esso

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*, III, 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 impulsivista basato sulla preminenza dei desideri ed emozioni, per loro natura volatili e transitori, piuttosto che sulla duratura solidità delle ragioni.

¹⁰⁶ 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 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 “deflettori 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.

¹⁰⁷ 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.

interagisce con il diritto e insieme ad altre forme di regolamentazione, contribuisce, di fatto, a plasmare il comportamento di chi ne fa uso¹⁰⁸.

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 essa stessa la condotta desiderata¹⁰⁹. Si prenda come esempio quello di un muro di confine che delimita un'area, l'accesso alla quale si intende interdire. Appare necessario chiedersi quale sia, se esiste, il contenuto normativo di tale artefatto, ovvero, dove

¹⁰⁸ 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 da 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; A. CRAWFORD, K. EVANS, *Crime Prevention and Community Safety*, Oxford, 2017; 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*, cit.

¹⁰⁹ 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 “architetonici” al mondo della normatività.

risieda la norma stessa. 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 deontici¹¹⁰ – che abbiano una natura fisica – comprendere quale sia e dove risieda la componente normativa è elemento problematico, quando si fa riferimento alle strutturazioni tecnologiche la questione pare potersi risolvere 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.

Occorre domandarsi se, operando per mezzo di una relazione di necessità tra condotta ed effetto, la regolamentazione mediante architettura mantenga il carattere normativo. Secondo una condivisibile opinione, 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. 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 opportunità¹¹¹.

5. Dall’effettività come successo della norma...

Il percorso all’interno del vasto panorama delle emergenti forme di normatività porta ad interrogarsi su quale siano le peculiarità della loro struttura

¹¹⁰ 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. MANCINI, *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.

¹¹¹ A. ROSSATO, *Diritto e architettura nello spazio digitale. Il ruolo del software libero*, cit., 90.

normativa e quale il perno intorno al quale essa muove. Come si è cercato di mettere in evidenza, infatti, l'affievolimento delle caratteristiche prescrittive, sanzionatorie, imperative e l'utilizzo di *mezzi* differenti rispetto a quello del comando per giungere ad ottenere la conformità, sembrano far emergere la dimensione effettuale con un vigore ben maggiore rispetto a quello di che assume nelle ordinarie fonti normative.

Tralasciando la dettagliata elencazione di tutti i possibili significati che le parole “efficacia” e “effettività” possono assumere nel linguaggio giuridico – trattandosi di termini poliseno – l'elemento che accomuna le differenti accezioni è certamente il riferimento all'aspetto concreto delle norme, agli effetti cioè che esse producono o dovrebbero produrre¹¹².

Se guardata dal più ampio punto di vista delle scienze sociali, quella di effettività è una nozione empirica e misurabile che 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 certamente questo rientra, 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* la 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»¹¹³. L'effettività normativa, dunque, è una condizione necessaria ma non sufficiente per la vita della norma, sia a livello ordinamentale che a livello strettamente normativo.

Ad essa si lega il concetto di “obbedienza”, sul quale torneremo più avanti per analizzare il rinnovato interesse che tale categoria ha suscitato con riferimento alla norma penale. Come si è già messo in luce, l'atto del comandare, è da sempre legato all'espressione – linguistica¹¹⁴ o simbolica – di una volontà che trova nel destinatario un polo necessario il quale, comprendendo l'atto di comando, scelga di obbedirvi o meno.

¹¹² G. PINO, *Teoria analitica del diritto I. La norma*, cit., 108.

¹¹³ G. PINO, *Teoria analitica del diritto I. La norma*, cit., 108.

¹¹⁴ H. 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.

L'analisi e la ricostruzione etimologica della stessa parola *obbedienza*¹¹⁵ può rivelare il senso ultimo dell'atteggiamento di chi si trova a ricevere il 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 del precetto.

Quello che viene implicato dal comando è, appunto, un rapporto che tra autore e destinatario della norma a carattere dialogico che implica la libertà di quest'ultimo nella scelta se ottemperare o meno: 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»¹¹⁶. Laddove non vi sia la possibilità per il destinatario di scegliere, non vi può essere comando¹¹⁷.

Ed è proprio in tale struttura della norma come *dover essere*, dipendente, in fondo, dalla volontà di attuarne il contenuto da parte del destinatario stesso, che risiede la ragione per cui nella concezione kelseniana dell'ordinamento giuridico, effettività e normatività siano da considerarsi una coppia concettuale indissolubilmente annodata. Il momento dell'effettualità, che porta nel suo etimo il senso del portare a compimento, dipende, seguendolo, da quello della statuizione normativa che fa perno su ciò che non è ancora compiuto, sulla temporalità progettuale di comportamenti da influenzare, su quell'inizio a cui da avvio il comando. Così intesa, l'effettività rappresenta il successo della norma, il suo compimento per mezzo della fattuale attuazione da parte dei consociati.

La coppia concettuale progettare-ordinare ed effettuare, è sottoposta oggi ad

¹¹⁵ La parola deriva dal latino *obedientia*, 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.

¹¹⁶ N. IRTI, *Viaggio tra gli obbedienti*, cit., 56.

¹¹⁷ Si parla talvolta di "comando paradossale" per porre in luce l'irrazionalità di concepire un comando senza la possibilità di libera decisione. Esempio calzante 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.

una trazione profonda¹¹⁸. 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*»¹¹⁹. 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 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»¹²⁰.

Dunque, un ribaltamento dei poli della normatività che rende l'efficacia 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 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.

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 a favore di una rivalutazione della dimensione di effettiva conformità dei destinatari.

¹¹⁸ A. CATANIA, *Diritto positivo ed effettività*, Napoli, 2010, 9. Una mirabile sintesi del concetto di effettività *normativa*, del ruolo che essa ha assunto nell'odierno panorama giudico, 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*.

¹¹⁹ A. CATANIA, *Diritto positivo ed effettività*, cit., 10. V. anche ID., *Effettività e modelli normativi, Studi di filosofia del diritto*, Torino, 2018.

¹²⁰ A. CATANIA, *Diritto positivo ed effettività*, cit., 10.

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 non direttamente riconducibili al potere dello Stato, e che non presentano le caratteristiche di vincolatività e sanzionabilità.

Le “nuove fonti” si caratterizzano per il fatto di essere in grado, a prescindere dal loro carattere più o meno vincolante ed obbligatorio, di produrre effetti¹²¹. 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 tra i propri elementi quello della forza, è venuta assumendo ben altre forme. Essa rispondeva ad uno specifico modo di intendere il potere, di cui la validità costitutiva il criterio di legittimazione e il binomio comando-obbedienza il mezzo espressivo di quel modello disciplinare. Oggi se ne auspica da più fronti il superamento, spezzando il monismo causale tra mezzo e fine e prendo le porte ad una nozione di normatività – dal rinnovato baricentro– nel quale il registro imperativo comando-obbedienza non rappresenta che la minore variabile di una razionalità più complessa¹²².

¹²¹ 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.

¹²² 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

All'estremo opposto rispetto a quello dell'obbedienza come conseguenza del comando imperativo, si scorgono infatti forme di normatività che prescindono non solo da un'autentica componente sanzionatoria, bensì anche da un autonomo contenuto precettivo, il cui carattere normativo sembrerebbe far perno sul solo effetto conformativo prodotto. 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.

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 scolorisce il confine tra pensiero ordinante e azione esecutrice in una circolare «continuità tra soggetto, azione e realtà»¹²³.

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 essere*, ordinante di un *essere*, ordinato¹²⁴. 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. Stabilendo un dover essere, la norma giuridica si indirizza verso qualcosa che non è né necessario né impossibile, che può dunque accadere come non accadere. In definitiva ad un comportamento umano¹²⁵. Perché vi sia una norma occorre supporre la

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 l'autre», v. M. FOUCAULT, *La volontà de savoir*, Paris, 1976, 126 (trad. it. *La volontà di sapere*, Milano, 1976).

¹²³ P. NAPOLI, *Oltre l'obbedienza. Michel Foucault e le normatività*, cit., 315.

¹²⁴ 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 siano 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. V. HUME, *Trattato sulla natura umana*, vol. III, Londra, 1739; G. E. MOORE, *Principia Ethica*, Cambridge, 1903.

¹²⁵ 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

presenza di un modello normativo concreto e riconoscibile, rispetto al quale gli uomini possono (e possono non) adeguarsi: «occorre dunque un piano normativo che regoli e orienti i comportamenti»¹²⁶.

Tuttavia, inscrivere nell'ambito della normatività forme di ottenimento della conformità – come quelle che si sono menzionate a proposito della tecnologia o degli artefatti – significa separarla dal suo carattere deontico; la norma diventa esso stessa attuazione della regola che dovrebbe imporre e la distinzione tra essere e dover essere sfuma fino a coincidere¹²⁷. 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»¹²⁸ e «un mondo di effetti senza cause»¹²⁹.

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 nomiche 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.

¹²⁶ A. CATANIA, *Manuale di teoria generale del diritto*, cit., 119

¹²⁷ «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. JUNGHER, *La mobilitazione totale*, 1930, in *Foglie e pietre*, Milano, 121.

¹²⁸ 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).

¹²⁹ P. NAPOLI, *Oltre l'obbedienza. Michel Foucault e le normatività*, cit., 315

7. La riscoperta del valore dell'obbedienza, oltre la *struttura-comando*: l'effettività della norma penale e la valorizzazione della funzione comando

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 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.

Il tema porta a riflettere sul ruolo centrale che il destinatario della norma deve rivestire all'interno del rapporto con l'ordinamento. Un ruolo dato a lungo 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 tanto essenziale quanto indiscusso del fenomeno giuridico, oggi posto sotto i riflettori dalla presenza di strutture normative che ne prescindono e che individuando al tempo stesso il momento qualificante del fenomeno normativo nell'effetto (conformativo) che esso produce.

È chiaro come tanto la totale eliminazione della componente sanzionatoria, quanto il confinamento del destinatario al ruolo di mero esecutore siano fenomeni che non possono coinvolgere direttamente il diritto penale il quale, per un verso, è tale proprio per la previsione di una pena e al quale, per l'altro, viene chiesto di valorizzare e rafforzare il suo rapporto con il cittadino. Nondimeno, il dato che sembra potersi trarre dall'analisi condotta, e che si ritiene sia utile valorizzare anche con riferimento all'illecito penale, è quello dell'indebolimento delle strutture normative, al quale tuttavia non deve necessariamente corrispondere l'affievolimento del rapporto tra norma e destinatario; l'attenzione al momento precettivo, scisso da quello sanzionatorio, si rivela anzi di particolare importanza nella progettazione di un sistema normativo che aspiri a raggiungere gli obiettivi posti.

Sul punto occorre brevemente richiamare quanto detto *supra* circa il fine perseguito dal diritto penale, che non è confinato al castigo e alla repressione, e il ruolo della prevenzione generale. Esso rappresenta «una tecnologia normativa e operativa che fa parte delle risposte date dalla storia al problema della costruzione e difesa di una convivenza ordinata»¹³⁰, il cui suo scopo primario rimane quello dell'osservanza dei precetti. La minaccia di pena non costituisce la realizzazione del diritto punitivo, ma un meccanismo che ne assicura il rispetto. A differenza di

¹³⁰ D. PULITANÒ, *Responsabilità, osservanza, castigo*, in *Sistema penale*, 9 maggio 2021, 3.

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 attraverso il comportamento dei consociati che si astengono da compiere l'azione illecita descritta nella fattispecie.

Prendendo le mosse da questi assunti di fondo, si pone anche all'attenzione della riflessione penalistica il tema dell'effettività, bisognosa di un approfondimento che ne valorizzi la funzione autonoma e il ruolo svolto nella struttura della norma penale; si tratta, a ben vedere, di 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 traslazione del baricentro della normatività dalla statuizione all'effetto.

Tale caratteristica, intesa come capacità della norma di orientare il comportamento dei cittadini e implica un rapporto di adeguatezza causale tra mezzo impiegato e fine perseguito¹³¹,

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. Come anticipato, la condizione di disinteresse 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 funzionale della norma, complessivamente intesa.

Il tema è stato autorevolmente trattato tracciando la fondamentale partizione dell'effettività normativa da quella sanzionatoria. La prima riguarda la «validità funzionalistica della norma incriminatrice»¹³² e cioè l'attitudine ad indirizzare il comportamento dei destinatari assicurando così una diffusa osservanza dei precetti, misurabile misura sullo scarto tra *dover essere* perseguito ed *essere* ottenuto.

Il concetto deve essere tenuto distinto da quello di efficacia *sanzionatoria*, teso a misurare il grado di applicazione della conseguenza sanzionatoria a seguito della violazione della norma-precetto. 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 «è raggiunta *quantomeno e al più*

¹³¹ C.E. PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 434.

¹³² Il riferimento, in termine 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 la situazione di dovere perseguita: in altri termini, sulla capacità delle norme penali di ottenere l'osservanza dai consociati, di orientare le condotte, 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.

tardi se la sanzione è applicata con piena regolarità alle trasgressioni»¹³³, 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»¹³⁴. Come già detto, infatti, 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 sanzione¹³⁵.

Così intesa, l'effettività diviene criterio direttivo per il legislatore e al tempo stesso vincolo di legittimazione delle norme penali, i cui costi, umani ed economici, sono giustificabili – e dunque legittimi – nella misura in cui si possa verificare, seppur con tutti i limiti di una simile indagine, che esse «producano risultati effettivi nel loro intento di modificare la realtà»¹³⁶: che il mezzo, cioè, sia adeguato al fine¹³⁷. Dunque, una legge penale configurata alla stregua di tale modello di legislazione si caratterizza, a priori, per la trasparenza dello scopo e l'accettabilità del mezzo e, a posteriori, per la congruenza del risultato ottenuto rispetto al fine perseguito¹³⁸.

In questa direzione muove, pur cautamente, il legislatore con la recente introduzione, ad opera del d.p.c.m. n. 169 del 2017, degli istituti dell'analisi di impatto della regolamentazione (AIR) e della successiva verifica di impatto della regolamentazione (VIR) strumenti che, inverando un «approccio circolare alla regolamentazione» (art. 2), dovrebbero concorrere a migliorare la qualità del processo normativo. In particolare, i due istituti impongono lo svolgimento di una valutazione empirica – rispettivamente prognostica e diagnostica – circa l'incidenza dell'intervento normativo in termini di libertà e conoscibilità delle norme, il suo impatto economico e sociale. L'analisi preventiva, in particolare, viene condotta individuando e comparando opzioni di regolamentazione alternative, e valutando la fattibilità e gli effetti previsti, mentre alla verifica successiva è affidato il compito di pronunciarsi sulla perdurante utilità, efficacia ed efficienza delle norme vigenti.

Tale previsione sembra aprire uno spiraglio sulla necessità di una *motivazione della legge*¹³⁹ e costituisce secondo taluno «la premessa epistemologica e politica

¹³³ Così, C.E. PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale*, cit., 497

¹³⁴ C.E. PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale*, cit., 497.

¹³⁵ T. GRECO, *La legge della fiducia*, cit., 89.

¹³⁶ F. PALAZZO, F. VIGANÒ, *Diritto penale. Una conversazione*, cit., 164.

¹³⁷ C.E. PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale*, cit., 434. Con riferimento alla razionalità che riguarda la relazione tra mezzi e risultando, cfr. F. MANTOVANI, *Il problema della criminalità. Compendio di scienze criminali*, Padova, 1984, 6 ss.

¹³⁸ C.E. PALIERO, *Il principio di effettività*, cit., 502.

¹³⁹ Il tema della motivazione della legge è stato affrontato in alcuni studi che si collocano

per assicurare alla riserva di legge [...] una dimensione sostanziale»¹⁴⁰ che trova il proprio perno sul rafforzamento della razionalità degli interventi normativi e che consentirebbe al legislatore prima, e alla Corte costituzionale poi¹⁴¹, di valutare la congruenza dell'intervento normativo con i principi di sussidiarietà e di effettività che dovrebbero guidare un diritto penale che aspiri ad essere modello di comportamento e non metodo ascrittivo di responsabilità.

Estratta dal perimetro conchiuso della prevenzione generale – nella quale, come si è detto, è stata da sempre confinata –, l'obbedienza vede rafforzato il proprio ruolo di *effetto* perseguito dalla norma e valorizza il rapporto della fattispecie con il suo destinatario, lasciando così scoperti i gangli vitali del funzionamento normativo e reclamando un autonomo spazio nella struttura della stessa.

nel periodo pre-repubblicano e in quello immediatamente seguente l'entrata in vigore della Carta costituzionale; poi rimasto sottaciuto per molto tempo, esso ha suscitato un rinnovato – seppur limitato – interesse in dottrina a seguito della riforma del Titolo V. In tema, v. V. CRISAFULLI, *Sulla motivazione degli atti legislativi*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1937, 415 ss.; C. MORTATI, *Sull'eccesso di potere legislativo*, in *Giur. it.*, 1949, 457 ss. Da ultimo, F. FERRARO, S. ZORZETTO (a cura di), *La motivazione delle leggi*, cit.

¹⁴⁰ M. DONINI, *Diritto penale. Parte generale*, I, Milano, 2024, 577.

¹⁴¹ L'ipotesi avanzata è quella secondo cui la Corte costituzionale potrebbe essere chiamata a giudicare la norma penale e il rispetto della riserva di legge e della ragionevolezza alla luce di tutti quei saperi tecnici (verifica degli scopi dichiarati, sapere ermeneutico, dati statistici, informazioni sull'effettività delle incriminazioni o degli strumenti extrapenalici di prevenzione e tutela, ecc.) che il legislatore dovrebbe tenere in considerazione nella costruzione di interventi normativi. La concretizzazione di quei parametri, in questa prospettiva, dovrebbe essere fornita da una scienza della legislazione ben più avanzata di quella odierna. Sul punto, DONINI M., *Diritto penale. Parte generale*, cit., 848-850.

Capitolo quarto

Dal comando alla *compliance*.

Verso nuovi modelli di integrazione tra la funzione e la struttura del precetto penale

1. La crisi della *struttura-comando* nella norma penale

Alla domanda su quale sia il miglior modo per orientare le condotte dei consociati la storia del diritto – e certamente quella del diritto penale – ha tradizionalmente risposto con il paradigma normativo del “comando e controllo” (*Command and Control*), imperniato sull’imposizione di precetti la cui violazione viene seguita da un comparto sanzionatorio. Si tratta, in definitiva, della definizione di standard comportamentali – siano essi formalizzati nella forma del comando positivo ovvero del divieto – ai quali è associato un meccanismo di minaccia di una conseguenza negativa con la precipua funzione di disincentivare la violazione di quanto prescritto.

Il modello imperniato sul comando ha nel tempo attratto su di sé numerose critiche che ne hanno eroso la centralità; i numerosi fattori che ne hanno intaccato la funzionalità hanno poi condotto alla regressione del modello stesso e alla sua sostituzione quale principale strumento di regolazione sociale.

Le cause della crisi del modello sono molteplici. La norma di comando, per come tradizionalmente concepita, è generale e astratta e si rivolge cioè ad una pluralità indistinta 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 tramite il coinvolgimento di una pluralità di soggetti.

Alla “genericità” del precetto si accompagna, poi, la sua fissità, che si scontra con la crescente complessità delle situazioni fattuali da regolare. Il tempo necessario al legislatore per individuare e selezionare le diverse esigenze e le modalità di intervento si scontra con l’estremo dinamismo della società postmoderna, i cui tempi sono inarrestabili. A ben vedere, poi, il carattere in esame riguarda anche la norma stessa e il modello di azione preso in considerazione: essa riflette un’immagine statica, un fotogramma della volontà che sorregge l’agito umano il quale, tuttavia, è sottoposto a modificazioni di carattere diacronico che possono essere “gestite” solo attraverso meccanismi normativi che di tale diacronicità tengano conto¹.

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. Di fianco a simili fattori di criticità, il progressivo radicamento dell’idea secondo cui il ricorso a strutture normative e organizzative differenti rispetto al tradizionale binomio comando-controllo risulti in taluni contesti maggiormente efficace ed effettivo.

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, si presenta nel diritto penale come una tendenza dal carattere minimo e del tutto surrettizio. Sebbene i principi che regolano la materia – in primo luogo il *nullum crimen sine poena* – impediscano di immaginare un diritto penale che rinunci del tutto alla propria componente afflittiva, nondimeno in alcuni peculiari ambiti della penalità emerge la propensione a incentivare l’obbedienza spontanea al precetto, favorendola anche al “costo” della rinuncia alla pena. Il rapporto di interdipendenza tra comando, sua violazione, e pena, inizia a vacillare sotto il peso di fattori che influenzano entrambi i poli del binomio. Seppur limitatamente ad alcuni specifici ambiti, dal carattere altamente tecnico, anche nel diritto penale si assiste ad un mutamento di entrambi questi contenuti, tanto nella loro individualità quanto nel reciproco rapportarsi, che si riflette sulla struttura della norma penale e sul suo funzionamento.

I due poli, si noti, trainano in direzioni talvolta opposte.

Da una parte, al precetto è richiesto di accentuare le proprie componenti

¹ Cfr. J.M. SILVA SÀNCHEZ, *Behavioral Compliance...y Scopus*, in *InDret*, 1, 2022, il quale ricorre alla felice metafora di Ulisse e delle sirene per evidenziare le peculiarità che, sotto questo profilo, distinguono i meccanismi normativi di prevenzione da quelli incentrati unicamente sul comando.

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 distende sul procedimento.

Dall'altra parte si pone la trasformazione del ruolo della sanzione e il crescente utilizzo di istituti a carattere premiale, se non di vero e proprio diritto negoziato all'interno del processo. Si tratta di un uso eterodosso della pena, la quale, dall'essere l'ineludibile conseguenza della colpevole violazione del precetto, diviene talvolta parte di un meccanismo di incentivazione ed una "moneta" spendibile per l'ottenimento di comportamenti secondari, diversi e successivi.

La descritta mutazione del ruolo del precetto e della sanzione si intreccia o determina, almeno in parte, la metamorfosi del comando penale, che risente di quella tendenza, comune a tutto il fenomeno giuridico, ad accentuare le valenze comunicative, rendendosi un prodotto "aperto" che si declina secondo la logica della possibilità e non solo del dovere.

1.1. Dalla struttura-comando alla *compliance*

Si è detto come la funzione-comando e la struttura-comando della norma incriminatrice non siano più oggi in perfetta sintonia: ciò non dipende tanto dal fatto che la norma penale non sia più strutturata (o strutturabile) come comando, bensì dalla circostanza per cui il lineare rapporto *precetto-violazione-sanzione* si presenta talora – sebbene limitatamente ad alcuni sotto-settori della disciplina – inadeguato nel rispetto delle garanzie che rappresentano il substrato assiologico della funzione comando.

Tenendo ferma, in premessa, la riflessione relativa ai mezzi di espressione del potere, potrebbe avanzarsi l'idea che il mutamento dei caratteri della fattispecie – dalla forma dei suoi elementi precettivi, al meccanismo di funzionamento e infine alla pena – possa ricollegarsi, anche solo parzialmente, al mutamento delle forme di potere. Una modifica a sua volta riconducibile a quella che investe continuamente, nel fluire della storia, le società². 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 sviluppo modalità 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, intesa

² 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 *Sist. pen.*, 9 novembre 2020, 3.

non solo come verifica empirica dell'effettivo rispetto del comando posto, implicante dunque lo studio dei meccanismi di *enforcement* delle regole. Piuttosto, il problema non è quello di indurre con mezzi coercitivi l'adesione a un imperativo o a una norma, bensì di predisporre le condizioni che portano il soggetto a conformarsi spontaneamente al precetto.

È proprio in questo iato che si coglie la distinzione tra obbedienza e *compliance*. Il fine è pur sempre 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 indotta da 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, del ruolo della sua forza coercitiva, e investe, infine, l'essenza stessa della norma penale³. 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*»⁴.

Scolorendo le componenti schiettamente sanzionatorie, legate al puro esercizio della forza, si rinvigoriscono le caratteristiche legate all'ambizione del diritto di poter motivare, prima che attuare⁵. Per l'effetto, dal meccanismo del *command and control* si vira verso 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.

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 infatti 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 all'adozione di meccanismi di adeguamento alle prescrizioni poste dall'ordinamento; l'analisi dei criteri di legittimità dell'intervento normativo consente di porre in luce la specificità del fenomeno, consistente nel ruolo chiave accordato agli attori privati.

³ S. MANACORDA, *La dinamica dei programmi di compliance aziendale*, cit., 474.

⁴ Così A. BERNARDI, *Sui rapporti tra diritto penale e soft law*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 543 che nella parte riportata tra virgolette cita M. VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, 2007, 274, 275.

⁵ Sul punto, L. EUSEBI, *L'obbedienza come valore*, in *Criminalia 2021*, 96, 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'analisi dei meccanismi di *compliance* penalistica o punitiva fa infatti emergere una dinamica normativa che conduce ad un cambiamento di paradigma della struttura dell'intervento punitivo nel quale i privati – le imprese, in particolare – sono al tempo stesso fonte e destinatario della norma, mentre allo Stato rimane il ruolo di «regolatore dell'autoregolazione»⁶. Mentre nel modello tradizionale le funzioni di comando e di controllo sono di esclusiva competenza pubblica, 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»⁷.

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 conformi 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 attuando modelli di *compliance* più severi e restrittivi.

Questo primo inquadramento si concentra dunque sulle fonti, sul ruolo assunto dagli “agenti privati economici” nel campo della regolazione e sul posizionamento dello Stato rispetto a tale fenomeno, intrecciandosi 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, ed è proprio a questa sua flessibilità e ambiguità semantica, in grado di accogliere le tante anime che in essa convivono, che deve probabilmente il suo successo⁸. Assumendo un punto di osservazione differente, che prescindia 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, esso – pur letteralmente traducibile come *conformità* – non si limita ad indicare l'obiettivo che ogni ordinamento persegue attraverso la predisposizione di norme, che non varrebbe a distinguere il modello in esame da quello incentrato sulla struttura del comando. Al contrario l'attenzione è concentrata sul *mezzo* attraverso il quale tale conformità viene raggiunta, presentandosi come paradigma alternativo di costruzione della norma giuridica e dei sistemi normativi, volti ad orientare le condotte dei consociati⁹.

⁶ S. MANACORDA, *La dinamica dei programmi di compliance aziendale*, cit., 477.

⁷ S. MANACORDA, *La dinamica dei programmi di compliance aziendale*, cit., 476.

⁸ G.M.G. PRESTI, *What We Talk About When We Talk About Compliance*, in S. Manacorda, F. Centonze (eds.), *Corporate Compliance on a Global Scale. Legitimacy and Effectiveness*, 25 ss.

⁹ 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 *Sist. pen.*, 11 gennaio 2022.

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. 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.

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. L'affievolimento del carattere imperativo della norma non passa, infatti, dall'eliminazione della previsione di pena; è piuttosto la "meccanica" della norma a variare, le cui componenti – che pur rimangono presenti – subiscono una torsione che conduce al mutamento della struttura e del funzionamento della 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'ineluttabile consequenzialità.

Talvolta, il momento della violazione, e della sua (mancata) sanzione rappresenta infatti un nuovo momento precettivo, maggiormente individualizzato, dando vita ad un circolo continuo tra precetto e sanzione che rimanda indiscutibilmente alla struttura della *compliance*¹⁰. La perfetta sovrapposizione tra risposta al reato e pena viene separandosi, intervallata da meccanismi premiali con funzione esortativa che nascono in connubio con la norma stessa, progettata *ab origine* per non essere "sanzionata" (*rectius*: applicata). La pena si presenta in questi casi come il fallimento della norma e non la sua "fisiologica" realizzazione¹¹.

Evidenti le assonanze con il citato modello di *Responsive Regulation* i cui caratteri vengono riproducendosi all'interno della struttura stessa della norma penale. Si rinviene infatti una gradualità interna alla stessa norma penale, che dal precetto non conduce inevitabilmente alla sanzione ma si articola in una scalarità che non raramente implica la riproposizione del precetto violato, affiancato da meccanismi di influenza che inducono all'osservanza (pur postuma) dello stesso. La sanzione non viene meno, ma si staglia sullo sfondo quale conseguenza ultima della reiterazione di comportamenti inosservanti.

¹⁰ 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.

¹¹ M. DONINI, *Compliance, negozialità e riparazione dell'offesa nei reati economici*, cit., 593.

Dunque, la struttura e, con essa, la funzione della norma sembrano modificarsi. Si modifica il mezzo¹² e si modifica il ruolo svolto dalla norma nella sua componente orientativa.

Un simile approccio sembra riportare in primo piano il ruolo che alla politica criminale dovrebbe essere riconosciuto nella progettazione e nella gestione della questione criminologica prima e penale poi¹³. In tal senso si pone rimedio all'idea che il compito di prevenire la criminalità passi unicamente per mezzo della sanzione, valorizzando piuttosto il ruolo che il diritto penale può assicurare nella progettazione della stessa prevenzione, attività che impone una preliminare presa di distanza dall'aprioristico assunto circa la specifica attitudine preventiva del modello tradizionale¹⁴.

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 poggia la sanzione penale e che sono tra loro in evidente contraddizione.

Da una parte, infatti, la punizione si rivela essere sempre più «una passione contemporanea»¹⁵. Il ricorso alla pena 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»¹⁶, ai cui istinti vendicativi è stata messa a servizio la «semplificazione retributiva»¹⁷

¹² 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».

¹³ 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 *Ius17*, 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).

¹⁴ 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.

¹⁵ D. FASSIN, *Punire. Una passione contemporanea*, Milano, 2018.

¹⁶ G. FORTI, *L'immane concretezza*, cit., 252 ss.

¹⁷ I. MARCHETTI, C. MAZZUCCATO, *La pena 'in castigo'. Un'analisi critica su regole e sanzioni*, cit., 49.

dello strumento penale; il punto di osservazione del diritto penale si è a tal punto identificato con quello della persona in carne ed ossa, in un'«indebita assimilazione fra *ragione di giustizia e ragione di parte*»¹⁸, 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 declinazioni più afflittive, nascono con la funzione di razionalizzare tali istanze, e non di accondiscendervi. L'intero concetto di pena, in passato poggiato sul tripode polifunzionale della retribuzione, prevenzione generale e speciale¹⁹, si è fatto invece modello *poliedrico*²⁰. Alle redistribuzioni interne degli originari elementi di cui essa era composta, 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 della componente punitive con elementi provenienti da altri settori sanzionatori. Il riferimento è al crescente numero di obblighi ripristinatori o reintegratori che affiancano la punizione, ponendo talvolta non pochi problemi in punto di violazione del *ne bis in idem*²¹.

Dall'altra parte, in una direzione opposta sembra andare 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. 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. La categoria della (non) punibilità²², alla quale si fa riferimento, è stata ritenuta difatti, terreno di coltura dei più interessanti segnali di evoluzione del diritto punitivo²³, tanto da aver originato una profonda riflessione sul ruolo ricoperto dalla stessa rispetto alla struttura normativa del reato.

¹⁸ F. SGUBBI, *Diritto penale totale*, Bologna, 2019, 31.

¹⁹ 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.

²⁰ Per una magistrale sintesi del percorso evolutivo del paradigma della pena v. F. PALAZZO, F. VIGANÒ, *Diritto penale. Una conversazione*, cit., 105 ss.

²¹ M. DONINI, *Septies in idem. Dalla «materia penale» alla proporzione delle pene multiple nei modelli Italiano ed europeo*, in *Cass. Pen.*, 2018, 2284 ss. Per uno studio, ad ampio spettro, v. F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive*

²² Per un panorama generale sulla punibilità, G. VASSALLI, voce *Cause di non punibilità*, in *Enc. dir.*, VI, 1960, 609 ss.; T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze. "Premio" e "corrispettivo" nella dinamica della punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, 398 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. Profili della dissociazione tra reato e pena*, Milano, 1998; G. DE FRANCESCO, *Punibilità*, Torino, 2016.

²³ In tal senso, v. C. PIERGALLINI, *Pene "private" e prevenzione penale: anticresi o sincrasi?*, in *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, a cura di C.E. Paliero, F. Viganò, F. Basile, G.L. Gatta, Milano, 2018

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»²⁴, ed è correlata all'ampia e radicale disputa intorno all'indisolubilità della correlazione tra precetto e sanzione e intorno agli stessi caratteri della norma giuridica. Come si è già avuto modo di evidenziare, infatti, nella teoria kelseniana il carattere giuridico della norma 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»²⁵.

Nondimeno – prescindendo in questa sede dal ruolo che alla categoria della punibilità debba assegnarsi all'interno della teoria del reato²⁶ – è indubbio che il

²⁴ G. VASSALLI, voce *Cause di non punibilità*, cit., 612 ss.

²⁵ Sottolinea G. VASSALLI, voce *Cause di non punibilità*, cit., come in quest'ottica ben diversamente si atteggiavano 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 verificazione 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.

²⁶ Le concezioni che inseriscono 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, anti giuridicità e colpevolezza debbano essere integrati da componenti di apprezzamento “assiologico”, coincidenti con la meritevolezza o il bisogno di pena. Per tutti, v. C. ROXIN, *Antigiuridicità e cause di giustificazione*, Napoli, 1996, 112 ss. La posizione in esame 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: così 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, anti giuridico e colpevole, si aggiungano ulteriori condizioni destinate a creare uno spazio per ulteriori valutazioni politico-legislative influenti sull'esistenza stessa del reato: ora nel senso di fondarne la punizione, ora nel senso di escluderne la dimensione punitiva. In questo senso cfr. 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 *Punibilità e pene*, a cura di G. Cocco, E.M. Ambrosetti, Padova, 2015, 111 ss. Evidenzia G. DE FRANCESCO, *Punibilità*, cit., 4, come entrambe le prospettive condividano «l'intento di ‘convogliare’ la punibilità all'interno del reato, [...] al fine di evitare che

legislatore ne faccia un uso ormai frequente, sviluppandone le potenzialità alla stregua di un elemento autonomo, tanto da renderla lo strumento tra i «più usati [...] per perseguire gli obiettivi politici e sul quale [egli] ripone un affidamento probabilmente spesso più convinto di quanto non avvenga con l'abusatissimo ricorso allo strumento sanzionatorio»²⁷.

Si assiste, insomma, ad una moltiplicazione dei momenti di “cesura” tra reato e pena, e ad una gestione sempre più libera da parte degli iati che vengono così a crearsi. Già da tempo si registrano nel nostro ordinamento ipotesi di valorizzazione del comportamento tenuto dall'agente successivamente al *factum criminis* – dentro e fuori dal processo – che condizionano qualitativamente e quantitativamente il momento punitivo; cui si affiancano, sempre più numerose, ipotesi nelle quali al fatto non consegue una sanzione.

Secondo una parte della dottrina, 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 una certa negoziabilità della potestà punitiva²⁸, di una “contrattualizzazione” del diritto penale estranea alla tradizione giuridica di molti ordinamenti. Si evidenzia altresì 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 in seguito al 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 – siano a tutti gli effetti degli 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 penale²⁹.

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».

²⁷ F. PALAZZO, *La non-punibilità: una buona carta da giocare oculatamente*, in *Sist. pen.*, 19 dicembre 2019.

²⁸ Riconduce la premialità al versante “sostanziale” della negozialità, FEDERICO MAZZACUVA, *L'ente premiato. Il diritto punitivo nell'era delle negoziazioni: l'esperienza angloamericana e le prospettive di riforma*, Milano, 2020, 26.

²⁹ Sul punto v. F. CENTONZE, *Public-Privat Partnerships and Agency Problems: The Use of Incentives*, in *Preventing corporate corruption*, 43 ss.

Come da tempo sottolineato, il modello fondato sulla pena, sia quello di matrice retribuzionistica pura sia quello della prevenzione negativa, «implocono in un punto: recano entrambi l'impronta della pena, la coazione, l'afflittività e la forza violenta»³⁰. Al modello repressivo³¹, sembra affiancarsene uno di stampo dialogico-consensuale, fondato su di un più stretto rapporto tra la norma, nella sua componente precettiva, e il destinatario della stessa. In questo secondo scenario, il modello dialogico-consensuale, che trova il suo perno proprio nella volontaria adesione del destinatario al contenuto precettivo, è in grado di innescare dinamiche motivazionali a sostegno di libere scelte conformi.

Riemerge allora il più ampio tema del rapporto tra diritto penale e consenso, che dagli interrogativi circa il ruolo svolto da quest'ultimo rispetto alla fattispecie³² quale elemento "esterno" alla stessa da cui trarre legittimazione, si estende a quale risultato sia «nella realtà, funzionale il consenso sviluppato ed elaborato all'interno del circuito normativo»³³. Difatti, se esso deve 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 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»³⁴.

³⁰ C. MAZZUCATO, *Giustizia esemplare. Interlocuzione con il precetto penale e spunti di politica criminale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, 409.

³¹ 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 neo-retribuzione, la deterrenza e la neutralizzazione (cioè le "vecchie" teorie *assolute* e le componenti *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».

³² Fondamentale sul punto, C.E. PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, cit., 849 ss.

³³ C.E. PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, cit., 904.

³⁴ 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

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, 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 una variegata tipologia di strumenti normativi, il comando penale sta subendo un mutamento che rimane interno alla sua struttura, che riguarda le sue componenti e il suo funzionamento.

2.1. Il diritto penale premiale come diritto esortativo

Per quanto le dinamiche nelle quali la (non) punibilità è attualmente inserita la connotino con i tratti della novità, la storia del diritto premiale è assai risalente nel tempo. Prima di attraversare la fase della loro “degiuridicizzazione” che, nel medioevo, le ha relegate ad eccezioni sporadiche e disordinate, le misure premiali appartenevano ad un sistema articolato e composito, talvolta più razionale e complesso di quello riferito ai meccanismi sanzionatorio-punitivi³⁵.

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 avesse tenuto un comportamento virtuoso³⁶. Al contrario il “diritto penale premiale” come oggi conosciuto fa riferimento alle ipotesi in cui la norma penale incentivi il soggetto, seppur a seguito della commissione dell’illecito, a tenere comportamenti contro-offensivi volti al recupero del bene giuridico leso e, come si vedrà, in consonanza

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.

³⁵ 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, castrensis* 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.

³⁶ FEDERICO MAZZACUVA, *L’ente premiato. Il diritto punitivo nell’era delle negoziazioni: l’esperienza angloamericana e le prospettive di riforma*, cit., 53.

con il precetto positivo posto dalla norma stessa; in cambio, esso prospetta una mitigazione della sanzione o, più radicalmente, la sua elisione³⁷.

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 e mira a scoraggiare, mediante minaccia, azioni che l’ordinamento ha interesse che non si producano. Al contrario, i premi mal si confanno a garantire l’inerzia quanto piuttosto l’incentivazione di comportamenti attivi e, dunque, si presentano ben più idonei a sostenere la funzione promozionale del diritto che tende a perseguire lo sviluppo della società umana.

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 riporta al rilievo, sviluppato in precedenza, secondo cui il divieto – quale comando negativo, di astensione – è una forma espressiva sempre meno idonea a regolare la complessità del reale³⁸.

Nello Stato democratico post-moderno, e dunque nei sistemi normativi che ne esprimono le esigenze, accanto alla tecnica dell’intimidazione-scoraggiamento va acquistando sempre maggiore importanza la tecnica dell’incoraggiamento³⁹, 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”⁴⁰, per il quale, in seguito alla commissione del fatto prende avvio un sistema dalla duplice faccia, l’una premiale e l’altra punitiva, che pone il soggetto davanti alla scelta di aderire, seppur successivamente alla violazione, al precetto per come inverato e concretizzato dalle prescrizioni cui è, eventualmente, condizionato il premio, oppure proseguire andando incontro alla sanzione. Il

³⁷ Sempre attuali le parole di F. BRICOLA, *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, in AA. VV., *Diritto premiale e sistema penale*, Milano, 1983, 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 affittivo 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 anti-tetico rispetto a quello manifestato nella condotta criminosa».

³⁸ V. Cap. 2, par. 7.

³⁹ N. BOBBIO, voce *Sanzione*, in *Noviss. Dig. it.*, XVI, Torino, 1976, 533.

⁴⁰ L’espressione è coniata da R. BARTOLI, *Dal paradigma punitivo reattivo al paradigma punitivo reattivo-premiale. Secondo studio per un affresco*, in *Sist. pen.*, 29 marzo 2021.

soggetto si trova nuovamente di fronte alla norma, di fronte al bivio tra consolidare la sua posizione contraria all'ordinamento o rivedere la scelta fatta in precedenza.

Combinando l'esigenza di salvaguardare, pur *in extremis*, il bene giuridico oggetto di tutela con il recupero «della disponibilità del soggetto [...] ad agire secondo logiche significative per la tutela degli stessi beni aggrediti»⁴¹, la logica che modella tale paradigma sembra in grado coniugare la finalità premiale della (non) punibilità con quella promozionale tipicamente perseguita dal precetto.

Che tale paradigma reattivo-premiale sia in continua espansione è un dato di realtà: la sua estensione ha raggiunto la parte generale del codice innervando il sistema penale tradizionale con l'introduzione di istituti quali l'oblazione (162 e 162-*bis* c.p.), l'estinzione del reato per condotte riparatorie (162-*ter*) e la messa alla prova (168-*bis* c.p.). 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) e oggi, dopo la riforma Cartabia, l'ambito della sicurezza agroalimentare con la previsione di prescrizioni agroalimentari idonee ad estinguere le contravvenzioni accertate (artt. 12-*ter* l. 283/1962)⁴². Infine, vi si possono far rientrare le condotte riparatorie che, in ambito tributario, permettono l'estinzione di alcune ipotesi di 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 di fronte alla scelta tra adempiervi, e ricevere il premio consistente nella mancata sottoposizione a pena per l'illecito precedentemente commesso, ovvero non dare seguito alla richiesta e andare così incontro alle conseguenze punitive. 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 “sorregga” anche tale segmento premiale. Ciò che si vuol mettere in evidenza, al contrario, è che, seppur le norme punitive e quelle premiali

⁴¹ L.EUSEBI, *Forme e problemi della premialità nel diritto penale*, in *Studium Iuris*, 2001, 275. Pur in un'ottica complessivamente critica, T. PADOVANI, *Il nuovo volto del diritto penale del lavoro*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 4, 1996, 1157 ss. afferma che in ambiti come la sicurezza sul lavoro e la tutela dell'ambiente “si tratta di ricercare percorsi diretti all'effettività dell'osservanza, sua pur tardiva, che viene ricercata anche al momento dell'accertata inosservanza e privilegiata rispetto alla sua repressione pura e semplice».

⁴² Per un'approfondita analisi, v. F. DIAMANTI, *Diritto penale alimentare e tecnica legislativa*, Torino, 2024.

sembrano coincidere sul versante contenutistico – distinguendosi unicamente per il segno “più” o il segno “meno” di fronte ad esso – il meccanismo con il quale le stesse funzionano appare profondamente differente.

La pena infatti può essere inflitta coercitivamente, ed anzi questo è il suo tratto caratteristico; al contrario, la logica premiale funziona unicamente per mezzo del consenso del soggetto che, desideroso di ottenere il “premio”, si adopera nel senso richiesto. Da questa angolatura, non è quindi del tutto condivisibile l’opinione dottrinale che vuol ricondurre sotto il medesimo concetto di sanzione sia le conseguenze negative che quelle positive, almeno sotto il profilo della struttura normativa che viene a crearsi⁴³.

Non è, infatti, tanto il carattere afflittivo o premiale a distinguerle, bensì il meccanismo che esse attivano a risultare del tutto diverso. 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 sua condizione ma, poiché così facendo non pone alcun obbligo in capo allo stesso bensì unicamente un onere, l’ottenimento del comportamento che ne forma oggetto passa necessariamente per il consenso e la cooperazione del destinatario sul quale opera la motivazione del premio e non la paura della minaccia (la quale, essendovi stata già la violazione, ha evidentemente fallito).

Questo tratto è stato ben messo in evidenza da quella parte della dottrina che ha definito il diritto premiale come «diritto esortativo»⁴⁴, così mettendo in luce come il discrimine con il diritto sanzionatorio alligni proprio nel differente funzionamento dei meccanismi motivazionali delle norme strutturate secondo i due paradigmi.

La norma penale infatti pone un vero e proprio obbligo, prescrivendo l’astensione da un’azione e sanzionandone la violazione; al contrario la norma premiale non impone alcun obbligo, ma si limita 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 general-preventivo di carattere positivo. In questo senso il “nuovo” diritto reattivo-premiale si distingue 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* secondo la declinazione che di essa si è data *supra*. Il perno intorno al quale ruota la costruzione

⁴³ N. BOBBIO, voce *Sanzione*, in *Noviss. Dig. it., cit.*; ID., *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, cit.

⁴⁴ M. PISANI, *Diritto premiale e sistema penale: rapporti e intersezioni*, in AA. VV., *Diritto premiale e sistema penale*, cit., 36; F. BRICOLA, *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, *ivi*, 124.

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 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* che si ponga in continuità valoriale con il contenuto precettivo della norma, trova un primordiale prototipo nei modelli di tutela di tipo ingiunzionale.

Essi, com'è noto, si fondano sull'emanazione di un provvedimento da parte dell'autorità amministrativa contenente specifiche prescrizioni a carattere particolare spesso accompagnate da adempimenti riparatori volti all'eliminazione dei 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 violazioni⁴⁵.

Particolarmente diffusa nei sistemi anglo-americani, se ne rinvencono alcune ipotesi anche all'interno del nostro ordinamento. Un esempio si ritrova 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

⁴⁵ G. ROTOLO, *Riconoscibilità del precetto e modelli innovativi di tutela*, cit., 238. *L'injunction* secondo C. PEDRAZZI, *Odiarne esigenze 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».

degli illeciti penali in conseguenza dell'adesione del reo alle prescrizioni a contenuto ripristinatorio emanate dall'amministrazione, sulle quali si tornerà.

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 disponibilità (o valorizzando gli ambiti di non cessata disponibilità), il quale viene indotto ad agire secondo logiche significative per la tutela, benchè 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, ampliando così il novero delle tipologie di pena applicabili in sede di condanna⁴⁶. Sebbene la riforma abbia poi abbandonato l'iniziale intenzione, l'introduzione di pene prescrittive rimane un cantiere ancora aperto e attivo nella costruzione di un sistema che si orienti sempre più convintamente verso il superamento della pena carceraria quale unica risposta al reato, per accogliere «il modello di una pena-programma»⁴⁷. Una risposta al reato, dunque, che assuma i caratteri dinamici e diacronici del progetto e che favorisca il recupero dell'adesione ai precetti penali attraverso impegni positivi nei confronti in grado di promuovere una riconciliazione del medesimo autore con la comunità sociale e con le vittime dirette e indirette. Non più pensata unicamente in ottica di deflazione carceraria, bensì come strumento autonomo in grado di instaurare una "collaborazione" dialogica tra autore del reato funzionale al contrasto della criminalità, la pena (prescrittiva) non svolgerebbe un ruolo preventivo ipotetico e futuro ma assumerebbe un «intrinseco significato preventivo [...] attuale»⁴⁸.

Queste tipologie sanzionatorie consentirebbero, inoltre, di rendere compatibile l'apparato normativo penale con forme di tutela di beni giuridici che, pur avvertite come necessarie, sono attualmente strette nella morsa problematica tra inutilità e illegittimità: la prima cui andrebbe incontro l'incriminazione della sola lesione, la seconda con cui si scontrerebbe una eccessiva anticipazione della soglia di tutela. Dall'altro potrebbe proporsi come modello – di illecito e di pena – per il reato colposo, maggiormente adeguato rispetto a quello attuale, costruito alla stregua dell'omologo doloso sul disvalore d'evento, pur a fronte del differente ruolo rivestito dall'offesa nella struttura delle due tipologie criminose.

La possibilità, futura, di introdurre previsioni sanzionatorie dal carattere prescrittivo si intreccia poi irrimediabilmente con il tema del consenso, e dunque con l'idea negoziale della giustizia penale, non essendo immaginabile – né in punto di astratta previsione né di concreta attuazione – una sua irrogazione che prescindere dal consenso dell'imputato. Ciò ci riporta alla *compliance*, all'idea di

⁴⁶ 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.

⁴⁷ L. EUSEBI, *Teoria ed empiria della prevenzione generale*, in *Criminalia* 2023, 147.

⁴⁸ L. EUSEBI, *Teoria ed empiria della prevenzione generale*, cit., 148.

un comando che perde le sue caratteristiche di durezza, obbligatorietà e coercitività, con il fine di valorizzare, in termini di prevenzione, il dialogo tra reo e ordinamento⁴⁹. La negozialità insita in tale struttura, secondo cui il *post factum* (a carattere libero e consensuale) verrebbe valorizzato come ulteriore momento di motivazione del destinatario, consente di iscrivere tale intervento nella cornice di un *continuum* ideale di quella componente dialogico-precettiva già presente nelle tecniche di tutela ingiunzionale⁵⁰.

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»⁵¹. 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, che si fa permeabile alla sua trasgressione e la metabolizza in sé.

La categoria della non punibilità rappresenta dunque per l'ordinamento una seconda occasione di comunicare con il soggetto, correndo talvolta il rischio di trasformarsi in una moneta da scambiare a fronte dell'ineffettività precettiva della norma⁵². La specificità, anche "attuativa", del contenuto delle prescrizioni, insieme alla sua dimensione individuale definita dal carattere determinato del soggetto che ne è 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

⁴⁹ 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 (pubblicato sul sito dell'Associazione: www.aipdp.it).

⁵⁰ 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.

⁵¹ C. MAZZUCATO, *Giustizia esemplare. Interlocuzione con il precetto penale e spunti di politica criminale*, cit., 411.

⁵² Parla di «baratto dei mezzi per il perseguimento degli scopi», A. DI MARTINO, *La sequenza infranta*, cit., 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».

il precetto si specifica e si integra 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 postergata.

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 Testo Unico sull'Ambiente⁵³, connesse all'adesione del reo alle prescrizioni emanate 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-octies⁵⁴. L'art. 318-ter del Testo Unico sull'Ambiente prevede che, una volta rilevata la

⁵³ 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.R. 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, 74, 75. Ulteriori problemi applicativi sono sorti in ordine all'applicabilità dell'istituto alle 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 alternative 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.

⁵⁴ Sull'argomento, *ex multis*, v. G. AMENDOLA, *Ecoreati: primi appunti sulla nuova*

violazione, l'organo di vigilanza impartisca al contravventore 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'attuazione.

Durante questa prima fase il procedimento penale rimane sospeso, destinato ad estinguersi se il contravventore adempie, nei termini stabiliti, alle prescrizioni impartite. La seconda fase, che prende avvio allo spirare del termine imposto, ha ad oggetto la verifica dell'avvenuta osservanza di quanto impartito. 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 – dà luogo all'estinzione del reato (art. 318-*septies*). Al contrario, in caso di inadempimento «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 Suprema 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»⁵⁵. Ciò che da tale interpretazione sembra potersi desumere è che il meccanismo estintivo si incentra sull'eliminazione della condotta illecita (per mezzo di una contro condotta successiva) e non sull'eliminazione dei suoi effetti⁵⁶.

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.

⁵⁵ Cass. pen., Sez. III, 28 dicembre 2005, n. 47228, in *CED*, Rv. 233190. 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, in *dejure.it*; Cass. pen., Sez. III, 16 giugno 2009, n. 24791, in *CED*, Rv. 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'accogliibilità di tale approccio estensivo anche in materia ambientale, stante l'assenza di una norma analoga in tale settore. Sul punto v. A.R. DI LANDRO, *La funzione ripristinatoria nel diritto penale ambientale*, cit., 82.

⁵⁶ 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

L'approccio si avvicina a quello adottato dalla 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 agenzie 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 organizzativa⁵⁷.

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*⁵⁸. Il meccanismo di esclusione della responsabilità penale ivi previsto si sostanzia in un vero e proprio "incentivo all'auto-disciplina"⁵⁹. 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 violazione⁶⁰.

⁵⁷ A.R. DI LANDRO, *La funzione ripristinatoria nel diritto penale ambientale*, cit., 87 ss.

⁵⁸ 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'approfondita disamina del funzionamento della *Audit policy*, si rinvia a A.R. DI LANDRO, *La funzione ripristinatoria nel diritto ambientale*, 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.

⁵⁹ Environmental Protection Agency, *Incentives for Self-Policing: Discovery, Disclosure, Correction and Prevention of Violations*, in *&O Federal Register*, 22 dicembre 1995, 66706.

⁶⁰ Sul complesso funzionamento dei modelli di tutela statunitense e sul ruolo in essi rivestito

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»⁶¹.

3.2. 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, è apparso permeato dalla premialità⁶². 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»⁶³ della cultura della legalità all’interno dell’impresa ma anche e soprattutto a «produrre prevenzione, regole cautelari e modelli di organizzazione della sicurezza»⁶⁴.

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

dalle Agenzie (come l’EPA), si rinvia, anche per l’ampia bibliografia, a G. ROTOLO, *Riconoscibilità del precetto penale e modelli innovativi di tutela*, cit., 241 ss.

⁶¹ Environmental Agency, *Enforcement and Sanctions-Guidance*, 8 maggio 2018, consultabile in www.environment-agency.gov.uk

⁶² Evidenzia chiaramente la vocazione premiale del sistema di responsabilità da reato degli enti FEDERICO MAZZACUVA, *L’ente premiato. Il diritto punitivo nell’era delle negoziazioni: l’esperienza angloamericana e le prospettive di riforma*, cit.

⁶³ L’espressione è usata da L. BARON, *Ripensare lo statuto dell’ente cooperante. Alcune osservazioni in prospettiva ante e post delictum*, in *I nuovi volti del sistema penale fra cooperazione pubblico-privato e meccanismi di integrazione fra hard e soft law*, a cura di A. Gullo, V. Militello, A. Rafaraci, Milano, 2022, anticipato in *disCrimen*, 26 aprile 2021, 3.

⁶⁴ M. DONINI, *Compliance, negozialità e riparazione dell’offesa nei reati economici*, cit., 582.

e sanzione idoneo a dimostrare, ancora una volta, come il meccanismo del comando stia subendo un processo di modifica anche in ambito penalistico.

La premialità, in questo panorama, funziona come incentivo a controcondotte di riequilibrio valoriale e costituisce la via di fuga dalla sanzione.

La leva premiale che supporta l'afflato preventivo del sistema 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»⁶⁵.

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 preventivi⁶⁶.

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).

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 (i) risarcito integralmente il danno ed eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato, o si è comunque efficacemente adoperato in tale senso; (ii) eliminato le carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l'adozione e l'attuazione di l'adozione di

⁶⁵ V. MONGILLO, *Presente e futuro della Compliance*, cit. 4.

⁶⁶ V. MONGILLO, *Presente e futuro della Compliance*, cit. 3.

modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi; (iii) 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. 231/2001⁶⁷. 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»⁶⁸; sia con riferimento 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 riorganizzarsi⁶⁹.

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 del d.lgs. 231/2001 il mezzo utilizzato è lo spettro “immediato” della sanzione penale, la minaccia della responsabilità che può essere evitata solo attraverso la preventiva adozione di 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 antagonistici.

Una simile strutturazione del rapporto tra il precetto e la sanzione sembra innervata da una profonda vena preventiva; 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

⁶⁷ Mette in evidenza questa possibilità D. BIANCHI, *Autonormazione e diritto penale. Intersezioni, potenzialità, criticità*, cit., 143.

⁶⁸ 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.

⁶⁹ Sostiene questa ricostruzione, in un'ottica di valorizzazione dello scopo rieducativo del sistema sanzionatorio dell'ente, A.M. MAUGERI, *La funzione rieducativa della sanzione*, cit., 81.

riorganizzati, giustificando così l'elisione delle pene interdittive 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»⁷⁰.

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 a riorganizzarsi e, dunque, la sua riottosità «all'accoglimento del messaggio autonormativo»⁷¹. 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 dell'intervento penale»⁷².

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 concretizzino e attuino l'osservanza della norma primaria.

4. La valorizzazione del *post fatto* oltre il modello del delitto riparato

Di 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 a delinarsi non più solo come un diritto del fatto, bensì anche del *post-fatto*⁷³, elemento 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

⁷⁰ T. GUERINI, *Diritto penale ed enti collettivi. L'estensione della soggettività penale tra repressione, prevenzione e governo dell'impresa*, Torino, 2018, 39 ss.

⁷¹ V. D. BIANCHI, *Autonormazione e diritto penale*, cit., 146.

⁷² G. DE FRANCESCO, *Premessa*, in *Verso una riforma del sistema sanzionatorio? Atti del Convegno in ricordo di Laura Fioravanti*, a cura di P. Pisa, Torino, 2018, 25 ss.

⁷³ Così, efficacemente, FEDERICO MAZZACUVA, *L'ente premiato. Il diritto punitivo nell'era delle negoziazioni: l'esperienza angloamericana e le prospettive di riforma*, cit. 8.

del “delitto riparato”, quale figura autonoma di parte generale⁷⁴. Quest’ultima, 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 specialpreventive, 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 a partire dall’assenza di una riparazione, la quale solo farebbe scaturire 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.

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, valutato con favore dall’ordinamento, e come la sua previsione in seguito alla violazione del precetto principale riapra il circolo normativo.

Non appare corretto affermare che gli istituti che collegano a prescritte azioni *post factum* la sospensione, riduzione, o finanche elisione della risposta punitiva siano essi stessi qualificabili come pene. Secondo tale visione la non punibilità, sebbene accompagnata da prescrizioni di carattere positivo che implicano necessariamente il consenso del reo, sarebbe solo uno dei possibili esiti del 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»⁷⁵.

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 punitivo⁷⁶ e non solo attenuante, ritenendo quest’ultime come parte del contenuto sanzionatorio, sembra condurre ad un bivio di fronte al quale è necessario scegliere quale strada imboccare, senza che sia possibile, successivamente incrociare quella abbandonata. E cioè: o la componente riparatoria deve essere considerata di per sé

⁷⁴ 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*, cit.

⁷⁵ T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze. “Premio” e “corrispettivo” nella dinamica della punibilità*, cit., 407, 408.

⁷⁶ M. DONINI, *Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, cit., 245.

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 dappprincipio 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»⁷⁷, 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 addirittura «disfunzionale nei confronti di chi si accinge a delinquere»⁷⁸; 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”. 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 punizione⁷⁹.

Si tratta, tuttavia, di rilievi critici che non sembrano insuperabili.

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 mero 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* dischiude in questa prospettiva orizzonti

⁷⁷ M. DONINI, *Il delitto riparato. Una disegualità che può trasformare il sistema sanzionatorio*, cit., 246.

⁷⁸ D. PULITANÒ, *Il penale tra teoria e politica*, cit., 8.

⁷⁹ G. FIANDACA, *Note su punizione, riparazione e scienza penalistica*, in *Sistema penale*, 28 novembre 2020, 6.

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 norma⁸⁰, valorizzando così la portata del precetto e riconoscendo alla sanzione un ruolo secondario ed effettivamente residuale.

Per imboccare convintamente questa strada, 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”

L’analisi sin qui condotta ha consentito di intravedere alcuni tratti caratterizzanti l’attuale stato del precetto penale, che inducono a ripensare la struttura normativa assecondando e mettendo a sistema tali peculiarità.

In primo luogo, sembra riemergere una certa attenzione per la funzione di orientamento comportamentale che anche la norma penale dovrebbe perseguire. 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, sembra reclamare maggiore spazio, tendendo ad espandersi al di fuori delle maglie della fattispecie stessa:

⁸⁰ 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. Dai dilemmi di Critobulo al Sistema nazionale linee guida”, in *Bio-Law Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2019, 183 ss.

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, accompagnati talvolta da misure di carattere prescrittivo, estende il rapporto comunicativo tra ordinamento e destinatario anche oltre il momento della violazione. La teorizzazione della possibile introduzione, *de iure condendo*, di un modello di delitto riparato sembra confermare l'esigenza che la fattispecie penale tenga in considerazione anche tale momento successivo atteso che il rapporto unidirezionale *fattispecie-violazione-pena* non risponde più integralmente alle esigenze che il comando penale è chiamato a soddisfare.

In secondo luogo, sembra vacillare anche il "comando" come forma di esercizio ed espressione del potere, che trova nella coercitività 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 si volge verso strutture più flessibili, aprendosi a forme di rapporto tra precetto e sanzione e a mezzi di orientamento differenti da quelli propri del comando.

La *compliance*, intesa quale mezzo differente di orientare il destinatario del precetto al suo rispetto, entra a far parte del meccanismo di funzionamento di (alcune delle) norme penali, modificandone il genoma. 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 talvolta individualizzato e realizzare l'effetto finale di una più diffusa conformazione. 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.

In conclusione, la circolarità che caratterizza queste nuove strutture normative restituisce una rinnovata centralità dell'osservanza quale scopo primario della norma il quale, prima relegato, sotto forma di prevenzione generale, a presupposto tanto assodato quanto dimenticato, entra ora a far parte della struttura della norma, diventandone uno snodo centrale.

Affiora, dunque, anche nella struttura normativa, lo scopo perseguito dall'ordinamento: non certo la sanzione ma l'obbedienza alla norma, la cui autorevolezza viene ristabilita dallo stesso trasgressore che, agendo *post crimen patratum*, ne ammette fattivamente la validità sostanziale. In questa dimensione, la funzione preventiva non riguarda più il solo rapporto norma-individuo e non assume più una validità vettoriale; la previsione di un *programma* di risposta al reato che riveste, esso stesso, un potenziale significato preventivo fa sì che dalla rieducazione gemmi, rigenerato, un nuovo momento prescrittivo, in un moto circolare che trasforma il trasgressore in un anticorpo portatore del valore precedentemente leso,

facendo sì che la prevenzione generale trovi nella rieducazione un importante momento di affermazione.

Quella del comando è, come si è detto, 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 per come si è fino ad oggi conosciuta. Si apre dunque la necessità di delineare una *struttura* congegnata per l'assolvimento della *funzione*, che con quest'ultima risulti maggiormente coerente.

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
- Alessandri A., *I reati societari*, in *La riforma del diritto penale. Garanzie ed effettività delle tecniche di tutela*, a cura di L. Pepino, Milano, 1999
- Amarelli G., *Legge penale e giudice: un vecchio rapporto alla ricerca di un nuovo equilibrio*, in *Cass. pen.*, 1, 2014, 401 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.

- Amendola G., *Ecreati: primi appunti sulla nuova procedura di eliminazione delle contravvenzioni previste dal d.lgs. 152/2006*, in *www.lexambiente.it*, 20 luglio 2015
- 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: 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.
- 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 Human 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. 16, 2022, 1079 ss.
- Barak-Corren N., Y. Kariv-Teitelbaum, *Behavioural responsive regulation: Bringing together responsive regulation and behavioural public policy*, in *Regulation & Governance*, 15, 2021, 163 ss
- Baron L., *Ripensare lo statuto dell'ente cooperante. Alcune osservazioni in prospettiva ante e post delictum*, in *I nuovi volti del sistema penale fra cooperazione pubblico-privato e meccanismi di integrazione fra hard e soft law*, a cura di Gullo A., Militello V., Rafaraci P., Milano, 2022, anticipato in *disCrimen*, 26 aprile 2021
- 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-premierale. Secondo studio per un affresco*, in *Sistema Penale*, 29 marzo 2021

- Bartoli R., Palazzo F., *Corso di diritto penale, Parte generale*, 10^a ed., Milano, 2024
- 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 S., *Postmodern Ethics* (1993), trad. it., *Le sfide dell'etica*, Milano, 1996
- Bauman S., *La società individualizzata*, Bologna, 2002
- Beck U., *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, (trad. it.), Roma, 2013
- 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., *Sui rapporti tra diritto penale e soft law*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 536 ss.
- 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.*, 2, 2021, 105 ss.
- Bertolino M., *Privato e pubblico nella rappresentazione mediatica del reato*, in *La televisione del crimine*, Atti del convegno “La rappresentazione televisiva del crimine”, a cura di G. Forti, M. Bertolino, 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, 109 ss.
- Bin R., *Soft law, no law*, in *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, a cura di Somma A., 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.*, XVI, 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, 1313 ss.
- Bobbio N., *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, (1977), Roma-Bari, 2007
- Bona C., Bonini N., *Tutela del consumatore e nuovi paradigmi scientifici: scienze cognitive e neuroscienze varcano la soglia di palazzo Spada*, in *Foro. It.*, 2022, III, 529 ss.
- Borsari R., Sammiccheli L. Sarra C. (a cura di), *Homo oeconomicus. Neuroscienze, razionalità decisionale ed elemento soggettivo nei reati economici*, Padova, 2016
- 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
- Braithwaite J., Hong S. H., *The Interaction Deficit in Responsive Regulation: Are Regulatory Ambassadors an Answer?*, in *Regulation and Governance*, 9(1), 2015, 16 ss.
- Bricola F., *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, in *Diritto premiale e sistema penale*, Milano, 1983, 124 ss.
- Bricola F., *Politica criminale e politica penale dell'ordine pubblico*, in Id., *Scritti di diritto penale*, a cura di S. Canestrari, A. Melchionda, vol. II, tomo I, Padova, 1997, 2601 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., *Omissioni, liberalismo e paternalismo. Il «caso» dell'omissione di soccorso*, in *Studi in onore di Mario Romano*, III, Napoli, 2011, 1339 ss.
- Cadoppi A., *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 Stortoni L, Insolera G., 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
- Caputo M., *"Filo di Arianna" o "flauto magico"? Linee guida e checklist nel sistema della responsabilità medica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 875 ss.;
- Caputo M., *La mano visibile. Codici etici e cultura d'impresa nell'imputazione della responsabilità degli enti*, in *Dir. pen. cont.*, 1, 2013, 101 ss.
- Caputo M., *Misura e grado della colpa*, in *Criminalia 2021*, 227 ss.
- Caputo M., *Politica pubblica*, in *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, II, Torino, 2022, 1725 ss.
- Caputo M., *La 'regola di Sully'. L'incidenza del fattore umano sulla costruzione dell'homo eiusdem professionis et condicionis*, in *Criminalia 2022*, 221 ss.
- Carnelutti F., *Teoria generale del diritto*, 3^a 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.*, 3, 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
- 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.
- Consulich F., *Lo statuto penale delle scriminanti. Principio di legalità e cause di giustificazione: necessità e limiti*, Torino, 2018
- Conte A.G., *Nomotropismo: agire in funzione di regole*, in *Soc. dir.*, 27, 2000
- 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
- Cornacchia L., *Lex imperfecta: ciò che sopravvive della Normetheorie di Binding nella dommatica 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., *Sulla motivazione degli atti legislativi*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1937, 415 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.
- Dan-Cohen M., *Decision Rules and Conduct Rules: on acoustic Separation in Criminal Law*, in *Harvard Law Review*, 1984, 625 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
- Daube D., *Forms a Roman Legislation*, Oxford, 1956
- 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.
- De Francesco G., *Rieducazione, giustizia riparativa, logiche premiali: appunti minimi per un confronto*, in *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, a cura di G. Manozzi, C. Perini, M.M. Scoletta, C. Sotis, S.B. Taverriti, Torino, 2022, 1527 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
- de Maglie C., *La lingua del diritto penale*, in *Criminalia 2018*, 105 ss
- de Maglie C., *Linguaggio del diritto penale e principio di effettività: spunti di riflessione*, in *Criminalia 2022*, 43 ss
- De Vero G., *L'incerto percorso e le prospettive di approdo dell'idea della prevenzione generale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 439 ss.
- De Vero G., *Gli obblighi di penalizzazione di fonte europea*, in 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.
- Diamanti F., *Diritto penale alimentare e tecnica legislativa*, Torino, 2024.
- Di Landro A., *La funzione ripristinatoria nel diritto penale ambientale*, Torino, 2020
- de Wall F., *Natural Normativity: The “Is” and “Ought” of Animal Behaviour*, in *Behaviour*, 2014, 151 ss.
- 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
- 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 Martin (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., *Septies in idem. Dalla «materia penale» alla proporzione delle pene multiple nei modelli Italiano ed europeo*, in *Cass. Pen.*, 2018, 2284 ss.
- Donini M., *Populismo e ragione pubblica.*, Modena, 2019
- Donini M., *Diritto penale. Parte generale*, I, Milano, 2024
- Drahos P., *Regulatory theory. Foundations and applications*, Canberra, 2017
- 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., *Forme e problemi della premialità nel diritto penale*, in *Studium Iuris*, 2001, 275 ss.

- 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., *L'insostenibile leggerezza del testo: la responsabilità perduta della progettazione politico-criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1668 ss.
- Eusebi L., *Ipotesi di introduzione della pena prescrittiva come nuova pena principale*, in *disCrimen*, 31 marzo 2021
- Eusebi L., voce *Sistema sanzionatorio e reati colposi*, in *Enc. dir., I tematici – Vol. II, Reato colposo*, a cura di M. Donini, 2021, 1201 ss.
- Eusebi L., *L'obbedienza come valore*, in *Criminalia 2021*, 93 ss.
- Eusebi L., *Persona, diritto, Stato nelle prime due monografie penalistiche di Aldo Moro*, in *disCrimen*, 17 gennaio 2022
- Eusebi L., *Qualcosa di meglio della pena retributiva. In margine a C.E. Paliero, Il mercato della penalità*, in *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, a cura di G. Mannozi, C. Perini, M.M. Scoletta, C. Sotis, S.B. Taverriti, I, Torino, 2022, 389 ss.
- Eusebi L., *A quando un sistema volto alla prevenzione effettiva dei reati e alla reintegrazione dei loro autori?*, in *Arch. pen.*, 3, 2023
- Eusebi L., *Pena e libertà. Sulla rappresentazione della violenza in Arancia Meccanica di Stanley Kubrick*, in *Criminalia 2023*, 289 ss.
- Eusebi L., *Teoria ed empiria della prevenzione generale*, in *Criminalia 2023*, 139 ss.
- Fassin D., *Punire. Una passione contemporanea*, Milano, 2018
- Farjat G., *Pour un droit économique*, Paris, 2004
- 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., *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2010

- 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.*, 1, 2020, 65 ss
- Ferrarese M. R., *Al di là della globalizzazione: verso un mondo post-globale?*, in *Politica del diritto*, 2, 2021, 260 ss.
- Ferraro F., Zorzetto S. (a cura di), *La motivazione delle leggi*, Torino, 2019
- Ferreri S, *Tipologia*, in *Le fonti del diritto italiano*, in *Trattato di diritto civile*, a cura di A. Pizzorusso, S. Ferreri, 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, 137 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. Strorioni, 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*, 2, 2023, 65 ss.
- 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.
- Fiorella 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.
- Fittipaldi E., *Archeologia euristica e fecondità sociologica di due concetti complementari: impatto di norme e nomotropismo di azioni*, in *Soc. dir.*, 3, 2017, 59 ss.
- Fletcher G. P., *Basic Concepts of the Criminal Law*, Oxford, 1998, tr. it., *Grammatica del diritto penale*, Bologna, 2004.
- Fluckiger A., *Governing by Nudge. Using Cognitive Bias instead of Legislation*, in *Cahiers*, 2018, 199 ss.
- Fogg B. J., *Tecnologie della persuasione*, Roma, 2005
- Fondaroli D., *Homo oeconomicus. La responsabilità in attività d'impresa tra condizionamenti comportamentali e "spinta gentile"*, in *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, a cura di G. Mannozi, C. Perini, M.M. Scoletta, C. Sotis, S.B. Taverriti, II, Torino, 2022, 1527 ss.
- Fornasari G., *Argomenti per una riserva di legge rafforzata in materia penale*, in *Dir. pen. cont.*, 2, 2018, 162 ss.

- 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 extrapenali 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*, III, Milano, 2016
- Forti G., *La cura delle norme, Oltre la corruzione delle regole e dei saperi*, Milano, 2018
- 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
- 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 ss.
- Gargani A., *Crisi del diritto sostanziale e "vis expansiva" del processo*, in *Criminalia 2016*, 303 ss.
- Gargani A., *Fattispecie sostanziali e dinamiche probatorie. Appunti sulla processualizzazione della tipicità penale*, in *I reati lungo gli impervi sentieri del processo*, a cura di G. De Francesco, E. Marzaduri, Torino, 2016, 89 ss.
- Giaro T., *Dal soft law moderno al soft law antico*, in *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, a cura di A. Somma, Torino, 2008
- Giostra G., *Processo mediatico*, in *Enc. dir., Annali II*, X, Milano, 2017, 647 ss.

- Giunta F., *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, 1993
- Giunta F., *Tutela dell'ambiente (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, Annali II, Milano, 2008, 1151 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 *Criminalia 2021*, 87 ss.
- Giunta F., *Giudizio e castigo*, in *disCrimen*, 15 aprile 2024
- 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.
- Grunter M., *Die Bedeutung der Verhaltensforschung für Rechtswissenschaft*, Berlino, 1976
- 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
- Hausman D. M., Welch B., *Debate to Nudge or Not to Nudge*, in *Journal of Political Philosophy*, 18(1), 2010, 123 ss.
- 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 Hayek F., *Notes on the Evolution of Systems of Rules of Conduct*, in Id., *Studies in Philosophy, Politics and Economics*, London, 1967, 66 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.
- Hildebrandt M., *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.
- 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
- Irti N., *Riconoscersi nella parola*, Napoli, 2022

- 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
- Jakobs G., *Il sistema dell'imputazione penale*, Napoli, 2017
- 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, 6^a 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
- Lenoble V. J., Maesschalck M., *Towards a Theory of Governance: The Action of Norms*, The Hague-New York-London, 2003
- 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.
- 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.

- Lorini G., *Agire in un mondo di norme. Il nomotropismo di Amedeo Giovanni Conte*, in *Riv. fil. dir.*, 1, 2020, 37 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, 3 ss.
- 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
- 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 *Dir. pen. cont.*, 17 gennaio 2018
- Manes V., *Common law-isation del diritto penale? Trasformazioni del nullum crimen e sfide prossime future*, in *Cass. pen.*, 2017, 955 ss.
- Manes V., *L'oracolo algoritmico e la giustizia penale: al bivio tra tecnologia e tecnocrazia*, in U. Rufolo (a cura di), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Milano, 2020
- Manes V., *Giustizia mediatica. Gli effetti perversi sui diritti fondamentali e sul giusto processo*, Bologna, 2022
- Mannozi G., *Le parole del diritto penale: un percorso ricostruttivo tra linguaggio penale e lingua giuridica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1466 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 F., *Diritto penale. Parte generale*, 12^a ed., Padova, 2023

- 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., *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in *Jus*, 1974, 439 ss.
- Marinucci G., *Sui rapporti tra scienza penale italiana e legislazione*, in P. Grossi, *Giuristi e legislatori*, Milano, 1997, 467
- Marsilio da Padova, *Defensor pacis*, (trad. it. a cura di Mario Conetti), Bologna, 2001
- Marsilio da Padova, *Defensor minor* (trad. it. a cura di Cesare Vasoli), Napoli, 1979
- Martufi A., *La “diversione” ambientale tra esigenze deflattive e nuove tensioni sistematiche*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2018, 300 ss.
- Massari E., *La norma penale*, S. Maria Capua Vetere, 1913
- 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 *La pena “in castigo”. Un'analisi critica su regole e sanzioni*, a cura di I. Marchetti, C. Mazzucato, 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 *Globalizzazione, responsabilità sociale delle imprese e modelli partecipativi*, a cura di S. Scarponi, 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.
- Micheletti D., *Ius contra lex. Un campionario dell'incontenibile avversione del giudice per la legalità*, in *Criminalia 2016*, 161 ss.
- Micheletti D., *La finalità della pena per l'offesa involontaria*, in *Criminalia 2024*, anticipato su DisCrime, 16 gennaio 2025.

- 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., *La plurisoggettiva nell'agire colposo. Una rilettura in chiave normativa*, Pisa, 2025
- Mirò Llinares F., Bautista Ortuno R., *¿Por qué cumplimos las normas penales? Sobre la disuasión en materia de seguridad vial*, in *InDret*, 4, 2013
- 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. Riscato (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 Manacorda e Francesco Centonze (a cura di), Corporate Compliance on a Global Scale. Legitimacy and Effectiveness*, 2022, in *Sistema penale*, 11 gennaio 2022.
- Monterossi M.W., *L'orizzonte intergenerazionale del diritto civile. Tutela, soggettività, azione*, Pisa, 2020.
- Moore G. E., *Principia Ethica*, Cambridge, 1903
- Moro A., *La subiettivizzazione della norma penale*, Bari, 1942
- Moro A., *Lezioni di Istituzioni di diritto e procedura penale*, a cura di F. Tritto, Bari, 2005
- Mortati C., *Sull'eccesso di potere legislativo*, in *Giur. it.*, 1949, 457 ss.
- 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 Anderson (eds.), *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 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
- 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
- Nozick R., *Invariances. The Structure of the Objective World*, Cambridge, 2001
- Nuvolone P., *Natura e storia nella scienza del diritto penale*, in *Studi Rocco*, Milano, 1952, II, 270
- Nuvolone P., *Il sistema del diritto penale*, 2ª ed., Padova, 1982
- Ogus A., *Regulation: Legal Form and Economic Theory*, Oxford, 1994
- Olivecornia K., *Linguaggio giuridico e realtà*, in *Il linguaggio del diritto*, a cura di U. Scarpelli, P. Di Lucia, Milano, 1994
- Ost F., Van der Kerchive M., *De la pyramide au réseau. Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, 2002
- Ost F., *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 ss.
- Padovani T., *Il traffico delle indulgenze. "Premio" e "corrispettivo" nella dinamica della punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, 398 ss.
- Padovani T., *Il nuovo volto del diritto penale del lavoro*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 4, 1996, 1157 ss
- Pagliaro A., *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003, 31 ss.
- Palazzo F., *Il 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 ignoranza 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 *Gli Ottant'anni del codice Rocco*, a cura di L. Stortoni, G. Insolera, Bologna, 2012, 39 ss.
- Palazzo F., Papa M., *Lezioni di diritto penale comparato*, 3ª ed., Torino, 2013
- Palazzo F., *La riforma penale alza il tiro? Considerazioni sul disegno di legge A.S. 2067 e connessi*, 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, 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., *Quale diritto per quale processo?*, in *Diritto e processo penale fra separazione accademica e dialettica interpretativa*, a cura di L. Foffani, R. Orlandi, Bologna, 2016, 206 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
- Paonessa C., *Giudizi prognostici e diritto penale. Luoghi, funzioni, garanzie*, Pisa, 2024.
- 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^a ed., Torino, 2019
- Papa M., *Future crimes: intelligenza artificiale e rinnovamento del diritto penale*, in *Criminalia 2019*, 491 ss.
- Papa M., *La fisiognomica della condotta illecita nella struttura dei reati sessuali: appunti per una riflessione sulla crisi della tipicità*, in *La tutela della persona umana. Dignità, salute, scelte di libertà (per Francesco Palazzo)*. Atti del

- Convegno, Pisa, 12 ottobre 2018*, a cura di G. De francesco, A. Gargani, D. Notaro, A. Vallini, Torino, 2019, 146 ss.
- Papa M., *Spillover 2020: il virus della comunicazione mediatica all'attacco del diritto penale*, in *Liber Amicorum Adelmo Manna* a cura di V. Plantamura, G. Salcuni, Pisa, 2020, 517 ss.
- Parker C., *The Open Corporation. Effective Self-Regulation and Democracy*, Cambridge, 2002B. Pascal, *Pensieri*, Torino, 1962
- Parker C., *Compliance Professionalism and Regulatory Community: The Australian Trade Practice Regime*, in *Journal of Law and Society*, 26(2), 1999, 213 ss.
- Parodi C., Sellaroli V., *Sistema penale e intelligenza artificiale: molte speranze e qualche equivoco*, in *Dir. pen. cont.*, 6, 2019, 66 ss.
- Pascal B., *Pensieri*, Torino, 1962
- 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., *Odierna 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.
- Perlinger 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 R.S., *The concept of motivation*, London-Boston, 1958
- 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 *Dir. pen. proc.*, 3, 2015, 261 ss.
- Piergallini C., *Ius sibi imponere: controllo penale mediante autonormazione?*, in *La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali*, a cura di C.E. Paliero, S. Moccia, G.A. De Francesco, G. Insolera, M. Pellissero, R. Rampioni, L. Riscato, 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.
- Preterossi G., *Ciò che resta della democrazia*, Roma, 2015
- Prina F., *Devianza e criminalità. Concetti, metodi di ricerca, cause, politiche*, Roma, 2019
- Procaccino A., *Soft law e diritto penale. Interpretazione, preparazione della legge, distribuzione dei poteri*, Milano, 2023
- 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
- Quattrocchio S., *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 h., *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*, vol. 86, 1996, 304 ss.
- Robinson P.H., *Rules of Conduct and Principles of Adjudication*, in *University of Chicago Law Review*, 57, 1990, 279 ss.
- Rocco A., *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale: contributo alle teorie generali del reato e della pena*, Roma, 1932
- Rocco A., *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, in *Id., Opere giuridiche*, III, Roma, 1933, 263.
- 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 *Studi in onore di G. Marinucci*, a cura di E. Dolcini, C. E. Paliero, Milano, 2006, 693 ss.
- Rossato A., *Diritto e architettura nello spazio digitale. Il ruolo del software libero*, Padova 2006
- Rossi 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, 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 *Crisi dell'impresa, procedure concorsuali e diritto penale dell'insolvenza*, a cura di R. Borsari, Padova. 2015, 393 ss.
- Schutz V. A., *The Twilight of the Global Polis: On Losing Paradigms, Environing Systems and Observing World Society*, in *Global Law Without a State*, a cura di G. Teubner, Aldershot-Brookfield-Singapore-Sidney, 1997, 283 ss.
- Searle J.S., *The Construction of Social Reality*, New York, 1995
- Seden L., *Soft law in european community law*, London, 2004
- Sellars, *Language, Rules, and Behavior*, in J.F. Sicha (ed.), *Pure Pragmatics and Possible Worlds. The Early Essays of Wilfrid Sellars*, Atascadero, 1980, 138 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, 743 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., *Autonomia elemental come autonormatividad (Reflexiones veraniegas intemporales)*, in *InDret*, 3, 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
- Taverri S.B., *Autonormazione e prospettive autopoietiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 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^a 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 *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, a cura di M. Mantovani, F. Curi, S. Tordini Cagli, V. Torre, M. Caianiello, 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.
- Vassalli G., *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Dig. disc. pen.*, VIII, Torino, 1994, 306 ss.
- Venturi F., *Per una balistica regolatoria dell’autonormazione in materia penale*, in *Criminalia 2021*, 161 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^a 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 *Anatomia del potere giudiziario. Nuove concezioni, nuove sfide*, a cura di C. Guarnieri, G. Insolera, L. Zilletti, Roma, 2016, 26 ss.
- Viganò F., *Il principio di prevedibilità delle decisioni giudiziali in materia penale*, in *Le crisi della legalità. Il “sistema vivente delle fonti penali”*, a cura di C.E. Paliero, S. Moccia, G.A De Francesco, G. Insolera, M. Pellissero, R. Rampioni, L. Riscato, 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 cham 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 Liszt F., *La teoria dello scopo nel diritto penale*, Milano, 1962
- Weber M., *Economia e società 1 - Teoria delle categorie sociologiche*, (trad. it. di T. Bagliotti, F. Casablanca, P. Rossi), Roma, 1995
- Wenzel M., *The Multiplicity of Taxpayer Identities and Their Implications for Tax Ethics*, in *Law and Policy*, 29(1), 2007, 31 ss.
- von Wright G. H., *Norma e azione* (1963), Bologna, 1989
- Young Y., *Left Realist Criminology: Radical in its Analysis, Realist in its Policy*, in M. Maguire, R. Morgan, R. Reiner (Eds.), *The Oxford Handbook of Criminology*, Oxford, 1997

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.

Indice dei nomi

- Abbott, K.W. 84
Acemoglu, D. 27
Agamben, G. 80
Alessandri, A. 44
Amarelli, G. 6, 20
Amati, E. 45
Ambrosetti, E.M. 54, 57, 121
Amendola, G. 131
Anastasia, S. 45
Andenaes, J. 43
Anselmi, M. 45
Antolisei, F. 120
Aragon Correa, J.A. 17
Argentero, P. 91
Austin, J. 64
Ayres, I. 83
Bagnoli, C. 44
Balbi, G. 6
Baldwin, R. 76
Barack-Corren, N. 84
- Baron, L., 134
Bartoli, R. 6, 43, 125
Basile, F., 94, 118, 120
Battaglini, G. 64-67
Bauman, S. 15, 44, 72, 79
- Bautista Ortuno, R. 32
Beck, U. 5
Bellavista, G. 29
Bermudez, J.L. 107
Bernardi, A. 6, 8, 116
Bernasconi, C. 6
Bertolino, M. 60
Bianchi, D. 74-76, 136-137
Bianchin, M. 78
Bin, R. 86
Black, J. 76
Bobbio, N. 52, 65, 70, 78, 81, 85, 106,
125, 127
Bona, C. 91
Bonini, N. 91
Borsari, R. 42, 94
Bovens, I. 92
Bowen, F. 17
Bozzo-Rey, M. 83, 93
Braithwaite, J. 75, 83, 84
Bricola, F. 35, 125, 127
Brighenti, A. 67-68
Brunon-Ernst, A. 92
Bucalo, M.E. 86
- Cadoppi, A. 10, 52, 56

- Cafaggi, F. 74, 91
 Caianiello, M. 51, 74
 Caputo, M. 16, 35, 41-42, 88, 140
 Carriò, G.R. 81
 Cassese, S. 10, 73
 Catania, A. 104, 107
 Cavaliere, A. 6
 Cave, N. 76
 Centonze, F. 39, 74, 117, 122
 Chinkin, C.M. 87
 Chiti, A. 7
 Cocco, G. 121
 Coffee, J.F. 75
 Colloca, S. 103
 Consulich, F. 47
 Conte, A.G. 40
 Conti, C. 60
 Cornacchia, L. 29, 67
 Cortese, C.G. 91
 Costa, P. 68, 129
 Crilly D., 17
 Crisafulli, V. 105, 111
 Cupelli, C. 18

 D'Alessandro, F. 22
 D'Amico, M. 8
 Dan-Cohen, M. 30
 Dardot, P. 82
 Daube, D. 30
 De Filippi, P. 97
 De Francesco, G. 6, 9, 36, 51, 59, 74, 120-121
 Deleuze, G. 79
 Delmas Marty, M. 12, 37
 de Maglie, C. 49, 87
 De Vero, G. 6, 43
 Diamanti, F. 126
 Di Landro, A. 131-133
 de Wall, F. 40
 di Martino, A. 7, 120, 130
 Donini, M. 9, 37, 44-45, 49, 54-57, 68, 111, 118, 120, 130, 134, 138-139
 Drahos, P. 39, 75

 Engelmann, S. 92, 94
 Esposito Proestakis, A. 90
 Eusebi, L. 33-34, 36-37, 43, 59, 64, 73, 116, 119, 126, 129-130

 Falcinelli, D. 45
 Fassin, D. 119
 Farjat, G. 14
 Ferrajoli, L. 56
 Ferrara, A. 124
 Ferrarese, M. R. 10, 11, 14
 Ferraro, F. 25, 111
 Ferreri, S. 86
 Ferretti M. S., 91
 Fiandaca, G. 6, 8, 20-22, 45, 52, 54- 58, 139
 Fiandanese, F. 6, 10
 Finocchiaro, G. 98
 Fiorella, A. 6
 Fittipaldi, E. 40
 Fletcher, G.P. 30
 Fluckiger, A. 91
 Fogg, B.J. 95
 Fondaroli, D. 42
 Fornasari, G. 18
 Forst, R. 78
 Forti, G. 35, 37, 39, 44, 49, 60, 99, 100, 119, 140
 Foucault, M. 82, 93, 106
 Friedman, M. 17

 Galgano, F. 10
 Galimberti, U. 98
 Galletti, M. 93-94
 Gallo, M. 39, 34
 Gargani, A. 6, 19, 47, 51, 59, 68
 Giaro, T. 86
 Giostra, G. 60
 Giunta, F. 6, 18, 20-22, 32, 34-35, 28, 46, 53, 73, 131
 Goldstein, N. 30
 Grandbosky, P. 84
 Grasso, G. 8
 Greco, T. 30, 33, 110, 123
 Greene, P. 30
 Grosso, C.F. 6, 56
 Grunter, M. 40
 Guarnieri, C. 6
 Guerini, T. 95, 137
 Gunningham, N. 84

 Hacker, P. 91
 Han, B.C. 80, 81, 95
 Hansen, M.T. 17

- Hart, H.L.A. 105
 Hassan, S. 97
 Hassemer, W. 43, 47
 Hausman, D.M. 92
 Herrmann, G. 90
 Hildebrandt, M. 97
 Hirschl, R. 19, 121
 Hirsch, G. 19
 Hong, S.H. 84
 Hume, V. 106
- Insolera, G. 6, 9, 20, 56, 74
 Irti, N. 14, 16, 35, 45, 50, 58, 73, 81, 98, 103, 107
 Ivec, M. 84
- Jakobs, G. 28
 Jhering, R. 124
 Job, J. 84
 Johnstone, R. 84
- Kariv-Teitelbaum, Y. 90
 Kelsen, H. 28, 65, 77, 121
 Klabbers, J. 7, 86
- Lanzi, M. 8
 Laval, C. 82, 93
 Lenoble, J. 12, 13
 Lasagni, G. 74
 Lessing, L. 96, 100
 Lyon, T.P. 17
 Lodge, M. 76, 91
 Lorini, G. 40, 101, 107
 Losappio, G. 18
 Luhmann, N. 7
- Maesschalck, M. 13
 Maiello, V. 6, 10, 73
 Maiwald, M. 77
 Manacorda, S. 8, 39, 74-75, 116-117, 119
 Mancin, F. 101
 Manes, V. 6, 10, 19, 20, 60, 94
 Mannozi, G. 34, 49
 Mantovani, F. 18, 43, 56, 110
 Mantovani, M. 51
 Manzin, M. 96, 99
 Marinucci, G. 46, 47, 60, 87, 121
 Marsilio da Padova, 32
 Martufi, A. 131
- Massari, E. 67
 Massaro, A. 49
 Maugeri, A.M. 95, 136
 Maxwell, M.J. 17
 Mazzacuva, F. 120
 Mazzacuva, Fe. 122, 124, 134, 137
 Mazzucato, C. 15, 123, 130
 Melchionda, A. 34, 87
 Merusi, F. 88
 Messina, G. 11, 13
 Micheletti, D. 6, 23, 37
 Militello, V. 43, 45, 134
 Mills, C. 92
 Minicucci, G. 44, 53
 Mirò Llinares, F. 32
 Moccia, S. 6
 Modugno, F. 105
 Mongillo, V. 117, 135
 Monterossi, M.W. 15
 Moore, G.E. 106
 Moro, A. 33, 48
 Moroni, S. 101
 Mortati, C. 111
 Morth, U. 87
 Mossman, M.J. 19
 Munoz Conde, F. 57
 Musco, E. 18
- Napoli, P. 83, 106-107
 Natoli, S. 33
 Nietzsche, F.W. 23
 Nitrato Izzo, V. 99
 Notaro, D. 51, 130
 Nozick, R. 40
 Nuvolone, P. 30, 35, 43, 64
- Ogus, A. 76
 Olivecornia, K. 49
 Ost, F. 12
 Otis, G. 19
- Padovani, T. 120, 126, 138
 Pagliaro, A. 29, 43
 Palazzo, F. 6, 18, 31, 33, 38, 43, 46, 47, 50, 55, 56, 58, 60, 109, 120, 122
 Paliero, C.E. 9, 16, 31, 34, 36, 38, 42, 46-48, 58-60, 65, 71, 74, 109-110, 123
 Palombella, G. 7
 Paonessa, C. 8, 53

- Papa, M. 7, 18, 24, 30, 34, 47-48, 50-51, 55, 56, 58, 60, 72, 80, 94
 Parker, C. 76, 84
 Parodi, C. 94
 Pascal, B. 44
 Passaro, M. 88
 Pastore, B. 6, 69
 Pavarini, M. 119
 Pedrazzi, C. 43, 87, 128
 Perlinger, C. 100
 Peters, R.S. 40
 Peters, A. 87
 Petrocelli, B. 29, 64
 Piergallini, C. 74, 120
 Pino, G. 102
 Pinto, V. 84
 Pisani, M. 127
 Pogotto, L. 87
 Portalis, J.E.M. 34
 Power, M. 11
 Preterossi, G. 20
 Prina, F. 34
 Procaccino, A. 46
 Pulitanò, D. 6, 32, 33, 45, 108, 115, 139
- Quattrocolo, S. 94
 Quinn, M. 92
- Reichenbach, H. 102
 Riondato, S. 6, 10
 Robinson, A. 27
 Robinson, P.H. 30, 49
 Rocco, A. 36, 67
 Romano, M. 43, 52, 121
 Ronco, M. 47
 Rossato, A. 100-101
 Rossi, P. 5
 Rotolo, G. 50, 51, 83, 85, 104, 128, 134
 Ruga Riva, C. 131
- Sammicheli, L. 42
 Salcuni, G. 8, 60
 Sarra, C. 42
 Scoditti, E. 7
 Scoletta, M. 34
 Schutz, V.A. 13
 Searle, J.S. 40
 Seden, L. 86
 Sellaroli, V. 94
- Sellars, W. 40
 Senese, S. 56
 Sessa, A. 47
 Severino, E. 98
 Shelton, D. 86, 87
 Sillari, G. 91
 Silva Sanchez, J.M. 55, 75
 Sgubbi, F. 45, 58, 95, 120
 Smith, R. 84
 Snidal, D. 84
 Soulez Larivière, D. 60
 Spadaro, A. 82
 Stella, F. 43
 Stout, A. 84
 Sugden, R. 92
 Sunstein, C.R. 89, 90, 91, 92
- Taruffo, M. 23
 Tate, N.C. 19
 Taverriti, S.B. 34, 76
 Tega, D. 24
 Teubner, G. 13
 Thaler, R.H. 89-90
 Thon, A. 28
 Torre, V. 47, 51, 74
 Tripodi, F. 45
- Ubertis, G. 95
- Valentini, A. 6
 Vallinder, T. 19
 Vallini, A. 6, 10, 51, 80, 140
 Van Bavel, B. 90
 Van de Kerchove, M. 90
 Van Hoecke, M. 12
 Van Waeyenberge, A. 92
 Vassalli, G. 48, 120, 121
 Venturi, F. 39
 Viale, R. 91
 Vida, S. 93, 94
 Viganò, F. 9, 38, 46, 109, 110, 118, 120
 Viola, F. 13
 Violante, L. 6, 19, 20
 Visconti, A. 99
 Vogliotti, M. 12, 13, 116
 von Liszt, F. 35
- Weber, M. 31, 77
 Wegrich, K. 91

Welch, B. 92
Wenzel, M. 84
Wood, C. 84

Young, Y. 37

Zagrebelsky, G. 15, 82
Zanon, N. 6, 21
Zilletti, L. 6
Zollo, M. 17
Zorzetto, S. 27, 111

PREMIO TESI DI DOTTORATO CITTÀ DI FIRENZE

TITOLI PUBBLICATI

ANNO 2023

Catani Andrea, *L'indipendenza e l'accountability democratica delle banche centrali. Profili comparatistici*

Cinnella Della Porta Silvia, *Traduttori e mercanti. La scoperta inglese del Nuovo Mondo*

Ciravegna Gabriele, *On the Two fold Role of Logic Constraints in Deep Learning*

Colucci Clementina, *Tra ottimizzazione della funzione comando e prospettive di un suo superamento. I nuovi scenari della normatività penale*

Di Gesto Cristian, *Influenze socioculturali, immagine corporea e chirurgia estetica*

Santanni Fabio, *Molecular approaches for quantum technologies. Optimization of electron spin-based quantum bits and quantum logic gates*

Premio Tesi di Dottorato Città di Firenze 2023

Prendendo le mosse dai fattori che pongono in difficoltà la capacità della norma di orientare il comportamento dei consociati e valutando le ricadute di tale crisi sulla prevenzione generale, vengono approfondite le trasformazioni che stanno investendo la struttura normativa fondata sul *command and control* in favore di forme di normatività 'morbida' ove l'osservanza è indotta da meccanismi differenti rispetto all'intimidazione. Infine, vengono messe in evidenza le ricadute sulla norma penale: in alcuni specifici settori, la necessaria consequenzialità tra precetto, violazione e sanzione sfuma in favore di ipotesi di *compliance* penalistica che trovano il proprio punto di forza nell'utilizzo di forme di premialità che mirano al recupero, pur postumo, dell'osservanza.

CLEMENTINA COLUCCI è dottoressa di ricerca in Scienze Giuridiche (indirizzo Discipline penalistiche) presso l'Università di Firenze, dove è stata successivamente borsista e assegnista di ricerca.

ISBN 979-12-215-0663-1 (Print)
ISBN 979-12-215-0664-8 (PDF)
ISBN 979-12-215-0665-5 (XML)
DOI 10.36253/979-12-215-0664-8

www.fupress.com