

# **DIRITTO PENALE DEL NEMICO: UNA LETTURA CRITICA DEI PRESUPPOSTI FILOSOFICI**

*Piero Brunetti*



Abstract: *Il contributo intende approfondire i presupposti giusfilosofici della teoria del diritto penale del nemico nell'impostazione datale dal suo formulatore Günther Jakobs. Ricostruite le nozioni di norma e di persona 'giuridica' proposte dall'Autore, si contesta la condizione di effettività cui quei concetti sono subordinati. In tal modo, anche al cd. nemico (per Jakobs, non-persona 'giuridica') potranno essere assicurate tutte le garanzie dello Stato di diritto.*

Sommario: 1. Introduzione. – 2. La 'norma giuridica vigente' nel pensiero di Jakobs. – 3. La persona 'giuridica' (*im Recht*) nel pensiero di Jakobs. – 4. Limiti del concetto di norma vigente nella costruzione di Jakobs. – 5. Limiti del concetto di persona 'giuridica'. Riflessi di autoritarismo. – 6. Le anomalie strutturali ravvisabili nei presupposti del diritto penale del nemico. – 7. Conclusioni.

## 1. Introduzione

Il "*diritto penale del nemico*" (*Feindstrafrecht*) è una teoria elaborata dallo studioso tedesco Günther Jakobs diversi anni fa[1]. Essa ha alimentato, sin dal suo concepimento, un ricco scambio di idee in dottrina[2].

Tanto interesse è stato suscitato, in particolare, dalle conseguenze ultime di tale teoria. In estrema sintesi, gli individui sarebbero distinti in persone "giuridiche" (*im recht*) e non[3]; i primi, i *cittadini* (*Bürger*), godrebbero di tutte le garanzie dello Stato di diritto; i secondi, i *nemici* (*Feinde*), non godrebbero di tali garanzie (o almeno, non godrebbero di *tutte* le garanzie proprie dello Stato di diritto). Da ciò discenderebbero alcune rilevanti conseguenze: il diritto penale *contro* il nemico si atterrebbe a strumento di prevenzione contro i pericoli o meglio, contro individui pericolosi; contro costoro si dovrebbe[4] procedere anche prima del fatto delittuoso (in specie, anticipando di molto la soglia dell'intervento penale)[5]; in casi di necessità, contro il nemico sarebbe accettabile l'uso della coercizione e finanche della tortura[6].

Si può sin d'ora affermare che il merito di tale teoria, indipendentemente dall'adesione o meno ad essa, è stato rimettere in discussione assunti fondamentali a volte liquidati in maniera sbrigativa dalle riflessioni degli studiosi dei nostri giorni[7]. Il *diritto penale del nemico* ha avuto il merito, insomma, di aver rappresentato un forte momento di "antitesi", in una dialettica fruttuosamente orientata alla *Bildung* della teoria del diritto e del diritto penale.

Jakobs, infatti, provocatoriamente sostiene di basare le proprie riflessioni sul cd. *nemico* non su assunti di politica del diritto, bensì su elementi di filosofia del diritto[8]; in particolare, viene posta una netta linea di demarcazione tra *essere* e *dover essere*. Il *dover essere* viene assorbito dalla *politica del diritto*; il *diritto*, che Jakobs intende analizzare, deve invece riguardare solo ciò che è, se vuole offrire un reale orientamento ai

consociati e non restare idea morta.

Espressamente, Jakobs afferma che il principale e preliminare scopo della sua indagine filosofica sia individuare le condizioni della “giuridicità” e, dunque, i suoi limiti[9]. In particolare, è oggetto della sua riflessione la “giuridicità” dei concetti di *norma* e di *persona*. In linea con quanto riconosciuto dallo studioso tedesco, si può affermare che l'intera teoria del diritto penale del nemico si fondi sulla (ri)costruzione di queste due nozioni. D'altro canto, come dallo stesso Jakobs denunciato[10], la dottrina spesso non si è preoccupata di confutare i presupposti di base della sua teoria, limitandosi solo a criticare le conseguenze di essa[11].

Nel presente lavoro, dunque, si cercherà di sondare eventuali limiti teorici dei presupposti del diritto penale del nemico; non si approfondiranno, invece, le (numerose) critiche, generalmente condivisibili, che vengono mosse alle più estreme conseguenze della teoria in esame.

Si procederà, pertanto, alla ricostruzione delle teorie di Jakobs sui concetti di norma giuridica e di persona. Quindi, si proporranno alcune riflessioni critiche.

## 2. La ‘norma giuridica vigente’ nel pensiero di Jakobs

Jakobs parte dall'analisi del concetto di vigenza giuridica di una norma, articolandolo secondo tre possibili proposizioni[12]: 1) diritto vigente è la relazione reciproca tra persone *fondata come giusta* – pura normatività; 2) diritto vigente è una relazione reciproca tra persone *fondabile come giusta* o pur sempre *come plausibile*, che *nel complesso e in misura rilevante* viene praticata – normatività effettivamente realizzata (*verwirklichte Normativität*); 3) diritto vigente sono le regole della relazione reciproca praticata nel complesso e in misura rilevante tra persone – pura fattualità. Elemento comune alle tre proposizioni è la *reciprocità* della relazione[13] tra persone.

La terza proposizione viene immediatamente esclusa dallo stesso Autore per il semplice fatto che ciò che viene praticato in misura preponderante può essere anche pura violenza[14]; ciò potrebbe, tra l'altro, far venir meno il requisito della reciprocità della relazione giuridica. Va dunque valutata la bontà delle prime due ipotesi.

La prima proposizione, per la quale diritto vigente è il “diritto fondato come giusto”, è puramente normativa. Qui, per Jakobs, “il mondo delle norme giuridiche fa vita a sé”[15]: interessa solamente se le norme giuridiche (e le loro concretizzazioni) possano essere tratte in maniera *formalmente* corretta da una norma autorizzativa vigente, ovvero in maniera *materialmente* corretta da proposizioni sostanziali superiori vigenti; in concreto, i riferimenti normativi possono essere, a seconda delle circostanze, la ragione umana, quella divina o una

Costituzione. Il sistema puramente normativo ha il seguente funzionamento: se l'aspettativa, in cui consiste una norma, non viene soddisfatta, deve seguire una sanzione; se ciò non accade, deve essere sanzionata la negligenza dell'organo statale, etc.

Poste queste premesse, l'attenzione di Jakobs si focalizza su un profilo centrale delle sue tesi: ci si domanda se una norma vigente di tal tipo abbia una reale forza di *orientamento* delle scelte del consociato (tanto che questi sia potenziale vittima, quanto che sia potenziale autore di illeciti). La risposta data al quesito è negativa; un sistema di questo tipo manca di collegamento col mondo reale. L'argomentazione parte dal profilo soggettivo: si risponde alla domanda "*chi* si deve orientare?". Jakobs distingue nettamente la persona in senso puramente normativo (cd. soggetto di diritto) e la persona reale, carica di bisogni ed esigenze umane, "strutturalmente unita con l'individuo"[\[16\]](#).

La sicurezza che una certa norma, fondata come giusta, sia vigente (e che alla violazione di una norma debba seguire una sanzione) può orientare le scelte dell'astratto *soggetto di diritto* (si parla di orientamento "normativo"); è sufficiente, però, che si verifichi una prima violazione di quella norma perché la *persona reale* veda infranta l'aspettativa normativa e cominci ad orientarsi diversamente da come suggerirebbe la norma[\[17\]](#).

Da queste considerazioni, Jakobs deduce che la migliore definizione di diritto vigente sia la *seconda* proposizione sopra riportata, il cui elemento portante non è tanto la fondatezza della norma, quanto la sua effettività. Infatti, la norma astratta rappresenta solo un "inizio nella realizzazione del diritto"[\[18\]](#).

Per Jakobs, un ordinamento giuridico deve offrire alla persona (e in particolare alla vittima potenziale) un orientamento *realmente fruibile*; perciò, deve essere *stabilizzato effettivamente*, concretamente, nel complesso e in misura rilevante. Riprendendo l'insegnamento di Luhmann, si afferma che sono due le condizioni di vigenza, a livello sociale (e giuridico), di una norma[\[19\]](#): in primo luogo, essa deve essere effettivamente osservata; in secondo luogo, qualora la norma venga violata, essa deve essere riaffermata controfattualmente; ciò avviene, in concreto, mediante l'applicazione della sanzione, che riafferma il tenore della norma violata. Mediante questi due momenti, si realizza il "consolidamento cognitivo" della norma giuridica effettivamente vigente, fondamentale per orientare realmente le scelte della persona: non solo della vittima potenziale, ma anche del potenziale autore di un illecito; un potenziale reo potrebbe astenersi dal commettere un reato solo avendo cognizione della praticata disponibilità dello Stato alla persecuzione penale e all'applicazione della pena.

Il dato della vigenza viene così espressamente collegato all'effettività sociale. Limite della vigenza della norma diventa la sua riaffermazione "infinitamente controfattuale"; quest'ultima costituirebbe un ritorno al puro normativismo, in precedenza rifiutato. Infatti, in caso di violazione di una norma, deve essere

sanzionato l'autore della violazione; se questa sanzione non arriva, deve essere sanzionata la negligenza del funzionario adibito ad applicare la sanzione. Tuttavia, si osserva, se non succede nulla nel secondo o nel terzo passaggio, la norma cesserà di essere vigente o – come sostiene Jakobs – finirà per “non svolgere più alcun ruolo per lo sviluppo della società”[20].

### 3. La persona 'giuridica' (*im Recht*) nel pensiero di Jakobs

La prima distinzione necessaria è tra personalità “innata” e personalità “giuridica”[21] (o *in diritto*). La prima, attinente all'individuo in quanto uomo, non sembra essere posta in discussione da Jakobs[22]. Diverso ordine di considerazioni concerne la persona *giuridica*. Con quest'ultima espressione s'intende la persona in senso normativo, cioè la *persona portatrice di diritti e doveri*.

Secondo l'Autore tedesco, anche il concetto di persona *giuridica* deve essere sottoposto alla prova dell'effettività, per non restare astratto concetto normativo – come tale, inutile ad orientare le condotte dei consociati.

Così, sulla falsariga del concetto accolto di norma vigente, Jakobs delinea il concetto di persona *giuridica* “effettiva”. Benché non scritto a chiare lettere, sembra essere persona *giuridica* solo chi *in misura rilevante* (e secondo un modello diffuso rispetto anche ad altri individui, cioè *complessivo*) esercita diritti e adempie doveri di cui è portatore. La definizione si ricava implicitamente dai molteplici riferimenti alla “misura” della condotta tenuta: i delinquenti cd. normali, che rimangono persone *giuridiche*, non adempirebbero “una volta o poche volte” ad un obbligo (dell'enorme complesso dei loro obblighi)[23], e in “molte altre situazioni” si comporterebbero in modo “massimamente adeguato”[24]; i nemici, invece, dedicano la propria vita “in certa misura duratura” a strutture criminali[25].

Rispetto a cittadino e nemico, dunque, sembra cambiare il profilo della violazione di un dovere. A ben vedere, in un'ottica di effettività, la violazione di un dovere rappresenta sempre una negazione della persona *giuridica*, perché, all'atto della violazione, la persona si mostra non più effettivamente portatrice di doveri. Tuttavia, ciò che distingue la violazione da parte di un cittadino da quella di un nemico è il profilo controfattuale: l'inflizione della pena al cittadino (o *delinquente normale*) può consolidare nuovamente il suo essere persona *giuridica*; invece, di fronte a un nemico, che dedica stabilmente la sua vita a strutture criminali, la ri-affermazione della persona *giuridica* attraverso la pena rimane un'aspettativa *infinitamente controfattuale*.

A supporto di questa posizione, Jakobs riporta la tesi di Hobbes[26]. Per il pensatore inglese, elemento portante dello Stato era la sussistenza del potere centrale; così, distingueva tra *cittadino che delinque* e *reo di*

*altro tradimento*. Il cittadino viene condannato secondo la legge emanata; il delinquente politico, invece, viene combattuto come nemico[27]. La ragione di questa differenza, per Jakobs, sta in ciò: il primo cerca un singolo vantaggio illecitamente (il che non deve essere tollerato), ma non mette in discussione il potere centrale; il secondo, invece, combatte contro il principio e il principio, in Hobbes, è incarnato nel potere concreto. Di questa tesi, Jakobs condivide la *ratio*: un avversario per principio va trattato diversamente, in quanto nemico, da un cittadino con manchevolezze probabilmente passeggero.

Attualizzando la riflessione hobbesiana, il nemico viene individuato oggi in chi si oppone per principio alla "società costituzionalmente fondata sulle libertà"[28], ovvero chi si costituisce parte di strutture criminali consolidate: rientrerebbero in questa categoria delinquenti come terroristi, narcotrafficienti, criminali economici etc. In realtà, Jakobs sembra lasciare aperta la possibilità di includere nella categoria dei nemici anche chi, individualmente e senza adesione a strutture criminali, non lasci intravedere una futura possibilità di comportamento conforme a diritto[29]; viene espressamente citato, sebbene *en passant*, il caso del delinquente sessuale che non sembri più avere capacità di autocontrollo[30].

Affinché un individuo possa essere (o meglio, restare)[31] persona *giuridica*, dunque, deve sussistere una presunzione di (futuro) comportamento fedele al diritto. Scrive Jakobs: «Il fondamento (presupposto) della presunzione di esercitare futuro comportamento legale è un elementare debito *portable* di tutti i cittadini: poiché solo laddove sia fondata e costante questa presunzione, e la fondazione della stessa possono prestarla solamente gli stessi cittadini, è possibile reciprocamente un rapporto basato tanto sulla libertà quanto sull'assenza di paura. Una personalità effettiva, che presieda all'orientamento, non può proprio essere conseguita attraverso astratti postulati [ossia, l'affermazione per cui ciascuno ha sempre il diritto di essere trattato come persona]; piuttosto, è necessario che chi deve essere persona "collabori", e cioè, è necessario che egli offra la *sua* parte di prestazione, ossia che garantisca sufficiente fedeltà al diritto. [...] Chiunque sia in grado di promettere almeno in qualche misura fedeltà all'ordinamento, è titolare di una legittima pretesa a essere trattato come persona in diritto. Chi non offre simile garanzia in modo credibile, tendenzialmente viene trattato da non cittadino»[32]. Non è necessario che la presunzione di fedeltà al diritto venga meno in senso assoluto: è nemico anche chi, magari buon padre di famiglia o amante degli animali, fa cadere rispetto a certi ambiti la presunzione di comportamento fedele al diritto[33].

Le conseguenze della qualifica di nemico sono diverse.

In primo luogo, al nemico vengono tolti (alcuni) diritti, ma i suoi doveri restano impregiudicati, pur se, sul piano cognitivo, non si può più contare sull'adempimento degli obblighi da parte sua[34]. Il nemico, dunque, si atteggiava a «nemico parziale»[35].

In secondo luogo, la relazione con il nemico perde il suo carattere giuridico: siccome al nemico vengono tolti

diritti, manca la condizione di reciprocità propria della relazione giuridica. Il nemico viene escluso come consociato. Questa esclusione è inevitabile se si vuole offrire ai consociati un reale orientamento nei loro comportamenti quotidiani<sup>[36]</sup>. È comunque opportuno un chiarimento: è l'ordinamento, e non l'individuo, a decidere *se, quando e come* lo stesso individuo debba essere escluso (e dunque qualificato come nemico); inoltre, Jakobs riconosce l'eventualità che un ordinamento scelga di non escludere nessuno, nonostante l'alto costo di questa scelta (in termini di orientamento dei consociati e di sopravvivenza dell'ordinamento)<sup>[37]</sup>.

L'esclusione del nemico e la degiuridicizzazione [*Entrechtlichung*] della relazione con il nemico non possono portare a reazioni illimitate contro di lui: vanno comunque preservate "alcune garanzie dello Stato di diritto del diritto penale sostanziale e processuale"<sup>[38]</sup>. Tuttavia, queste non sono precisate in modo puntuale: il pensatore tedesco si limita a sostenere che i diritti e libertà del nemico vadano circoscritti in base a criteri di ragionevolezza e di necessità (da valutarsi, presumibilmente, a seconda delle circostanze concrete)<sup>[39]</sup>.

Da ultimo, va posta in risalto una posizione ambigua di Jakobs con riguardo alla causa dell'intervento statale e al profilo della colpevolezza del nemico. Da un lato, afferma che il nemico è prima di tutto un delinquente, e "come delinquente egli porta lo stigma di essere colpevole"<sup>[40]</sup>; dall'altro, immediatamente dopo, afferma che con un nemico non è sufficiente l'inflizione di una pena proporzionata alla colpevolezza, ma piuttosto – in ipotesi di anticipazione della tutela – si deve procedere *prima* del fatto delittuoso o *in aggiunta* rispetto alla pena, approntando un apparato di sicurezza. Il diritto penale, in particolare, assumerebbe la funzione di tutela dai pericoli rappresentati dai nemici<sup>[41]</sup>.

Da qui, comincia la trattazione delle conseguenze del diritto penale del nemico, ampiamente criticate dalla dottrina. Esse esulano dall'oggetto della presente indagine.

#### **4. Limiti del concetto di norma vigente. La norma vigente in un ordinamento democratico**

Diversi appaiono i punti censurabili nella ricostruzione del concetto di "norma giuridica vigente". L'analisi deve partire dalle tre proposizioni di diritto vigente formulate dallo studioso di Bonn.

Sicuramente condivisibile è l'esclusione della terza proposizione, operata dallo stesso Jakobs, per i motivi da lui stesso riconosciuti: il diritto non può essere pura fattualità. L'attenzione, allora, deve focalizzarsi sulle prime due proposizioni: per la prima, diritto vigente è la relazione reciproca tra persone *fondata come giusta*; per la seconda, diritto vigente è una relazione reciproca tra persone *fondabile come giusta* o pur sempre come *plausibile*, che *nel complesso e in misura rilevante* viene praticata.

La prima proposizione differisce dalla seconda per due elementi: un primo elemento, esplicito e positivo, è la *fondatezza* (e non la mera *fondabilità*) *come giusta* della regola di diritto vigente; un secondo elemento,



implicito e negativo, è che tale regola non viene praticata complessivamente e in misura rilevante, e dunque non è effettiva. Così completata la prima proposizione, è chiaro come essa si dimostri (parzialmente) fallace. Come afferma lo stesso Jakobs, riportando Kelsen, una norma pur fondata ma senza efficacia non vale più di un desiderio – il che pare *prima facie* condivisibile.

Dal secondo elemento, implicito e negativo, della prima proposizione, Jakobs fa discendere delle riflessioni in tema di orientamento del consociato rispetto alla norma (giuridica) *vigente*, ma non effettiva. Sembra in parte condivisibile come un sistema normativo di tal tipo possa non ispirare (più) le scelte del consociato. Tuttavia, non condivisibile risulta l'assunto[42] per cui, in caso di ineffettività della norma, venga erosa la sua "vigenza": viene erosa non la "vigenza", ma *quell'aspetto del concetto di vigenza che è l'effettività*. Si tornerà a breve sul punto.

La seconda proposizione, invece, sembra adattarsi assai male al concetto di vigenza giuridica. Jakobs sembra parlare di "diritto vigente" precisamente in termini di "diritto consuetudinario"; elementi centrali sono: 1) la *fondabilità come giusta o plausibile* di una norma (giuridica); 2) la pratica (di quella norma) *complessiva e in misura rilevante* da parte dei consociati. Il primo elemento ricorda l'"*opinio iuris sive necessitatis*", nel riferimento, quale minimo parametro di vigenza, alla plausibilità di una norma. Il secondo elemento evoca nettamente la "*diuturnitas*". Tuttavia, com'è noto, la consuetudine non è una *norma* giuridica, bensì una *fonte* di norme giuridiche; la seconda proposizione andrebbe, allora, riformulata in questo modo: "*fonte di diritto vigente è la relazione reciproca tra persone fondabile come giusta o pur sempre come plausibile, che nel complesso e in misura rilevante viene praticata*". Una tale affermazione sarebbe senza dubbio corretta, ma andrebbe storicizzata e riportata nel nostro ordinamento, ove la consuetudine occupa il gradino più basso nella gerarchia delle fonti del diritto, se non altro, per il suo scarso grado di legittimazione democratica; potrebbe così già essere relativizzata la portata innovativa delle riflessioni di Jakobs in materia di "condizioni di giuridicità".

Forse, lo stesso riferimento alla *fondabilità* (e non alla *fondatezza*) *come giusta* di una regola di un rapporto si attaglierebbe assai meglio ad un ordinamento sociale e pre-giuridico che ad un ordinamento giuridico[43]; solo così si spiegherebbe il carattere meramente potenziale (e non attuale) della fondatezza di una regola in un rapporto reciproco tra persone. D'altronde, lo stesso Jakobs tradisce la necessità di un *fondamento normativo attuale* allorché il nemico è individuato in chi si oppone alla "società costituzionalmente *fondata sulla libertà*"[44]; coerenza avrebbe invece voluto che si qualificasse come nemico colui il quale si oppone alla società che *complessivamente e in misura rilevante* pratica [diritti e] libertà, con tutti i limiti che sarebbero derivati nell'individuazione, prima ancora del nemico, della società in questione.

Quasi un paio di millenni or sono, scrisse Ovidio: "*Medio tutissimus ibis*", cioè "*nel mezzo camminerai sicurissimo*". L'insegnamento torna attuale nella presente analisi.

La definizione apparentemente più corretta di diritto vigente prende in considerazione gli elementi positivi della prima e della seconda proposizione suggerite da Jakobs: può dirsi diritto vigente la relazione reciproca tra persone (1) che è *fondata come giusta* (da una norma giuridica) e (2) che *complessivamente e in misura rilevante viene praticata*. Il primo elemento risulta indispensabile per i motivi sopra riportati, e cioè: 1) una *fondabilità come plausibile* della regola del rapporto potrebbe, a tutto concedere, limitare la portata della definizione a quella fonte di diritto che è la consuetudine<sup>[45]</sup>; 2) l'assenza di fondatezza, cioè la pura fondabilità, renderebbe la norma, più probabilmente, vigente in un ordinamento sociale e pregiuridico. Il secondo elemento, l'effettività, risulta complementare al primo affinché una norma non viva nell'empireo. I due elementi proposti non sono, per altro, logicamente equiparabili. Il primo, formale, è vero e proprio presupposto di vigenza (cioè: o la regola è *fondata* come giusta o non è giuridica); il secondo, materiale, ne è invece complemento, per così dire "relativo": da un lato, deve accompagnarsi al primo per entrare nel concetto di vigenza, siccome da solo non è sufficiente a fondare una regola giuridica; dall'altro, la sua assenza porta a sfumare la forza del precetto (ormai solo formalmente vigente)<sup>[46]</sup>. A dimostrazione di quanto proposto, si formulano le seguenti considerazioni.

Occorre riflettere sul caso in cui la norma venga a mancare di effettività, ossia su quel fenomeno che Jakobs chiama "erosione"<sup>[47]</sup> della vigenza della norma. È questo il caso in cui mancano tanto il profilo *fattuale* che quello *controfattuale*: non solo la norma non viene rispettata, ma non vengono sanzionati neanche gli autori delle violazioni.

Non ci sembra corretto affermare, come fa Jakobs, che l'assenza di effettività erode la vigenza della norma. Sembra più corretto dire che l'assenza di effettività erode *quell'aspetto del concetto di vigenza* che è, appunto, la pratica complessiva e in misura rilevante di una certa norma. Tuttavia, resta pur sempre esistente (il requisito del)la *fondatezza come giusta* della regola giuridica (complessivamente e in misura rilevante) non osservata.

In un sistema democratico, d'altronde, non potrebbe essere diversamente. È compito dell'organo statale, legittimato in qualche misura dal popolo sovrano, se del caso e con le procedure idonee, eliminare una norma ormai completamente ineffettiva; la ragione sta, come minimo, nel (dovuto) rispetto di una coerenza del sistema. Fino a quando, tuttavia, ciò non accade, un sistema che voglia dirsi democratico deve sopportare il rischio della esistenza di norme vigenti (perché fondate come giuste) ma ineffettive; diversamente, facendo conseguire alla ineffettività di una norma il venir meno della sua stessa vigenza, crollerebbe l'impalcatura democratica dell'ordinamento giuridico, con rischi per la libertà e le garanzie dei consociati. Se ci è consentita l'espressione, si rischierebbe di giungere a un "autoritarismo dal basso", per certi versi inedito<sup>[48]</sup>.

Si analizzi, ora, il versante dell'orientamento dei consociati. Si ponga il caso di una condotta che una regola

fonda come giusta ma che *quasi nessuno* osserva, ovvero il caso di una condotta che una regola fonda come ingiusta ma che *quasi tutti* tengono: come dovrà orientarsi il cittadino?

In premessa, va ricordato che, secondo quanto detto, la norma sarebbe in ogni caso vigente. Eppure, a Jakobs andrebbe riconosciuta qualche ragione. Nel caso estremo (e irrealistico) in cui *proprio nessuno* rispetti una regola vigente e a queste violazioni non seguano sanzioni, è *come se* la norma smettesse di essere vigente, benché non sia così[49]. In questo caso, il problema effettivamente rimane[50].

Tuttavia, si è detto che in termini di *effettività* si prende a riferimento una misura *rilevante*, ma non *totale*, di condotte sociali conformi o meno alla norma (ovvero, sotto il profilo controfattuale, di irrogazione di sanzioni). Allora, l'orientamento dei consociati non necessariamente sarà nel senso di non seguire un comando vigente ma ineffettivo; ciò in quanto l'assenza di effettività di una norma non può far venire meno, *in modo totale*, l'aspettativa del rispetto della norma (nell'ottica del *civis* comune) ovvero l'aspettativa di una sanzione (nell'ottica del potenziale reo).

Dunque, di fronte a una norma fondata come giusta ma non effettiva – nel senso indicato da Jakobs e poc'anzi chiarito, cioè violata in misura rilevante ma non totale – l'orientamento del cittadino dovrebbe essere pressappoco questo: in caso di violazione, è lecito aspettarsi una sanzione, la quale può arrivare o non arrivare, a seconda della reale capacità di controllo e sanzione di quella società; invece, non è lecito – come sembra ipotizzare Jakobs – aspettarsi che, a seguito di una violazione, una sanzione *non arrivi* o, meglio, *non debba* arrivare.

È così chiarito come anche una norma vigente ma non effettiva conservi una capacità di orientamento anche per quel consociato, che sia, per utilizzare la massima biblica citata da Jakobs[51], *pronto nello spirito ma debole nella carne*. Sarà senza dubbio una capacità di orientamento minore rispetto a quella di una norma vigente ed effettiva, ma non per questo inesistente.

D'altra parte, se così non fosse, sarebbero prossimi i tempi in cui ciascun consociato, ormai disorientato rispetto a una norma ineffettiva, difenda la propria pretesa – giuridicamente fondata – personalmente, con tutte le precauzioni e gli accorgimenti del caso: il preambolo di una sorta di *società degli* offendicula.

Impostato il discorso sulla vigenza in questo modo, parrebbe opportuno porre una linea di demarcazione tra i concetti di *legittimità* e di *vigenza*, che nella costruzione di Jakobs sembrano sovrapporsi[52]. Solo in un sistema democratico tale distinzione assume pregnanza, laddove il consenso del popolo sovrano “legittima” una determinata norma giuridica. La legittimità *incide* sulla vigenza, ma *non coincide* con essa. In un sistema democratico, è infatti teoricamente possibile che una norma venga *illegittimamente* fondata come “giusta”. In questo caso, la norma *dovrà* – non *potrà*, come nel caso di mera ineffettività – essere eliminata, perché non conforme al parametro di legittimità, il quale consiste nella norma che promana dalla fonte gerarchicamente

superiore, espressione di maggiore consenso democratico[53].

La legittimità, in effetti, consente di evitare un irrigidimento del concetto di vigenza. Infatti, il cittadino deve orientare la sua condotta solo verso la norma *legittimamente fondata*. Può invece disobbedire alla norma vigente che ritenga illegittimamente fondata (cd. disobbedienza civile), assumendosi le responsabilità del caso[54]. Ecco, quindi, come ritorna quel fisiologico collegamento tra *essere* e *dover essere* che la teoria del diritto penale del nemico, nella sua pretesa *descrittività*[55], mirava ad eliminare.

Sarebbe forse corretto riformulare un'ultima volta la condizione di vigenza giuridica di una norma, in un ordinamento democratico: qui, dovrebbe definirsi diritto vigente la relazione reciproca tra persone che è *legittimamente fondata* come giusta e che viene praticata complessivamente e in misura rilevante.

### 5. Limiti del concetto di persona 'giuridica'. Riflessi di autoritarismo

In chiave critica rispetto a quelli che Jakobs ritiene essere i limiti del concetto di persona giuridica, vanno fatte osservazioni non dissimili da quelle svolte in tema di vigenza della norma. L'effettività non può scalzare il dato della fondatezza di un dato giuridico: se un individuo in misura rilevante non adempie ai suoi doveri – o meglio, ad alcuni dei suoi doveri – sanzionati penalmente, la sanzione non può cadere sulla capacità giuridica dell'individuo di essere titolare di situazioni giuridiche. Peraltro, tale capacità non solo è *fondata* normativamente e, dunque, non è superabile, in un ordinamento democratico, dal mero dato dell'effettività, per le ragioni già esposte[56], ma è altresì *fondativa* dello stesso ordinamento giuridico democratico. Infatti, nello Stato democratico *l'esilio giuridico* non è in alcun modo concepibile.

Le ragioni di questo rifiuto possono spiegarsi se si riflette sul fondamento e, dunque, sui limiti del potere dello Stato democratico di incidere sulle sfere di libertà e diritti dei consociati/cittadini[57]. In un ordinamento giuridico democratico, idealmente, il potere dello Stato è quello e proprio quello che gli *individui*, all'atto costitutivo della convenzione sociale, gli affidano, rinunciando ad una propria quota di libertà e di potere; si tratta di un'idea che riecheggia sin dal concetto di contratto sociale elaborato nel '700[58]–. *Contestualmente* alla costituzione dello Stato, in un ordinamento democratico, nasce la personalità giuridica dei *consociati*, cioè la capacità di essere titolari di situazioni giuridiche. Consentire allo Stato di ritenere "degiuridicizzata" una persona a seguito della violazione, in misura rilevante, di un suo dovere, per quanto posto a tutela di un valore massimo, significa attribuire allo Stato una quota di potere superiore a quella sua legittima; infatti, lo Stato, da potere costituito democraticamente, si trasformerebbe in potere (sé)costituente, volta per volta capace di scegliere chi ne legittima l'esistenza[59].

Perciò, il riferimento fatto da Jakobs a Hobbes[60] è giusto nella misura in cui la logica di fondo della tesi di

Hobbes venga applicata ad un ordinamento – postulato da Jakobs come già esistente – non democratico, autoritario e centralizzato. Diversamente, quel riferimento non è giusto con riguardo ad ordinamenti democratici, quali sono attualmente, ad esempio, quello italiano o quello tedesco.

L'essenziale elemento della *reciprocità*<sup>[61]</sup>, in una relazione giuridica “fondata”, sta non tanto nelle situazioni giuridiche imputabili ai soggetti di quella relazione, quanto anzitutto nella qualità di persone in diritto degli individui della relazione; questa qualità è fondata normativamente ed è intoccabile, perché alla base di una qualsiasi relazione (giuridica) in un ordinamento democratico.

Si noti che queste affermazioni non aprono un discorso di “politica del diritto”<sup>[62]</sup>: andrebbe altrimenti dimostrata l'essenza non democratica dell'ordinamento tedesco (o italiano) per giungere a conclusioni simili a quelle di Jakobs – cosa che non pare sia stata svolta dall'Autore di Bonn. Ancora una volta, come in tema di vigenza delle norme, si nota il carattere velatamente autoritario dei presupposti del diritto penale del nemico.

Dunque, la sanzione, a fronte di una violazione, può tutt'al più incidere su alcune situazioni giuridiche di cui il soggetto è titolare<sup>[63]</sup>.

Di conseguenza, anche il rapporto con colui che è qualificato come “nemico” da Jakobs ha natura giuridica. Riportare al diritto il rapporto con il cd. “nemico” significa, quindi, riportare tale rapporto sotto una norma giuridica; come chiarito in precedenza<sup>[64]</sup>, in un ordinamento democratico, la norma giuridica del rapporto dovrà essere legittimamente fondata per essere vigente; perciò, non ogni intervento sulla persona del “nemico” risulta legittimo, al di là di qualsiasi logica di *extrema ratio* sostenuta da Jakobs<sup>[65]</sup>.

Nel trattamento del “nemico” entrano così in gioco tutti quei diritti e garanzie da Stato sociale di diritto, costituzionalmente fondati, che garantiscono la persona. Nel nostro ordinamento costituzionale, possono ricordarsi i principi di legalità, determinatezza e tassatività (artt. 25 co. 2 e 13 Cost.), di personalità della responsabilità penale (art. 27, co. 1 Cost.), di sussidiarietà (artt. 2, 3, 13, 25, co. 2 e 3 Cost.), di offensività (artt. 13, 25, co. 2 e 3, 27, co. 3 Cost.), di materialità (artt. 19 e 25, co. 2 Cost.) e ancora i generali principi di proporzione e ragionevolezza (art. 3 Cost.) e di tutela della dignità umana (artt. 2, 3, co. 1, 27, co. 1 e 3, 32, co. 2, 41, co. 2 Cost.). In ambito processuale, possono ricordarsi i principi di “naturalità” del giudice (art. 25, co. 1 Cost.), di presunzione di non colpevolezza (art. 27, co. 2 Cost.), di inviolabilità dei diritti della difesa (art. 24 Cost.), di soggezione alla legge (art. 101, co. 2 Cost.), di obbligo della motivazione (art. 111 Cost.), di obbligatorietà dell'azione penale (art. 112 Cost.)<sup>[66]</sup>. Tuttavia, considerazioni ulteriori sul punto esulerebbero dallo spettro della presente indagine, limitata ai presupposti del diritto penale del nemico.

Quanto detto dovrebbe già costituire un'antitesi sufficiente alla visione di persona “giuridica” presa a riferimento da Jakobs<sup>[67]</sup>. Ad ogni modo, il carattere autoritario e antidemocratico di tale concezione

potrebbe essere rivelato anche da riflessioni eterogenee.

Innanzitutto ed *en passant*, sembra esistere un'asimmetria tra la definizione di persona "giuridica" proposta da Jakobs all'inizio delle sue tesi ed il concetto di persona "giuridica" poi concretamente assunto a riferimento. In principio, si dice che persona *giuridica* è portatrice di *diritti* e di *doveri*[68]; nel seguito, persona *giuridica* sembra diventare portatrice soltanto di *doveri*. Infatti, solo in relazione all'inadempimento dei doveri verso lo Stato (in particolare, di quelli sanzionati mediante pena[69]) scatta il momento della "verifica controfattuale", necessario per accertare l'effettività (e dunque la giuridicità) della persona *giuridica*; d'altro canto, sarebbe difficile impostare logicamente una verifica controfattuale, che sia utile ad accertare l'esistenza in concreto, effettiva di un diritto in capo a un soggetto, qualora il soggetto titolare decida di non esercitare quel diritto. Ad esempio, si pensi al caso in cui un cittadino decida costantemente di non esercitare il proprio diritto di voto; tale mancato esercizio, in misura rilevante, non porta mai di per sé alla perdita effettiva della titolarità di tale diritto, nonostante non vi sia una verifica controfattuale che ne comprovi l'esistenza volta per volta[70].

Se persona giuridica è effettivamente solo chi è portatore di doveri, si comprende la rilevanza della *presunzione di fedeltà al diritto* quale condizione (e limite) del riconoscimento della personalità giuridica. Va pure osservato che la presunzione di fedeltà, per come impostata da Jakobs, ha una logica di fondo particolarmente censurabile. L'assunto centrale è quello secondo cui il fondamento della presunzione di fedeltà al diritto può essere prestato dagli stessi "cittadini"[71] attraverso una "*collaborazione*"[72]. L'idea di fondo, allora, non sembra rispondere al principio "ciascuno è cittadino/persona-in-diritto fino a prova contraria (cioè fino a violazioni rilevanti)", come si vorrebbe far credere configurando la presunzione di fedeltà quale *elementare debito portabile*, ma piuttosto "nessuno è cittadino/persona-in-diritto fino a prova contraria (cioè fino al momento di un'attiva collaborazione, che possa creare un'aspettativa futura)"[73].

In quest'ottica, non si tratterebbe neppure di un ideale, occasionale regresso da uno Stato costituito a uno Stato costituente, come sopra segnalato; di più: in questa prospettiva, lo Stato nascerebbe e sarebbe continuamente "sé-costituente", selezionando chi potrebbe farvi parte e chi non potrebbe (più?) farvi parte[74]. Si configura così un'autopoiesi non più limitata al dato della giuridicità della norma, ma addirittura legata alla selezione del corpo sociale. La fedeltà, dunque, si trasforma in adesione forzata dell'individuo al principio (posto dal potere in quanto potere) a pena di non-inclusione. La sostanza ricorda il modello politico del Leviatano, benché forse il modello *jakobsiano* si dimostri addirittura più severo nelle modalità attuative.

Ancora una volta, dunque, tale modello appare autoritario nei suoi presupposti; sotto una maschera di descrizione del reale, sembra annidarsi un ideale ben definito di Stato e ordinamento, non coincidenti e non armonizzabili con ordinamenti *democratici* – così definibili, fino a che non sia data effettiva prova contraria – quali, per esempio, quello tedesco o italiano[75].

## 6. Le anomalie strutturali ravvisabili nei presupposti del diritto penale del nemico

Fin qui si è tentato di entrare nella “fortezza teorica” costruita da Jakobs e di rivalutarne *dall'interno* gli elementi caratteristici; nulla impedirebbe, tuttavia, di fare un passo indietro per osservarne già *dall'esterno* alcune “anomalie strutturali”. Fuor di metafora, andrebbe posta attenzione sugli stessi concetti di effettività, orientamento e vigenza, dal cui intreccio nasce la suesposta e criticata teoria jakobsiana.

È in primo luogo da segnalare il problematico rapporto tra il concetto di *effettività* della norma e quello di *orientamento* dei consociati.

L'effettività risulta essere una misura tendenziale e relativa (e non precisa e assoluta), come dimostrano i molteplici riferimenti, nella tesi di Jakobs, ad un certo numero “rilevante” o “irrilevante” di affermazioni o violazioni di una norma.

D'altro canto, anche l'orientamento del consociato sembra essere una misura tendenziale e relativa; infatti, l'orientamento attiene a una fase psicologica precedente all'atto, in cui il soggetto (generalmente) pondera le conseguenze del suo agire. In questa fase, rientrano valutazioni eterogenee, tra cui può essere inclusa quella relativa al grado di effettività di una norma, la quale permette, impone o vieta una data condotta. Sarebbe tuttavia pretenzioso assumere che questa valutazione sia il principale motore delle azioni (lecite o meno) dell'individuo[76].

Stabilire, dunque, un collegamento metodologico tra effettività di una norma e orientamento di un consociato risulta già in astratto difficile: sarebbe necessario avere come riferimento o un concetto preciso di norma effettiva (il che non è dato), o un individuo che assuma decisioni come un automa (il che è irrealistico).

L'indeterminatezza della relazione tra effettività e orientamento si evidenzia maggiormente allorché si tenti di concretizzarla.

A proposito dell'effettività, sorgono molteplici interrogativi: cosa vuol dire “in misura rilevante”? Quante volte sono “poche volte”? Soprattutto, chi lo stabilisce? Ipotizzando pure che vi sia un soggetto *capace di* (ma soprattutto *legittimato a*) decidere la “misura rilevante”, sulla base di quale parametro stabilirà questa misura? Concretamente, se il parametro utile a stabilire la misura dell'effettività è il grado di “orientamento” dei “consociati”[77], si naviga nella vaghezza. Per esempio, si dovrebbe conoscere quante violazioni altrui ciascun consociato può tollerare prima di “spazientirsi” e orientarsi diversamente rispetto a quella norma ripetutamente violata; si dovrebbe conoscere quanta forza di orientamento abbia ogni momento controfattuale, successivo al primo, al secondo o al terzo grado di violazione[78], per ciascun consociato; quindi, si dovrebbe ottenere una media della soglia di pazienza tra tutti i consociati per arrivare a stabilire

quale sia la misura rilevante, oltre la quale una norma non sia più vigente. Sarebbe, insomma, un'operazione ai limiti del possibile[79]. Considerazioni analoghe varrebbero per il concetto effettivo di persona giuridica secondo Jakobs.

Quanto osservato si riverbera, poi, sul concetto di vigenza. A differenza dei due precedenti concetti – cioè l'orientamento dei consociati e l'effettività della norma – la vigenza sembra essere una misura *tranchante*: essa c'è o non c'è. Considerato il carattere *sfumato* delle prime due nozioni, risulta difficile ipotizzare una relazione univoca tra effettività, orientamento e vigenza; una soluzione potrebbe essere quella di aprire la strada ad un concetto intermedio di "quasi-vigenza"[80], ma è dubbio che una tale apertura possa offrire risposte chiare alla ricerca della giuridicità *effettiva*.

Insomma, Jakobs sembra basare tutta la sua tesi su di un concetto, l'effettività, a sua volta *non effettivo*: chiaro in astratto, estremamente difficile da cogliere in concreto[81]. Dunque, è forse vero quanto denuncia Jakobs a proposito del rischio di astrattezza legato alla politica del diritto[82]; non è meno vero, però, che anche la filosofia del diritto, tanto autorevolmente posta alla base delle successive tesi di Jakobs, dimostra, in questo caso, una disarmante mancanza di concretezza.

## 7. Conclusioni

In conclusione, occorre rilevare l'incongruenza dei presupposti filosofici del diritto penale del nemico. L'autorevolezza, con cui si rivendicava un fondamento reale a tale teoria, sembra essersi rivelata mal posta. Emerge, anzi, un disegno poco rassicurante di scardinamento del diritto per come oggi è conosciuto, perseguito ancorando la vigenza di una regola alla sua "fondabilità" e alla sua concreta effettività, nonché trasformando la personalità giuridica (almeno in ambito penale) in un premio di buona condotta. Il salto dal descrittivo al prescrittivo risulta evidente. Un ordinamento democratico non può rischiare di rinnegare se stesso davanti ad un presunto nemico: il rischio sarebbe la delegittimazione dello Stato e la sua stessa trasformazione in "nemico".

È desiderabile un ordinamento *giuridico perché effettivo*, rispetto al fine dell'orientamento delle condotte dei consociati? È desiderabile stigmatizzare qualcuno come "nemico"? Infine, è desiderabile non avere dei riferimenti certi cui aggrappare il pesante attributo di nemico? Queste domande andrebbero poste a quella madre che oggi, nell'ordinamento dittatoriale nordcoreano, rischia concretamente l'internamento per aver salvato dall'incendio della propria casa il figlioletto piuttosto che il dipinto di Kim Jong-un (facendo venire meno la presunzione di fedeltà all'ordinamento?) [83]. Laddove si esuli da un ordinamento democratico e da un sistema penale rivolto alla legittima tutela di beni giuridici, risultati simili rischiano di diventare frequenti.



Benché non esplicitamente rivolte verso i presupposti fondativi del diritto penale del nemico, risulta peraltro condivisibile il dissenso diffusamente manifestato dalla dottrina di fronte a tale teoria<sup>[84]</sup>.

L'auspicio è che la consapevolezza di essere parte di uno Stato democratico non venga mai meno nel popolo sovrano, a cui spetta, nelle forme costituzionalmente regolate, il potere ultimo di decidere come affrontare problemi gravissimi dei nostri giorni, tra i quali il terrorismo e la delinquenza politica.

[1] La prima versione della teoria del diritto penale del nemico fu presentata da Jakobs nel corso delle giornate dei Professori di diritto penale, che hanno avuto luogo a Francoforte nel 1985. È stata illustrata nella sua versione definitiva nel 1999, durante le giornate berlinesi dal titolo "La scienza del diritto penale a fine millennio". Cfr. G. JAKOBS, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung (Referat auf der Strafrechtslehrtagung in Frankfurt a.M. im Mai 1985)*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 97, 1985, p. 753 ss.; G. JAKOBS, *Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart (Kommentar)*, in A. ESER- W. HASSEMER – B. BURKHARDT (a cura di), *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*, Monaco, 2000, p. 51 ss.

[2] Le voci che in dottrina si sono interessate specificamente al tema sono innumerevoli. Per dei riferimenti bibliografici minimi, possono ricordarsi l'opera collettanea a cura di M. DONINI e M. PAPA (con contributi di K. AMBOS, M. CANCIO MELIÁ, T. HÖRNLE, F. MUÑOZ CONDE, C. PRITZWITZ, A. APONTE, D. PASTOR, D. COLE, M. DUBBER, V. DINH e G. FLETCHER) e quella a cura di A. GAMBERINI e R. ORLANDI (con contributi, oltre che dei curatori, di C. GALLI, V. RUGGIERO, T. PADOVANI, F. MUÑOZ CONDE, G. QUINTERO-OLIVARES, G. JAKOBS, M. DONINI, G. FIANDACA, G. CUSSAC, D. PULITANÒ, G. INSOLERA, G. LOSAPPIO, A. CAVALIERE, R. KOSTORIS, L. SALAS, B. PAVISIC, E. FRONZA, D. GIOIA). Cfr. DONINI-PAPA (a cura di), *Diritto penale del nemico: un dibattito internazionale*, Milano, 2007; GAMBERINI-ORLANDI (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Bologna, 2007.

[3] Cfr. *infra* par. 3. Come si avrà modo di evidenziare, l'idea che alcuni individui possano essere considerati come "non-persone" in diritto (o non-persone "giuridiche") riecheggia anche nei titoli di alcuni articoli del giurista tedesco sul tema; emblematicamente, Cfr. JAKOBS, *Terroristen als Personen im Recht?*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2005, 839 ss. Nel prosieguo, dunque, si farà riferimento all'espressione persona "giuridica" nella particolare accezione *jakobsiana* e non in quella tradizionale e civilistica di *ente*.

[4] Non è ben chiaro se *si debba* procedere prima del fatto delittuoso, *si possa* procedere prima del fatto delittuoso ovvero *si proceda* prima del fatto delittuoso. Salvi successivi approfondimenti, va segnalato come una delle principali ambiguità delle tesi di Jakobs, spesso denunciata dai suoi critici, sia il passaggio dalla asserita descrizione di un dato normativo ad un presumibile programma di politica criminale. Cfr. per la

dottrina italiana: A. CAVALIERE, *Diritto penale "del nemico" e "di lotta": due insostenibili legittimazioni per una differenziazione, secondo tipi di autore, della vigenza dei principi costituzionali*, in GAMBERINI-ORLANDI (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, cit., p. 273; D. PULITANÒ, *Il problema del diritto penale del nemico, tra descrizione e ideologia*, in GAMBERINI-ORLANDI (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, cit., p. 234; in termini dubitativi, R. KOSTORIS, *Processo penale, delitto politico e "diritto penale del nemico"*, in GAMBERINI-ORLANDI (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, cit., p. 298; per la dottrina straniera, *ex multis*, K. AMBOS, *Diritto penale del nemico*, in DONINI-PAPA (a cura di), *Diritto penale del nemico*, cit., p. 49 ss.

[5] Cfr. G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico? Una analisi delle condizioni di giuridicità*, in GAMBERINI-ORLANDI (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, cit., p. 121 ss.

[6] Scrive Jakobs: « [...] [i] terroristi, dei quali sia provata la responsabilità almeno della progettazione (§129 a StGB), anche con pregiudizio della loro libertà di decisione e di azionamento della volontà, vengono costretti a fare rivelazioni con riguardo a gravi pericoli; più ancora, devono essere costretti, perché lo Stato, essendo gravato del suo obbligo di protezione nei confronti dei cittadini, non può rinunciare ad alcun mezzo il cui utilizzo sia tanto consentito quanto ragionevole, laddove persecuzione penale e prevenzione dei pericoli si confondono [...] Certamente poi può essere necessario che la forza con cui si esige l'adempimento dell'obbligo diventi di portata tale che la si può chiamare ormai solo tortura, un modo di agire che dunque depersonalizza il soggetto passivo della tortura. Questo sarebbe l'ambito della relazione con un nemico»; così G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico?*, cit., p. 128; idee ribadite in JAKOBS, *I terroristi non hanno diritti* (traduzione di *Terroristen als Personen im Recht?*, 2005), in KOSTORIS – ORLANDI (a cura di), *Contrasto al terrorismo interno ed internazionale*, Torino, 2006, pp. 14-15.

[7] Cfr. *ex multis*, F. MANTOVANI, *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell'amico, il nemico del diritto penale e l'amico del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 2007, p. 472.

[8] Cfr. G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico? Una analisi delle condizioni di giuridicità*, in GAMBERINI-ORLANDI (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, cit., pp. 111, 120.

[9] Cfr. G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico?*, cit., pp. 109, 111, 120.

[10] Cfr. G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico?*, cit., pp. 119-120

[11] Riguardevole eccezione è costituita dalla critica, a tutto tondo, di A. CAVALIERE, *Diritto penale "del nemico" e "di lotta"*, in GAMBERINI-ORLANDI (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, cit., p. 265 ss.

[12] Cfr. G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico?*, cit., p. 111

[13] Da intendersi, a quanto sembra, come reciprocità di diritti e obblighi – come suggerisce il riferimento

alle posizioni dei “legittimati” (i.e. i titolari di diritti) e degli “obbligati”. Cfr. *op. loc. ult. cit.*

[14] Idea che riecheggia (per non tornare troppo indietro nel tempo) già in Rousseau: cfr. J.J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, traduzione di Maria Garin, Roma-Bari, 2010, pp. 10-11.

[15] G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico?*, cit., p. 111

[16] Cfr. G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico?*, cit., p. 112. Per un’interessante ricostruzione della personalità giuridica in Jakobs e dello “Stato di prevenzione”, cfr. AMENDOLA A., *Persona e soggetto giuridico nello Stato di prevenzione*, in *Filosofia politica*, 3, 2007, p. 411 ss.; per una più generale panoramica del passaggio dal soggetto di diritto alla persona, cfr. S. RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona. Trasformazioni di una categoria giuridica*, in *Filosofia politica*, 3, 2017, p. 365 ss.

[17] L’esempio proposto da Jakobs è il seguente: Tizio acquista una bicicletta nuova, con cui si reca all’università; esiste una norma per cui una bicicletta non legata a un palo non deve essere rubata e, se il furto avviene, il ladro deve essere punito; Tizio, dunque, si orienta secondo la norma e lascia la bici fuori posto; la bici, nei fatti viene rubata. L’orientamento normativo è corretto (perché la bici non doveva essere rubata e il ladro, sparito senza essere riconosciuto, doveva essere punito), ma è presumibile che Tizio non si orienterà più *ingenuamente* secondo la pura norma, perché il suo bisogno reale (avere una bici per recarsi all’università) non viene adeguatamente garantito dalla prescrizione normativa. Cfr. G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico?*, cit., pp. 111-112;

[18] Cfr. G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico?*, cit., p.112; a supporto di questa idea, Jakobs cita l’autorevole posizione di Kelsen; quest’ultimo ritiene di assumere una norma fondamentale solo con riguardo a una “Costituzione nel complesso e in misura rilevante efficace” e ad un “ordinamento di coercizione, prodotto in conformità alla Costituzione, che sia nel complesso e in misura rilevante efficace”; al di fuori di questa efficacia, non sussisterebbe alcuna connessione normativa vigente e, in ultimo, non esisterebbe lo Stato. Cfr. H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 2000, p. 146 ss.

[19] JAKOBS, *Diritto penale del nemico?*, cit., p.114.

[20] JAKOBS, *op. loc. ult. cit.*

[21] Cfr. *supra* par. 1 nota 3.

[22] Il riferimento è rappresentato dall’*homo phenomenon* della teoria kantiana. Cfr. JAKOBS, *Diritto penale del nemico?*, cit., p. 116. Conferma tale impressione G. CUSSAC, *El renacimiento del pensamiento autoritario en el estado de derecho: la doctrina del derecho penal del enemigo*, in GAMBERINI-ORLANDI (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, cit., p. 116; nonché ORLANDI, *Delitto politico e diritto penale del nemico. Relazione introduttiva*, in GAMBERINI-ORLANDI (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, cit., pp. 38-39.

- [23] Cfr. G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico?*, cit., p. 115;
- [24] Cfr. G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico?*, cit., p.116;
- [25] Cfr. G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico?*, cit., p. 117;
- [26] Cfr. G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico?*, cit., p. 116;
- [27] Cfr. HOBBS, *Il Leviatano*, (trad. a cura di R. Giammanco), Torino, 1955, vol. I, pp. 357-358.
- [28] Cfr. G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico?*, cit., p. 117.
- [29] Per il riferimento ai *crimini in generale*, cfr. JAKOBS, *Diritto penale del nemico* (traduzione di *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*, 2003), in DONINI-PAPA (a cura di), *Diritto penale del nemico: un dibattito internazionale*, Milano, 2007, p. 17.
- [30] Cfr. G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico?*, cit., p. 117.
- [31] Si tratta di un punto assai ambiguo della tesi di Jakobs. Cfr. *infra* par. 5.
- [32] Cfr. G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico?*, cit., p.118 – [in parentesi quadra, si tratta di un nostro chiarimento sulla scorta del testo precedente]; conferma questa posizione JAKOBS, *I terroristi non hanno diritti* (traduzione di *Terroristen als Personen im Recht?*, 2005), in KOSTORIS – ORLANDI (a cura di), *Contrasto al terrorismo interno ed internazionale*, Torino, 2006, p. 8.
- [33] Cfr. G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico?*, cit., p. 117; per una ricostruzione più ampia del concetto di "nemico", cfr. K. AMBOS, *Il diritto penale del nemico*, in DONINI-PAPA (a cura di), *Diritto penale del nemico: un dibattito internazionale*, Milano, 2007, p. 31 ss.
- [34] Cfr. G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico?*, cit., p. 118.
- [35] Cfr. G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico?*, cit., pp. 118, 120.
- [36] Cfr. G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico?*, cit., p. 119.
- [37] Cfr. G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico?*, cit., p. 126.
- [38] Cfr. G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico?*, cit., p. 123.
- [39] La questione dei *limiti* in cui dovrebbe incorrere un diritto penale del nemico (e, di converso, delle garanzie che dovrebbero residuare per il "nemico") è spesso evasa da Jakobs. Questi scrive: «[...] il diritto penale del nemico deve essere limitato allo stretto necessario, ciò a prescindere del tutto dal principio di saggezza, comunque sussistente, ai sensi del quale la coazione fisica, dati i suoi effetti accessori correlati di corruzione [del sistema], va mantenuta nei termini più ridotti possibile. Ma che cos'è necessario? In primo

luogo dev'essere tolto al terrorista proprio quel diritto che egli adopera illecitamente per i suoi piani, vale a dire specialmente il diritto alla libertà di comportamento. Con riguardo a ciò si opera in maniera non diversa da ciò che accade con il ricorso alla carcerazione preventiva [...] Quando si tratta di custodia preventiva è dunque di regola facile operare una circoscrizione della privazione della libertà; poiché questa non ha bisogno di travalicare i limiti del necessario per il raggiungimento dello scopo. Ma quando ci si trova di fronte a terroristi (o a soggetti afferenti a organizzazioni criminali altrimenti caratterizzate) questa delimitazione non è di così immediata evidenza [...]». Così G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico?*, cit., p.127 (ma cfr. anche p. 119). Altrove, Jakobs si esprime diversamente: «[...] Questa forma di coazione è suscettibile di incontrare una duplice limitazione. In primo luogo, lo Stato non necessariamente deve privare il nemico della totalità dei diritti. In tal senso, il soggetto sottoposto alla custodia di sicurezza conserva inalterati i suoi diritti patrimoniali. In secondo luogo, lo Stato non deve fare tutto ciò che gli è possibile, potendo invece in tal senso contenere la sua reazione, al fine di non precludersi la possibilità di un futuro accordo di pacificazione [...]». In questi termini, JAKOBS, *Diritto penale del nemico* (traduzione di *Derecho penal del ciudadano y derecho pernal del enemigo*, 2003), in DONINI-PAPA (a cura di), *Diritto penale del nemico: un dibattito internazionale*, Milano, 2007, p. 13. Per una critica della sostanziale assenza di limiti nel diritto penale del nemico, cfr. A. CAVALIERE, *Diritto penale "del nemico" e "di lotta"*, in GAMBERINI-ORLANDI (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, cit., pp. 278-279.

[40] Cfr. G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico?*, cit., p.120.

[41] Cfr. G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico?*, cit., pp.120 e 123.

[42] Cfr. G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico?*, cit., p. 114.

[43] Ciò che lo stesso Jakobs afferma consapevolmente laddove collega la vigenza all'effettività *sociale*; cfr. *supra* par. 2.

[44] In questi termini, G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico?*, cit., p. 117.

[45] È opportuno chiarire, peraltro, come la definizione proposta non escluda che una "regola consuetudinaria" possa essere considerata regola giuridica vigente; essa dovrà, però, essere considerata nella sua manifestazione *attuale*, ove si esprime come *fondata come giusta*.

[46] Un tale precetto potrebbe essere definito al più come "quasi-vigente"; questa formula ha un senso se calata nella prospettiva funzionalistica, laddove essenziale è comprendere se, in concreto, il precetto conservi una qualche capacità di orientamento del consociato. Peraltro, l'idea che l'obbligatorietà di una norma possa non costituire un *aut/aut*, ma un concetto misurabile, è oggetto da tempo delle riflessioni di sociologi e giuristi. Per un'interessante analisi in tema, benché relativa a tutt'altro Autore (il gius-sociologo Geiger), cfr. C. E. PALIERO, *L'indifferenza costruttiva. Il contributo della sociologia di Theodor Geiger a teoria e*

*prassi del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 2019, p. 731 ss.

[47] Cfr. G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico?*, cit., p. 114.

[48] In senso analogo, cfr. F. MUNOZ CONDE, *Il nuovo diritto penale: considerazioni sul così detto diritto penale del nemico*, in DONINI-PAPA (a cura di), *Diritto penale del nemico: un dibattito internazionale*, Milano, 2007, pp. 133-134.

[49] È pur vero che un sistema giuridico che si affidi esclusivamente all'effettività per stabilire la vigenza sarebbe irrealistico. Ipotizzare che ad ogni violazione segua *sempre* concretamente una sanzione, controfattuale, è utopia, perché la società non dispone di mezzi sufficienti per un controllo totale degli avvenimenti. L'ineffettività di alcune norme è, per certi versi, connaturata alla società moderna, ove la limitatezza delle risorse porta spesso a focalizzare il controllo su forme più gravi di illeciti. Di ciò è consapevole anche lo stesso Jakobs, che tuttavia trae da tale considerazione un argomento a favore della giuridicità come *vigenza effettiva*: cfr. G. JAKOBS, *I terroristi non hanno diritti*, in KOSTORIS – ORLANDI (a cura di), *Contrasto al terrorismo interno ed internazionale*, Torino, 2006, p. 6.

[50] Jakobs rifiuta nettamente l'idea di vigenza in un tal caso; scrive: «Le norme richiedono un consolidamento cognitivo, nella misura in cui devono garantire l'orientamento; non basta che possa essere data la dimostrazione della loro correttezza o plausibilità, ma ben di più, esse devono essere stabilizzate. Se mancasse questo consolidamento nel singolo caso o addirittura in generale, nessuno si orienterebbe secondo la norma»; così G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico?*, cit., p. 114.

[51] Cfr. G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico?*, cit., p. 113. Va pure notato che Jakobs riconosce che un reo si possa orientare a sufficienza sapendo che una norma è "correttamente fondata", ma ritiene che questa possibilità si annichilisca laddove non vi sia un consolidamento cognitivo, che dipende (per l'appunto) dall'effettiva vigenza della norma; cfr. G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico?*, cit., pp. 112-113.

[52] La distanza tra i concetti di effettività e legittimità, palese e unanimemente riconosciuta, è stata incisivamente segnalata. Scrive Ferrajoli: «È la fallacia realistica che affligge buona parte della filosofia politica e giuridica, che scambiano ciò che accade con ciò che è giusto o legittimo, politicamente e giuridicamente, che accada, così occultandone il carattere illecito e criminale: l'autolegittimazione in breve come diritto, in nome dell'efficienza, delle pratiche pur in contrasto con il modello normativo del diritto penale». Cfr. L. FERRAJOLI, *Il "diritto penale del nemico" e la dissoluzione del diritto penale*, in *Questione Giustizia*, 4, 2006, p. 799.

[53] Nel 2006, è stata così dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale tedesca la norma di cui all'art. 14, co. 3, Legge tedesca sulla sicurezza dei voli (*Luftsicherheitsgesetz*), introdotta nel 2005 ed impiegata da Jakobs come argomento per sostenere la plausibilità di una logica di diritto penale del nemico. Questa norma consentiva di abbattere un aeromobile, in mano a terroristi e utilizzato contro la vita di persone, imponendo

così il sacrificio dei cittadini innocenti che erano all'interno dell'aereo. Cfr. G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico?*, cit., p. 127.

[54] In un sistema quale il nostro, di fronte a un giudice, il *disobbediente* potrà argomentare le proprie ragioni; se il giudice le riterrà congrue, sollevierà questione di legittimità costituzionale (se si tratta di norma di legge), ovvero disapplicherà direttamente la norma sublegislativa; in caso di norma di legge, se la Corte Costituzionale riterrà parimenti congrue le ragioni del *disobbediente*, eliminerà la disposizione dal sistema.

Una logica *sostanzialmente* analoga, seppur applicata a un contesto completamente diverso, si ha nella disciplina delle scriminanti, rispetto all'ordine illegittimo vincolante: cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2017, p. 238 ss.; C. FIORE-S. FIORE, *Diritto penale – parte generale*, Torino, 2016, p. 463 ss.

[55] Puntualmente è stato commentato: «[...]vera o falsa che sia la descrittività, vi è un elementare vizio di metodo: all'interno di un sistema di diritto positivo, diritto penale vigente è (se si tratta di descrivere) e può essere (se è in gioco un prescrivere) quello conforme alla relativa Costituzione, e non, invece, quello tratto dalla concezione analitica di uno studioso, confortata da – controvertibili – richiami ad una tradizione giusrazionalistica, di per sé non dotata di infallibilità, ed a singole discipline legislative di problematica legittimità costituzionale [...]»; così A. CAVALIERE, *Diritto penale “del nemico” e “di lotta”*, in GAMBERINI-ORLANDI (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, cit., p. 273.

[56] Cfr. *supra* par. 4.

[57] La distinzione assume qui carattere sostanziale e non formale. Non è necessario essere cittadino in senso stretto per essere soggetto al potere punitivo statale, come conferma la previsione, nei codici penali di vari Paesi, del principio di territorialità nell'applicazione della legge penale. Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 882. In particolare, “consociato” va ivi inteso nel significato sostanziale minimo di “persona in diritto”. Sul rapporto tra personalità giuridica e cittadinanza, con particolare attenzione alle tesi di Jakobs, cfr. M. D. DUBBER, *Citizenship and penal law*, in *New criminal law review*, 13, 2, 2010, p. 190 ss.

[58] Rousseau, a proposito del contratto sociale, scriveva: «[...] Istantaneamente, questo atto di associazione produce, al posto delle persone private dei singoli contraenti, un corpo morale e collettivo, composto di tanti membri quanti sono i voti dell'assemblea., che trae dal medesimo atto la sua unità, il suo *io* comune, la sua vita e volontà. Questa persona pubblica, così formata dall'unione di tutte le altre, prendeva un tempo il nome di *città*, e prende oggi quello di *repubblica* o di *corpo politico*, detto dai suoi membri Stato, quand'è passivo, Sovrano, quand'è attivo, Potenza, quando lo si considera in rapporto con altre simili unità politiche. Quanto agli associati, prendono collettivamente il nome di *popolo*, mentre, in particolare, si chiamano *cittadini*, in quanto partecipano dell'autorità sovrana, e sudditi, in quanto soggetti alle leggi dello Stato. Ma questi termini spesso si confondono e vengono scambiati; basta saperli distinguere quando sono usati in tutta la

loro esattezza». Cfr. J.J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, cit., p. 23.

[59] Jakobs cita anche Rousseau per giustificare la sua idea di esclusione del nemico. Il pensatore francese scrive infatti che ogni malfattore che viola il diritto sociale smette per ciò stesso di essere membro dello Stato, ponendosi con esso in guerra. Tuttavia, risulta qui non corretta la posizione di Rousseau, tra l'altro da egli stesso contraddetta in diversi punti della sua opera. Emblematico, tra gli altri, il seguente passo: «[...] Ma il corpo politico o il sovrano, traendo il proprio essere solo dalla santità del contratto, non può mai obbligarsi, neppure verso altri, a niente che deroghi a quest'atto primitivo, come *l'alienare qualche parte di se stesso* o il sottomettersi a un altro sovrano. Violare l'atto per cui esiste vorrebbe dire annientarsi, e ciò che è nulla non produce nulla»; così J.J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, cit., p. 25 (*corsivo nostro*). Cfr. G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico*, in DONINI-PAPA (a cura di), *Diritto penale del nemico: un dibattito internazionale*, Milano, 2007, p. 9.

[60] Cfr. *supra* par. 3.

[61] Jakobs ritiene essere assente l'elemento della reciprocità nella relazione con il nemico e da ciò deduce il carattere non giuridico della relazione; cfr. G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico?*, cit., pp. 110, 120.

[62] Da un lato, è opportuno specificare tale dato, considerata la propensione critica dell'Autore tedesco verso tale branca del sistema penale (cfr. *supra* par. 1, nota 8); dall'altro, è contestabile la bontà di una simile distinzione. Infatti, non si può non condividere l'affermazione per cui il "diritto positivo [...] non fa che formalizzare scelte di politica del diritto, le opzioni fondamentali essendo quelle costituzionali. Quella distinzione serve, in realtà, ad occultare il dato per cui [...] dietro la descrizione 'analitica' del diritto vigente [...] si celano una precomprensione ermeneutica ed un orientamento politico-criminale, magari non esplicitamente sostenibili sul piano prescrittivo, in quanto contrari ai principi costituzionali di Stati di diritto come, ad esempio, Germania e Italia": in questi termini A. CAVALIERE, *Diritto penale "del nemico" e "di lotta"*, in GAMBERINI-ORLANDI (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, cit., p. 274. Cfr., più in generale, S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, p. 21 ss.

[63] E sarebbe poi da verificare *quali* situazioni giuridiche e *in che misura*; il che, però, non può che essere un profilo di *dover essere*, del tutto scollegato da una pretesa logica di effettività: stabilire un tipo di pena o un tipo di reazione dello Stato non può dirsi una descrizione di ciò che è. Effettivamente, può anche dirsi che concretamente una pena è un'"inflizione di dolore"; ma sarebbe scorretto ritenere che il momento controfattuale della reazione statuaria (qui intesa come *pena*) non sia determinato già *a priori* nella misura o nella specie: diversamente, dovrebbe ipotizzarsi la sanzione come una sorta di (concreta e) mera inflizione, una reazione effettiva naturale non (pre-)programmata.

Quasi paradossalmente, proprio in relazione al momento sanzionatorio, si delinea tale quadro: un'analisi



effettiva, che cioè pretende di analizzare *ciò che è*, qui si fonda sulla necessità di una “verifica controfattuale”, al fine di affermare la giuridicità di un rapporto; eppure, la verifica controfattuale, chiave di volta dell’analisi, assorbe in sé momenti di “dover essere” puro, normativo e astratto, quanto alle fasi logiche del *concepimento* e dell’*individuazione* del momento controfattuale, cioè della sanzione. Dunque, *essere* e *dover essere* non possono mai essere scissi nel discorso sulla giuridicità, a dispetto delle pretese della teoria dell’effettività.

[64] V. *supra* nel presente paragrafo.

[65] Anche in questo caso, d’altronde, potrebbe evidenziarsi un limite della tesi di Jakobs. Se la relazione con il nemico non ha carattere giuridico e, dunque, non esiste un comando che regoli la reazione statale, ci si domanda perché la reazione al nemico dovrebbe sottostare a un limite di *extrema ratio* della misura. Le possibilità sono due: o si ipotizza un *comando naturale* di non eccedere (cosa assai discutibile), ovvero si ipotizza la presenza di un rapporto *para-giuridico* tra cittadino e nemico, la cui regola (para-giuridica anch’essa) è la sussidiarietà della misura come *extrema ratio*; in quest’ultimo caso, a parità di condizioni, tra diritto (legittimato democraticamente) e para-diritto, sembra preferibile scegliere il primo. Si svela anche qui, inoltre, il carattere precettivo e non descrittivo delle tesi di Jakobs; ciò è stato efficacemente denunciato da Cavaliere, il quale scrive: «Quest’apparenza di descrittività è, innanzitutto, falsa: lo dimostrano, in primo luogo, le numerose asserzioni di Jakobs intorno a ciò che si “può”, si “deve”, è “legittimo”, e, in secondo luogo, la pretesa di distinguere, secondo un criterio razionale necessariamente esterno all’oggetto, un diritto penale del nemico “superfluo” da quello “necessario”, nonché quella di individuare errori o contaminazioni legislative rispetto a una dicotomia razionale cittadino/nemico»; cfr. A. CAVALIERE, *Diritto penale “del nemico” e “di lotta”*, in GAMBERINI-ORLANDI (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, cit., p. 273.

[66] Cfr. S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie del sistema penale*, Napoli, 2000, p. 15.

[67] Sul carattere contrastante con la Costituzione delle teorie di Jakobs circa le persone *non-in diritto*, cfr. A. CAVALIERE, *Diritto penale “del nemico” e “di lotta”*, in GAMBERINI-ORLANDI (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, cit., p. 275.

[68] Cfr. G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico?*, cit., pp. 111 e 115.

[69] Jakobs parla generalmente di “pena” come momento controfattuale, con cui si afferma la vigenza di una norma (penale); cfr. ad es. G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico?*, cit., pp. 113, 114, 116. Sul punto, cfr. le considerazioni svolte *infra*, par. 6, nota 77.

[70] Ciò risulta per un intrinseco limite logico della teoria dell’effettività, i cui riferimenti sono solo l’affermazione o la negazione di un dato concreto in base a un comando; esclusa la sussistenza di un comando, queste categorie mal si conciliano con un mero diritto, il quale implica l’essenziale *possibilità* (e non *doverosità*) di esercizio, altrimenti da diritto si trasformerebbe in dovere.

[71] Come si è precisato *supra*, nota 57, sarebbe forse meglio intendere “individui” più che “cittadini”.

[72] V. *supra* par. 3.

[73] Svela nitidamente questa logica il seguente passo di Jakobs: «Dunque le cose non stanno nel senso come se la società non lasciasse *entrare* il nemico; è egli stesso che impedisce il suo *entrare*, dal momento che egli non presta il suo debito *portable*, ossia non si cura di far sì che si possa presumere in lui un comportamento fedele all'ordinamento», cfr. G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico?*, cit., p. 118.

[74] In termini analoghi, benché riferiti più specificamente all'area del diritto penale, si esprime Roxin: «[...] A ciò si aggiungerebbe l'enorme pericolo di abusi, perché chi sia nemico lo stabilirebbero i detentori del potere, così che le libertà civili sarebbero nella loro disponibilità, e dunque il diritto penale perderebbe la sua funzione di *magna charta* del reo». Cfr. ROXIN, *Strafrecht*, AT, Bd. I, *Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre*, IV ed., München, 2006, p. 56.

[75] La questione della compatibilità del diritto penale del nemico con il sistema democratico è stata posta in termini dubitativi da vari Autori. Possono ricordarsi, per la dottrina italiana: G. FIANDACA, *Diritto penale del nemico. Una teorizzazione da evitare, una realtà da non rimuovere*, in GAMBERINI-ORLANDI (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, cit., p. 197; A. GAMBERINI, *La categoria del diritto penale del nemico di fronte all'emergere di fenomeni di razzismo internazionale. Relazione introduttiva*, in GAMBERINI-ORLANDI (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, cit., p. 33; F. MANTOVANI, *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell'amico, il nemico del diritto penale e l'amico del diritto penale*, cit., p. 477. Più decisi nell'escludere la possibilità di un diritto penale del nemico in democrazia sono A. CAVALIERE, *Diritto penale “del nemico” e “di lotta”*, in GAMBERINI-ORLANDI (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, cit., p. 279; C. GALLI, *Delitto e politica: profili teorici e politici del loro rapporto*, in GAMBERINI-ORLANDI (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, cit., p. 60; G. LOSAPPIO, *Diritto penale del nemico, diritto penale dell'amico, nemici del diritto penale*, in GAMBERINI-ORLANDI (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, cit., p. 254; R. KOSTORIS, *Processo penale, delitto politico e “diritto penale del nemico”*, in GAMBERINI-ORLANDI (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, cit., p. 299; L. FERRAJOLI, *Il “diritto penale del nemico” e la dissoluzione del diritto penale*, cit., p. 812.

[76] È questo un dato di cui dubita lo stesso Kelsen, per altro citato da Jakobs come riferimento per argomentare sul profilo della necessaria “effettività” dell'ordinamento giuridico (v. *supra* par. 2, nota 18). Scrive Kelsen: «è difficile giudicare se il comportamento umano conforme all'ordinamento giuridico sia realmente l'effetto della rappresentazione che suscita la minaccia dell'atto coattivo. In molti casi certamente sono motivi completamente diversi quelli che producono quella situazione a cui mira il diritto». Cfr. H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., p. 71, nonché p. 190.

[77] Non viene mai precisata, tra l'altro, la dimensione spaziale di riferimento: si tratta di tutti i consociati in uno Stato, in una Regione o in un Comune? Solo se si limita il discorso sulla giuridicità a precetti penalistici, la dimensione spaziale risulta implicitamente quella statale. Tuttavia, se è vero che Jakobs fa spesso riferimento alla pena come momento controfattuale (cfr. ad es. G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico?*, cit., p. 112 ss.), è pur vero che egli sembra ambire ad individuare le condizioni generali di giuridicità di una *norma* (cfr. *supra* nota 9), non meramente le condizioni di giuridicità di una *norma penale*, ammesso che sia possibile operare una simile distinzione.

[78] Cfr. *supra* par. 2.

[79] Sembra denunciare questo dato anche Cavaliere, allorquando si domanda se le linee di politica criminale possano davvero essere rimesse a "indagini demoscopiche sulle ansie dei cittadini" (e non piuttosto ai principi costituzionali). Cfr. A. CAVALIERE, *Diritto penale "del nemico" e "di lotta"*, in GAMBERINI-ORLANDI (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, cit., p. 289.

[80] Come si è giunti a ipotizzare nel par. 4; cfr. *supra* par. 4, nota 46.

[81] Di questo, del resto, sembra consapevole lo stesso Autore nel momento in cui afferma che *diritto penale del cittadino* e *diritto penale del nemico* sono due *idealtipi* – il che significa, *mutatis mutandis*, che il sistema descritto non offre una netta distinzione tra i precetti vigenti per il cittadino e quelli vigenti per il nemico; in ultimo, ciò implica un'effettività "sfumata", che difficilmente può assurgere a reale parametro di orientamento dei consociati. Per il riferimento agli "idealtipi", che concretamente si fondono nelle disposizioni penali, cfr. G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico* (traduzione di *Derecho penal del ciudadano y derecho pernal del enemigo*, 2003), in DONINI-PAPA (a cura di), *Diritto penale del nemico: un dibattito internazionale*, Milano, 2007, p. 6 e 13-14; su un apparente ripensamento dell'Autore nel senso di una necessaria, netta distinzione anche in concreto tra diritto penale del nemico e del cittadino, cfr. G. JAKOBS, *I terroristi non hanno diritti* (traduzione di *Terroristen als Personen im Recht?*, 2005), in KOSTORIS – ORLANDI (a cura di), *Contrasto al terrorismo interno ed internazionale*, Torino, 2006, p. 16.

[82] Cfr. *supra* par. 1 nota 8;

[83] Cfr. [https://www.ilmattino.it/primopiano/esteri/salva\\_figli\\_incendio\\_rischia\\_prigione\\_dipinto\\_kim\\_jong\\_un-4976809.html?fbclid=IwAR3tpKFk0wNOGHtyM-kz8kdTCPm9LJ\\_HGc50PI7Nu2UTsTcFUU6P6D4mf\\_w](https://www.ilmattino.it/primopiano/esteri/salva_figli_incendio_rischia_prigione_dipinto_kim_jong_un-4976809.html?fbclid=IwAR3tpKFk0wNOGHtyM-kz8kdTCPm9LJ_HGc50PI7Nu2UTsTcFUU6P6D4mf_w).

[84] Cfr. *supra* par. 1, nota 2.