

PARTE I

**PRINCIPI COSTITUZIONALI
E INTERPRETAZIONE
DELLA LEGGE PENALE**

CAPITOLO PRIMO

LINEAMENTI GENERALI DEL DIRITTO PENALE

SOMMARIO: 1. Un elementare progetto logico di conoscenza. Il problema del metodo. – 2. Il mondo delle norme. Liceità e illiceità. – 3. Forza delle norme e primato della legge in materia penale. Norme e valori. La conformazione spontanea. La norma penale come *extrema ratio*. – 4. Autonomia, sussidiarietà e frammentarietà del diritto penale. – 5. Il concetto di bene giuridico. Concezione metodologica e funzione critica del bene giuridico. I beni giuridici costituzionali. Il vincolo per il legislatore ordinario penale. – 6. Il reato come offesa di un bene giuridico. Il reato come violazione di un dovere. Critica. I cd. reati senza offesa: individuazione e revisione critica. – 7. Il progetto di diritto penale secondo la Costituzione. I principi-guida del diritto penale nelle norme della Costituzione. – 8. Cenni di storia del diritto penale italiano. L'illuminismo giuridico e le codificazioni. La Scuola classica. La Scuola positiva. Arturo Rocco e il metodo tecnico-giuridico. – *Per chi vuole approfondire.*

1. Un elementare progetto logico di conoscenza. Il problema del metodo

Di fronte a un oggetto sconosciuto, il bisogno di conoscenza, espresso dalla domanda “che cos'è?”, si ritiene soddisfatto, almeno in prima approssimazione, quando sia stato accertato “come è fatto” e “a che cosa serve”.

Questo accertamento, è ovvio, seguirà vie diverse perché dipenderà dall'oggetto sul quale si esercita il nostro bisogno di conoscenza se, per sapere “com'è fatto”, dovremo scomporlo, sezionarlo o analizzarlo e se, per sapere a che cosa serve, sarà sufficiente rifarsi all'esperienza comune oppure necessario formulare delle ipotesi ragionevoli.

In ogni caso, queste semplici riflessioni hanno già dimostrato che la “via per” conoscere è determinata dall'oggetto del conoscere: dipende dal tipo di oggetto la scelta del metodo (dal greco: *mèta - odòs*, via per) migliore per conoscerlo.

Ciascuno di noi ha fatto esperienza di questo procedimento e se ne è servito, più o meno consapevolmente, per ordinare la sua cono-

IL PROBLEMA
DEL METODO

scenza del mondo, classificando gli oggetti, per i quali le risposte alle domande “che cos’è?” e “a che serve?” siano identiche, all’interno di *tipi*, ovvero di categorie comprendenti un’intera *classe* di oggetti. (Tutte le sedie, ad esempio, servono per sedersi; la verifica empirica che un oggetto, anche se di foggia inconsueta, è prodotto perché serva da sedile, induce a classificarlo, pur se riluttanti, come sedia).

L’ordinamento delle conoscenze acquisite, secondo i vari settori di vissuti cui si riferiscono, progressivamente restringe l’area delle conoscenze indistinte e confuse e ci dà modo di orientarci nel mondo. Il modo di orientarsi nel mondo rappresenta l’insieme delle scelte operative della condotta dell’individuo: queste scelte consapevoli sono quindi guidate dall’esperienza e dimostrate corrette dalla ragione.

La scelta è corretta quando e se la nostra interpretazione (= esperienza + ragione) del reale è stata corretta; l’errore di conoscenza produce una risposta inadeguata al reale (proprio perché la scelta è stata operata sulla base di supposizioni che non corrispondono a realtà).

L’ordinamento delle esperienze, l’uso della ragione per verificare o falsificare il nostro punto di vista sul reale, facilitano la scelta nella banalità della vita quotidiana, finché questo procedimento risulta apparentemente automatico, perché è immagazzinato nel bagaglio culturale del singolo individuo.

Questo progetto logico è utile per orientarci nel mondo degli oggetti, dei nessi tra oggetti, dei fatti, se è vero che “il mondo è la totalità dei fatti” (WITTGENSTEIN, *Tractatus*, 1922). Può esso tornare utile anche per soddisfare il bisogno di conoscenza relativo ad un oggetto complessivamente denominato “diritto penale”?

IL CONCETTO
GENERICO E ...

Nell’esperienza dell’uomo comune *l’uso del termine* “diritto penale” (e cioè il *concetto* di diritto penale) è riferito a tipi di comportamenti (reati) contro gli autori dei quali lo Stato reagisce con interventi coattivi delle forze di polizia, con procedimenti giudiziari e infine con condanne a pene detentive o pecuniarie.

Nell’esperienza comune il concetto mostra un mondo di accadimenti la cui visione unitaria è dipendente dall’essere tutti manifestazione di attività istituzionali dell’apparato dello Stato, promosse come reazioni a tipi di comportamenti umani che vengono genericamente qualificati “reati”. È evidente che in questa concezione, pur se sommaria, ci deve essere del vero, dal momento che chiunque, senza preparazione specifica, comprende benissimo di cosa parlino, ad esempio, i mezzi di informazione quando si occupano di cronaca

“nera” o di processi penali. Eppure, questa concezione è grandemente incompleta perché lascia in ombra un intero mondo: quello delle norme giuridiche, che promuovono e guidano la reazione dell’apparato statale e che risolvono questa manifestazione di forza nella realizzazione del “diritto”.

A un’indagine meno superficiale, infatti, il fenomeno penalistico può apparire come un complesso di norme, esistenti per essere applicate nella prassi, contenute nei codici, penale e di procedura penale, e in leggi dello Stato, il cui requisito unificante è quello di essere finalizzate al controllo repressivo di tipi di comportamenti umani qualificati reati, attraverso l’irrogazione di pene stabilite nel codice penale o in altre leggi dello Stato.

... SPECIFICO
DI DIRITTO
PENALE

Questa constatazione ci deve indurre ad integrare il progetto logico dell’atto del conoscere, utile nell’esperienza del reale, posto che non i fatti – o almeno non soltanto i fatti – ma le norme sono le entità che costituiscono il “diritto penale”. Che cosa sono dunque le norme? Che cosa sono le norme rispetto ai fatti? È possibile la riduzione delle norme a fatti?

NORME
GIURIDICHE
E FATTI

2. Il mondo delle norme. Liceità e illiceità

Con questi interrogativi abbiamo proposto le linee essenziali della cd. grande dicotomia (= bipartizione) tra il mondo dei fatti e il mondo delle norme. Il mondo dei fatti costituisce l’essere del mondo, inteso come tutto ciò che accade; il mondo delle norme esprime il *dover essere*, la deontologia, l’essere del mondo inteso non in ciò che accade, ma in ciò che *deve* accadere. Nel mondo dei fatti mi posso orientare quando, attraverso l’esperienza, ricavo le regole dell’accadere dei fatti, per cui ordino concettualmente i fatti e stabilisco derivazioni del tipo causa-effetto. Nel mondo delle norme l’orientamento è dato dal *dovere*, per cui la scelta operativa è prestabilita dalla stessa norma; l’adempimento del dovere è quindi la scelta operativa corretta, ma la verifica della correttezza della scelta non si raggiunge attraverso il riferimento al reale, bensì attraverso il confronto con la norma.

MONDO DEI
FATTI E
MONDO DELLE
NORME. ESSERE
E DOVER
ESSERE

Il collegamento tra dovere e norma esprime la caratteristica qualità della norma giuridica, quella di essere *vincolante*, di produrre cioè l’*obbligo* di conformazione alla scelta operativa prestabilita nella norma.

OBLIGATO-
RIETÀ DELLE
NORME.
VIOLAZIONE
E SANZIONE

Il mondo delle norme è dunque anche il mondo dei doveri e, se il dovere è adempiuto con la conformazione alla norma vincolante, la violazione del dovere sarà violazione della norma e provocherà (= causalità giuridica) necessariamente (= dover essere) la sanzione (= conseguenza giuridica). Specificamente, se la norma violata è una norma penale (incriminatrice), la conseguenza giuridica provocata dalla violazione sarà una sanzione tipicamente afflittiva, cioè una “pena”.

L'afflittività della pena, che in alcuni Stati può ancora oggi consistere nell'esecuzione capitale, dà ragione dell'accentuazione nella denominazione “diritto penale” del momento della conseguenza giuridica su quello della causa di essa (reato). Questa stessa caratteristica spiega anche perché, nella percezione del fenomeno penale da parte dell'uomo della strada, finisce per essere ignorato, o almeno trascurato e sottovalutato, il momento propositivo delle norme penali, mentre l'attenzione è più vigile verso l'attività conseguente di apparati dello Stato: persecuzione, condanna e esecuzione nei confronti di autori di reati.

Si è già detto che qualcosa di vero deve esserci in questa percezione del fenomeno penale, anche se è sicuramente incompleta. Il fondo di verità lo si può cogliere esplorando il settore dei rapporti Stato-cittadino nell'ottica della norma giuridica vincolante in materia penale.

Il dovere, che si adempie con il comportamento osservante, esprime la soggezione del cittadino alle leggi dello Stato (vincolanti); il comportamento osservante è una scelta operativa di condotta effettuata nel senso prestabilito dalla norma vincolante (che impone il dovere). Se ne ricava il concetto che la posizione di norme vincolanti per mezzo di leggi dello Stato limita la capacità di autodeterminazione del cittadino nella misura delle esigenze sociali (e anche politiche) ritenute inderogabili dall'apparato dei poteri dello Stato. Se ne deduce però anche che se la scelta di condotta conforme rappresenta un dover essere cioè una necessità giuridica (risposta necessaria per esigenze inderogabili), la conformazione può essere effettivamente imposta e, quando ciò non sia possibile, la violazione della norma legittima l'uso della forza da parte dei poteri dello Stato, perché se la violazione (reato) c'è, la conseguenza giuridica (pena) *deve essere* (ed essendo afflittiva deve essere imposta).

SOVRANITÀ
E POTESTÀ
PUNITIVA

L'uso legittimo della forza da parte dello Stato per imporre la necessità della pena è espressione del potere sovrano dello Stato stesso: la punizione è fenomenologicamente manifestazione di potere, ma è anche riproposizione della norma e cioè riaffermazione della sua for-

za vincolante: se è inosservato il modello di comportamento (= violazione della norma), la sanzione *deve essere* come conseguenza giuridica (= pena).

L'alternativa alla pena potrebbe essere data, come si è accennato, dall'imposizione della scelta di condotta conforme, vale a dire da uno Stato di polizia ispirato al principio della vigilanza preventiva. Ma è evidente che la vigilanza che eviti completamente di punire, che sia quindi mezzo esclusivo di controllo sociale, deve essere *totale*. Essa si trasformerebbe pertanto in uno strumento più afflittivo della stessa pena, dovendo consistere – per tutti i cittadini – in una trama di controlli fitti e continui, alla lunga persecutori, molto spesso ingiustificati: la situazione corrisponderebbe con tragica frequenza alla vicenda teatrale nella quale quando Jago insinua: “tu sei generoso, Otello, ma vigila!” sapeva bene che non occorreva vigilare, perché non c'era nulla da scoprire.

La pena certa per la violazione accertata garantisce gli osservanti da controlli ingiustificabili; ed è ovvio che gli osservanti costituiscono la massima parte dei cittadini, se è vero che in uno Stato di diritto, e particolarmente in uno Stato democratico, la proposizione per legge di scelte operative di condotta (= norme giuridiche), che se inosservate assoggettano a pena, deve corrispondere a esigenze sociali inderogabili, tali cioè da essere percepite e condivise dalla generalità dei cittadini.

NORME
GIURIDICHE
E ESIGENZE
SOCIALI

Riassumendo: il dover essere del mondo delle norme si contrappone all'essere del mondo dei fatti, che è appunto “tutto ciò che accade”. I fatti hanno loro leggi di produzione e usualmente vengono ordinati secondo leggi causali, interne al modo di accadere dei fatti e che l'uomo si limita a riconoscere come esistenti in natura. Le norme e in particolare le norme giuridiche sono invece esse stesse leggi di produzione di fatti, ma esterne ai fatti, perché rappresentano l'esigenza di imprimere ai fatti la direzione segnata dall'adempimento del dovere di osservanza e che i fatti da soli non prenderebbero senza l'intervento adesivo alle norme degli osservanti. Per fare un esempio grossolano ma espressivo: al fatto “morte di un uomo” segue come conseguenza naturale, secondo leggi causali verificabili, la decomposizione del cadavere; lo stesso fatto “morte di un uomo” se è riferibile alla norma che incrimina l'omicidio produce come conseguenza giuridica la punizione dell'assassino, quindi imprime al reale una direzione diversa ed estranea a quella che le leggi di natura da sole sono idonee a produrre.

LE NORME
PRESCRIVONO
SCELTE DI
FATTO

Le norme dunque nascono dai fatti (= i fatti, per come sono accaduti, hanno evidenziato l'esigenza che per il futuro essi non accadano più così, ma siano orientati ad accadere in un modo diverso) e hanno la forza (e la finalità) di prescrivere (= comandare) comportamenti umani, cioè di influire sui fatti fornendo loro un senso prestabilito. L'osservanza (della norma) è la *corretta* scelta operativa di condotta: il comportamento tenuto è quello che doveva essere tenuto. L'inadempimento del dovere è al tempo stesso violazione della norma: la scelta operativa di condotta non è corretta, il comportamento tenuto è *illecito*.

Quest'ultima qualificazione (illecito) del comportamento contrario alla norma mostra un'ulteriore differenza tra il mondo dei fatti e il mondo delle norme. Quando dobbiamo orientarci nel mondo dei fatti e quindi vogliamo essere certi dell'ipotesi concettuale che guida la scelta operativa di condotta, verificiamo (o falsifichiamo) il concetto che ci guida mettendolo a confronto con la realtà dei fatti: l'esperienza sostenuta dalla ragione ci dimostra che l'ipotesi concettuale (= supposizione di conoscenza) è vera (= corrisponde ai fatti) o è falsa (= non trova riscontro nei fatti).

CONFORMAZIONE
E VIOLAZIONE.
LICEITÀ E
ILLICEITÀ

Questo procedimento (empirico e logico insieme) non si adatta al mondo delle norme. Le norme impongono un senso ai fatti, il loro modo di essere è per prescrivere (= dover essere) conformazione, quindi obbedienza. La scelta corretta (= obbedienza) non può essere verificata sui fatti, ma sulla norma; al binomio: vero-falso, si sostituisce quindi nel mondo delle norme il binomio: lecito-illecito.

3. Forza delle norme e primato della legge in materia penale.

Norme e valori. La conformazione spontanea. La norma penale come *extrema ratio*

L'APPLICAZIONE
DELLE
NORME ...

Si è visto che la posizione di una norma (= una norma positiva) dipende dall'esigenza di imporre una direzione (senso) ai fatti. La posizione di una norma è quindi imposta dai fatti e la norma stessa è destinata ad imporsi sui fatti, essendo le norme proiettate verso *l'applicazione*; applicare una norma significa, dunque, dare ai fatti il senso proprio della norma.

... VIGENTI

Se il complesso delle norme giuridiche che hanno forza attuale (= sono in vigore, sono norme vigenti) costituisce l'ordinamento giuridico nel suo insieme, all'interno dell'ordinamento è tradizionale la

distinzione tra raggruppamenti di norme operati secondo l'oggetto; meglio: secondo le materie regolate dalle norme. Si distingue così il diritto pubblico dal diritto privato e, per la stessa ragione, all'interno del diritto pubblico si suddivide ancora *per differentiam specificam*, il diritto penale dal diritto costituzionale, dal diritto amministrativo ecc.

Quale è la specificità che determina la posizione autonoma del diritto penale, come settore del diritto pubblico? La specificità del diritto penale non consiste tanto nel rappresentare un complesso di norme il cui obiettivo comune è quello del controllo sociale e della repressione (= prevenzione e punizione di illeciti); la vera specificità consiste piuttosto *nel modo* in cui le norme penali impongono un senso alle scelte operative di condotta.

La selezione di alcuni fatti soltanto, tra tutti quelli che accadono o possono accadere e cioè la *frammentarietà* della scelta legislativa, non è infatti la caratteristica specifica del diritto penale; la ritroviamo, ad esempio, anche nel diritto amministrativo, nel diritto disciplinare, nel diritto penitenziario perché anche in questi settori giuridici soltanto determinati tipi di comportamenti diventano oggetto di disciplina e di sanzione. La specificità del diritto penale è data invece dal collegamento – tipico ed esclusivo – tra l'inosservanza del contenuto precettivo della norma e la conseguenza giuridica necessaria, che è la *pena*. A sua volta la pena è specificamente limitativa – direttamente o in via mediata – della libertà personale dell'autore dell'illecito, e deve essere inflitta a seguito di un procedimento giudiziario più o meno articolato.

Se questa è la specificità del diritto penale, per cui il senso impresso al reale è che alcuni fatti prestabiliti devono essere penalizzati (nella persona dell'autore dei fatti), che significato assume – alla luce di questa precisazione – la precedente affermazione che il diritto penale funziona come garanzia per gli osservanti (da controlli e punizioni ingiustificate)?

Perché la selezione tra i fatti da penalizzare non sia arbitraria è necessario – lo si è già detto – che essa corrisponda a esigenze sociali inderogabili; ma è principalmente necessario che le norme che definiscono i tipi dei fatti penalizzati siano vincolanti per tutti (legge uguale per tutti = *isonomia*) e che tutti siano posti in condizioni di agire da osservanti: questa seconda possibilità è subordinata ovviamente al fatto che la vigenza della norma vincolante preceda cronologicamente la concreta scelta operativa di condotta che realizza il fatto penaliz-

LA PENA SAN-
ZIONA L'INOS-
SERVANZA DEL
CONTENUTO
PRECETTIVO
DELLA NORMA

zato, sicché la norma per costituirsi come regola (per le scelte) di condotta deve proiettarsi necessariamente verso il futuro.

Dunque, è necessaria una legge dello Stato, obbligatoria per tutti ed è ancora necessario che la legge, che introduce un nuovo tipo di illecito collegando la pena a un tipo di fatto che per l'innanzi era lecito, non possa trasformare in fatti illeciti i fatti già commessi prima della sua entrata in vigore e che erano a quel tempo leciti (= divieto di retroattività delle norme penali).

IL DIRITTO
PENALE IN
FUNZIONE DI
GARANZIA

La funzione di garanzia, che si voleva confermare, è presente dunque nella possibilità – data a tutti – di conoscere ciò che è lecito e ciò che non lo è nel momento in cui si operano scelte di condotta e nella certezza che è penalmente illecito (= reato) soltanto il tipo di fatto (= tutti i fatti concreti di quel tipo) al quale la legge collega l'infrazione di una pena. Come vedremo più avanti, questi principi, anticipati sulla base logica dell'esigenza di "giustificare" la produzione di conseguenze giuridiche afflittive, tipica delle norme penali, sono effettivamente operanti nel nostro ordinamento giuridico (art. 25 Cost.: "Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore *prima* del fatto commesso" e art. 1 c.p.: "Nessuno può essere punito per un fatto che non sia *espressamente* preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite").

L'espressione legislativa, per cui si può essere puniti soltanto per un fatto (concreto) preveduto in astratto (cioè tipologicamente, come categoria che individua un'intera classe di fatti, tutti quelli appartenenti a quel tipo) dalla legge come reato, significa che la qualità "reato" non si trova nel fatto, ma è prodotta dalla norma che punisce chiunque compia quel fatto (ad esempio, in forza dell'art. 575 c.p. l'omicidio è reato in quanto "chiunque cagiona la morte di un uomo è punito con la reclusione non inferiore ad anni ventuno"). In assenza di una norma che descrive il fatto e a quel certo fatto ricollega la punizione, la qualificazione di quel fatto come reato è preclusa. La norma penale, quindi, esprime un giudizio di disvalore sul fatto che descrive, e cioè lo qualifica come *reato*, e concretizza tale giudizio (di valore) negativo (= disvalore) nella punizione di chi – compiendo quel fatto contro l'orientamento di scelta segnalato dalla norma – si dimostra in concreto inosservante della norma.

LE NORME
PENALI

Conclusivamente: le norme del diritto penale sono prodotte dallo Stato, in regime di monopolio, per mezzo di leggi (= monopolio legislativo statale in materia penale). *Formalmente* le norme penali consistono dunque in articoli di legge, i quali a loro volta consistono

in proposizioni linguistiche. Il modo di queste proposizioni linguistiche – che sono il testo di legge – non è mai imperativo, eppure ogni norma ha forza prescrittiva: è obbligatoria, è vincolante.

La norma produce l'effetto di un comando anche se non ha la veste formale di un comando: ad esempio, nell'art. 624 c.p. non c'è scritto "non rubare!" e per altre norme penali non incriminatrici è addirittura problematica la trasformazione al modo imperativo.

L'individuazione della *prescrittività* delle norme, della loro funzione vincolante, risponde all'ultimo degli interrogativi proposti alla fine del paragrafo precedente, perché dimostra che la norma non può essere ridotta a fatto, *al fatto di esserci*. Questo appunto perché il modo di essere della norma è "per prescrivere" un orientamento riguardo ai fatti ed è dunque un modo di essere ben diverso da quello dell'*accadere* dei fatti. Si chiarisce così anche perché la norma non abbia un modo linguistico imperativo: per orientare le scelte operative di condotta, per prendere posizione (= liceità-illiceità) verso il reale, selezionare (= prevedere) i tipi di fatto (costituenti reato), occorre *descrivere* la porzione di realtà alla quale deve essere imposto il senso della norma. La presa di posizione verso il fatto dà il segno di valore del fatto (nel senso della norma); per cui il fatto in quanto sia condotta umana osservante della norma esprime il valore della norma (= identica presa di posizione rispetto al reale) ovvero – che è lo stesso – è riaffermazione *in concreto* della norma. Altrimenti, il fatto in quanto sia condotta inosservante e quindi violazione della norma, esprime un valore di segno opposto al senso fissato dalla norma e quindi un valore di segno negativo ovvero, come si usa dire, un *disvalore*.

NORME E
VALORI

LA NEGAZIONE
DI UN VALORE O
DISVALORE

Anche se l'espressione è paradossale, è dunque vero che la norma penale *crea* il reato. È vero perché la valutazione giuridica: "reato", si addice a un fatto della vita costituito da un comportamento umano *soltanto se* il fatto stesso è preveduto e valutato illecito da una legge dello Stato, che quindi ricollega ad esso come conseguenza giuridica la *pena*. Entro quali limiti è attuabile quest'azione creativa perché possa corrispondere in concreto all'esigenza di assicurare durevolmente ordine e stabilità al corpo sociale, sottoposto dalle leggi penali a un controllo finalizzato alla repressione?

Partendo da lontano, consideriamo che la condizione di sussistenza di una determinata società di individui è data dall'organizzazione del primitivo semplice raggruppamento. Attraverso l'organizzazione, che corrisponde alla proiezione nel concreto di una ideologia di ordine e di stabilità, si sopperisce alle ineliminabili deficienze

CONTROLLO
SOCIALE E ...

dei singoli componenti, che, come individui capaci di autodeterminazione, possono frequentemente trovarsi in disaccordo con le esigenze organizzative. Questo ostacolo è superato attraverso il controllo che viene esercitato sui singoli e che è espressione del potere di gruppo. Tuttavia è evidente che il coefficiente di controllo non è operativo al massimo grado; la stabilità dell'organizzazione è posta in pericolo quando le condizioni di sussistenza sono affidate esclusivamente al controllo repressivo. Ciò è vero ancor più in un sistema statale di tipo democratico, nel quale, almeno programmaticamente, il potere che dà origine al controllo proviene dai soggetti stessi che sono controllati. Inoltre, è altrettanto evidente che le energie della società non devono esaurirsi proprio nel sistema dei controlli, altrimenti la stessa organizzazione si rivelerebbe inutile e inopportuna, in quanto distruggerebbe le aspettative di vantaggio collegate al sacrificio parziale della autodeterminazione individuale.

... CONFORMAZIONE SPONTANEA

È allora inevitabile concludere che il controllo esterno debba intervenire, in linea di principio, soltanto quando altri mezzi abbiano fallito. Per ciò, l'organizzazione sarà dettata dall'interpretazione delle esigenze storiche e sociali del gruppo con l'elaborazione di un sistema di norme che rispecchino la predeterminata ideologia di ordine e di stabilità e siano tali da indirizzare i consociati verso i tipi di comportamento ritenuti più rispondenti alla specificità del gruppo che si organizza. Le norme agiscono in primo luogo fornendo un *aiuto* nella scelta del comportamento socialmente apprezzabile, in secondo luogo eliminando, attraverso la "conformazione spontanea", il ricorso al controllo repressivo che, come si è constatato, è costoso per la società e, al limite, di per sé solo insufficiente al bisogno. Ma, perché ragionevolmente ci si possa attendere un risultato di conformazione spontanea, le norme devono essere tali da persuadere della loro necessità. È indispensabile cioè che esse risultino giustificate non in se stesse, in quanto regole, ma in relazione al fine che si propongono, che deve corrispondere alle esigenze sociali.

Il teleologismo (= finalità) delle norme consiste dunque nella funzione di morfologia della prassi (FROSINI, *La struttura del diritto*, 1962), e cioè di orientamento della socialità, che esse sono chiamate a svolgere, e tale orientamento risulta quindi condizionato dalla coerenza sintattica del sistema delle norme, che elimini nei limiti del possibile – vale a dire nei limiti dell'intelligenza umana e del potere attuativo – le perplessità e le antinomie.

Quando lo Stato è ormai organizzato, le norme non sorgono più

dalla spontaneità della conformazione a regola del gruppo; nello Stato democratico esse interpretano la volontà dei consociati svincolandola però da questi come singoli e come collettività di individui e promuovendola a espressione del potere dello Stato. Se a ciò aggiungiamo che la proposizione della norma nelle leggi è affidata ad una serie di formalità, che culminano nella pubblicazione della legge scritta, possiamo ragionevolmente ritenere che nella legge scritta debbono e possono essere individuate le ragioni che ne giustifichino l'emanazione, se è vero che la finalità che il legislatore si propone in primo luogo è quella di stimolare la conformazione spontanea. L'esigenza primaria è quindi quella di determinare l'assenso pratico, cioè l'osservanza, nel senso che il legislatore deve esser riuscito a dimostrare di aver saputo cogliere le esigenze storiche e sociali e che nella formulazione della norma i consociati devono poter ravvisare la finalità di rispondere alle esigenze che, nell'assenza della legge, avrebbero avvertito.

La conseguenza finale, correlando le osservazioni svolte ad un sistema di leggi statali, risulta ancora più importante: se il raggiungimento dell'assenso pratico è costante, l'orientamento generale sarà la tendenza a considerare le leggi rispondenti alle aspettative e quindi si tenderà a prescindere dal controllo di giustificazione della scelta *frammentaria*, quale è quella implicata dalla norma che penalizza un tipo di comportamento piuttosto che altri simili. L'esistenza della norma diverrà perciò – di per sé – un buon motivo per non tenere quel determinato comportamento. Ciò non toglie però che, proprio per assicurare tale risultato finale, il legislatore debba sempre prospettarsi il problema relativo alla comprensione delle ragioni giustificative della norma e debba anche enunciare le regole relative alle modalità del controllo repressivo nell'ipotesi di violazione della norma, dal momento che esso è affidato a organi dell'apparato statale diversi dal legislatore medesimo.

Nulla impedirebbe di separare in due diversi testi linguistici le norme dirette ai consociati e quelle rivolte invece agli organi preposti al controllo repressivo; ma è agevole osservare che nelle codificazioni più recenti ciò non avviene. La ragione, che ha guidato alla proposizione della norma in un unico contesto, può essere forse ravvisata in esigenze di sinteticità, sempre presenti nei testi di legge, ma anche sicuramente nella preoccupazione di evitare divaricazioni tra diversi testi. Inoltre, la riunione in un contesto unitario stimola già di per sé alla percezione dell'interazione che si svolge tra le regole di comportamento e le regole punitive.

Se, sulla scorta delle osservazioni così succintamente esposte torniamo al problema che ci proponevamo, ci rendiamo conto che esso, ora, ha termini di soluzione precisi. È infatti agevole comprendere che la “creazione” di reati non sarà arbitraria se, e nella misura in cui, i fatti minacciati di pena coincideranno con tipi di comportamento estranei all’etica sociale e alla cultura dominante, ovvero, che è lo stesso, contrastanti con i valori apprezzati dalla struttura sociale che ha espresso l’esigenza di quella norma.

LA NORMA
PENALE COME
EXTREMA RATIO

L’individuazione dei limiti (di tenuta) di un sistema penale è connessa quindi, in primo luogo, alla necessità che esso sia prevalentemente costituito da regole di condotta che sarebbero osservate dalla generalità dei consociati anche se non esistessero le norme penali corrispondenti e, in secondo luogo, all’esigenza di ridurre al minimo indispensabile il costo sociale finalizzato al controllo repressivo: la scelta penalizzante deve essere l’ultima tra le alternative possibili, deve cioè imporsi come necessità (*extrema ratio*).

4. Autonomia, sussidiarietà e frammentarietà del diritto penale

Dire che le norme penali costituiscono regole di condotta ovvero obblighi di comportamento, significa dire che ogni singola norma incriminatrice ritaglia una porzione di vita, considerandola sotto il profilo dell’iniziativa dell’individuo. Il criterio di selezione dei fatti si fonda sull’antisocialità del fatto, che offende valori meritevoli di protezione: la parola “reato” esprime la relazione che si stabilisce tra la previsione legislativa e il concreto fatto antisociale ad essa corrispondente, in forza della quale si costituisce la necessità (= dover essere) dell’inflizione di una sanzione penale come conseguenza giuridica della realizzazione del fatto. Ma, se la rivendicazione della giuridicità del diritto penale può ben dirsi formalmente soddisfatta con l’approdo alla legalità, paradossalmente proprio il fondamento del diritto penale sulla necessità che le leggi penali costituiscano una risposta *adeguata* alle esigenze della popolazione produce un ulteriore problema di autonomia del diritto penale. Infatti, la legge penale non può, e non deve, ignorare la cultura e la spiritualità della popolazione e ciò perché la legge è essa stessa espressione della volontà popolare: ma allora, la legge non soltanto non può prescindere, ma deve subordinarsi ad altre regole, quelle della morale sociale o

NORME GIURIDICHE E REGOLE DI COSTUME SOCIALE

della religione dominante, e poiché queste regole non sono giuridiche ma appunto morali o religiose, la subordinazione delle leggi a queste regole inevitabilmente ripropone il problema della autonomia del diritto penale.

In effetti, in questo aspetto della rivendicazione della giuridicità, il diritto penale non entra in crisi di identità come diritto: la crisi è semmai dovuta alla “apparente” mancanza di autonomia, che sembra derivare dalla sudditanza a altre regole, delle quali il diritto penale sembra rendersi strumento, dal momento che esso servirebbe – in questa prospettiva – per raggiungere fini propri di regole ad esso esterne e superiori, quali le regole morali e quelle religiose.

È evidente però che, anche in uno Stato confessionale, il diritto penale non costituisce un inutile doppione delle regole morali e di quelle religiose.

Anche qualora si ammetta come premessa che la legge umana non può discostarsi dalla legge divina, certa nei termini della sua rivelazione ai credenti e come tale immutabile e eterna, è indiscutibile che la legge penale non riproduce *tutte* le regole morali o religiose. Ma, soprattutto, altrettanto indiscutibile è che la legge penale *riduce* le regole morali o religiose dall'assoluto nella storia, perché le ripropone come *proprie* regole, destinate a valere nei limiti della applicazione dell'ordinamento giuridico e nei modi della disciplina penale: insomma, *auctoritas non veritas facit legem*, mentre invece *veritas non auctoritas facit religionem*. In altri termini: il diritto penale non può dire la sua, in assoluto, sulla lotta tra il bene e il male; può invece (e deve) dire la sua sulla lotta tra bene *sociale* e male *sociale*. Dunque, il diritto penale si riferisce all'aspetto secolare, storico, del conflitto tra bene e male, lasciando alla morale e alla religione l'aspetto trascendente e occupandosi dell'aspetto immanente, quello che appartiene al suo specifico ambito di rilevanza e che disciplina nei modi delle sanzioni legali penali.

In questo senso, parlare di autonomia del diritto penale non vuole significare che la morale e la religione devono essere tenute lontane dal diritto penale. Dire che il diritto penale è autonomo significa soltanto dire che nel momento in cui entra in considerazione come diritto esso si limita a proporre norme giuridiche destinate a valere agli effetti della legge.

La conformità delle norme penali ai superiori precetti morali e religiosi non elimina né intacca la giuridicità di queste norme: il ri-

LA RIDUZIONE
DELLE REGOLE
MORALI A
REGOLE
GIURIDICHE

AUTONOMIA
DEL DIRITTO
PENALE

spetto delle leggi penali in quanto tali non conduce alla salvezza dell'anima, ma serve solo ad escludere la conseguenza afflittiva della sanzione penale, che rappresenta il *dover essere* e cioè lo statuto costitutivo di una norma penale.

Il lato debole della critica all'autonomia del diritto penale consiste dunque nell'aver perso di vista il punto che, affinché un precetto possa essere produttivo di conseguenze giuridiche penali esso deve essere *ridotto* nei termini di un precetto giuridico penale, quello appunto la cui violazione concreta costituisce la *causa* della sanzione prevista dalla legge. Precetto ad effetti immanenti, dunque, è quello giuridico e quest'ultima precisazione dà sufficiente rilievo all'assunto che la separazione tra precetti morali o religiosi e precetti giuridici non sta ad indicare né il necessario allontanamento di questi da quelli, e neppure una necessaria *neutralità*, ma vuole sottolineare invece la necessità che il precetto morale e religioso sia riproposto *sub specie juris*, per essere produttivo di effetti giuridici. Conseguentemente, l'ambito più o meno ampio della reiterazione di precetti, dal livello morale e religioso a quello giuridico, varierà in funzione della corretta interpretazione delle esigenze sociali in vista del limitato obiettivo – limitato solo in quanto immanente e non anche trascendente – della conservazione della pace sociale.

IL DIRITTO
PENALE
SANZIONATORIO

In termini di teoria generale, la negazione dell'autonomia del diritto penale equivale all'affermazione che la sua funzione sia meramente sanzionatoria; il diritto penale avrebbe soltanto la funzione di apprestare le sanzioni in conseguenza della violazione di precetti già esistenti prima della vigenza della norma sanzionatoria (BINDING, *Die Normen*, 1872): la sorgente dei precetti sarebbe altrove, rispetto alla legge penale, che si ridurrebbe a essere lo strumento tecnico del controllo sociale in funzione repressiva. Questa mortificante conclusione deve essere fermamente rifiutata e ciò per un nutrito complesso di ragioni.

In primo luogo, perché si è già dimostrato che, se la sanzione ha fondamento nella legalità, la sanzione diviene essa stessa precetto, quello appunto che impone legalmente di punire. In secondo luogo, perché non tutti i precetti *altrove* esistenti sono reiterati nella specificità del diritto penale, ma soltanto una selezione di essi, operata in funzione dei fini ristretti che l'applicazione della legge si propone di raggiungere.

Teoricamente, poiché la creazione di reati coincide con la previsione di un fatto contenuta in una norma incriminatrice, sarebbe

possibile ipotizzare che il legislatore possa a suo arbitrio restringere l'area del vivibile lecito e corrispondentemente ampliare a dismisura l'area del penalmente illecito. Poiché, però, è di facile costatazione che ciò non avviene, occorre dare una spiegazione del *self restraint*, dell'autolimitazione da parte del legislatore penale.

La prospettiva nella quale si presenta il fenomeno penale è specificamente quella già definita di *extrema ratio*. Questa constatazione riporta di nuovo e immediatamente alla questione relativa all'*autonomia* del diritto penale rispetto agli altri settori dell'ordinamento giuridico. Se per autonomia si intende la qualità di essere fonte immediata e indipendente di precetti giuridici, non sembra proprio che tale qualità possa essere negata al diritto penale: basti pensare ai precetti a tutela della vita, dell'incolumità individuale, della libertà personale, che non trovano riscontro di tutela già esistente rispetto all'*extrema ratio* penale, ma sono fonti immediate e indipendenti di produzione della protezione giuridica. Inoltre, anche quando la norma penale interviene in materia già disciplinata da altre norme, autonomo è sempre il *modo* della disciplina penale, che è applicabile esclusivamente al fatto come è tipizzato nella norma incriminatrice e ad esso collega sanzioni altrettanto tipiche ed esclusive. Ciò comporta che non può essere accolta la tesi di un diritto penale *meramente sanzionatorio* (BINDING, *Die Normen*, cit.) o *ulteriormente sanzionatorio* (GRISPIGNI, *Diritto penale*, 1952) e cioè di un diritto penale privo di autonomia precettiva, la cui funzione si ridurrebbe a sanzionare la violazione di precetti *già esistenti* nell'ordinamento e stabiliti da norme giuridiche precedenti a quelle penali.

AUTONOMIA,
NECESSITÀ,
EXTREMA RATIO

La considerazione che, invece, deve correttamente essere tratta dall'affermazione del canone dell'*extrema ratio* è che il ricorso alla normativa penale deve essere dettato dalla *necessità* e che dunque, prima di ritenerlo necessario, devono essere tentate vie di tutela diverse da quella che si risolve in una privazione della libertà individuale.

Ma anche in un altro e più profondo significato si può parlare di autonomia del diritto penale.

Per averne precisa consapevolezza, si può operare un riferimento storico ad uno dei maestri indiscussi della scienza penale e cioè al massimo esponente della Scuola Classica, Francesco Carrara; ebbene, Carrara (*Programma*, p.s., 1863) più di un secolo fa scriveva ancora queste parole: "Il magistero penale, che l'autorità dello Stato esercita col vietare certe azioni e con l'infliggere castighi agli autori

LEGITTIMAZIONE
DEL DIRITTO
PENALE

colpevoli delle medesime, ha il fondamento della propria legittimità nella legge suprema dell'ordine imposta da Dio all'Universo. (...) Il dogma su cui si asside la nostra dottrina è quello della creazione operata dalla mente di un Essere eterno ed infinito così nella sapienza come nella bontà come nella potenza. Rinnegato codesto principio, tutto diviene arbitrario nel diritto o piuttosto non avvi più ragione di diritto; sovrana del mondo è la forza". La lettura di queste frasi di un classico maestro del diritto penale ci dimostra che il suo concetto di legalità era ben lontano dall'essere l'autonomo concetto di legalità del quale fruiamo oggi: esso aveva bisogno di una legittimazione e la legittimazione era trovata nella trascendenza; il riscontro nella legge divina, condizione di legittimità della legge umana.

Era pertanto necessario un salto per definire il valore autonomo della legalità, come dato assiologicamente autonomo rispetto alla trascendenza; questo salto è stato possibile soltanto quando, dopo la lezione di Jhering, è stata seguita la strada della *storicizzazione* del diritto. Storicizzazione del diritto significa "recupero di autonomia" della legalità, significa "legge a misura d'uomo", significa soprattutto "legge misura dell'uguaglianza"; storicizzazione del diritto significa anche *relativizzazione* del diritto e, quindi, taglio netto con la trascendenza; il diritto storicizzato è un diritto laico che si fonda soltanto sulla legge.

STORICIZZA-
ZIONE E RELATI-
VIZZAZIONE
DEL DIRITTO
PENALE

La perdita di legittimazione trascendente è stata stigmatizzata da coloro che, come eredi del giusnaturalismo, hanno inveito contro un *diritto senza verità*, appunto perché aveva perso l'*assoluto*, staccandosi dalla premessa trascendente; sicché questo diritto senza verità non poteva reggere il confronto con il disegno provvidenziale. Tuttavia, anche se a questo proposito mutuando una famosa invettiva di Julien Benda si è parlato di "*trahison des clercs*", di "tradimento dei chierici", dove i chierici sono per l'appunto i giuristi che avrebbero abbandonato la fede per il diritto, si può obiettare che Antigone e gli stessi giusnaturalisti, *oggi* non avrebbero bisogno di invocare gli *agráfoi nòmoi*, le leggi non scritte della divinità e neppure le leggi immutabili della natura umana, perché le troverebbero nei primi articoli della nostra Costituzione, come di altre; quindi, se è vero che un diritto laico è un diritto senza verità perché ha perso l'assoluto, è vero anche che un diritto laico *non è* un diritto senza morale.

La storicizzazione del diritto ha però portato ad un confronto della vicenda umana, sotto il punto di vista dei rapporti giuridici, con il

criterio fondante della legalità, nel senso che la legge è stata considerata sotto il profilo della necessità di indirizzo della vicenda individuale umana nel sociale. In questa prospettiva, il criterio di legalità è diventato una chiusura rispetto a più ampie visioni del mondo. In effetti, il discorso che occorre fare è il seguente: se la legge è la misura dell'uguaglianza, al diritto penale, che si fonda sulla legge, è congeniale la democrazia; se al diritto penale è congeniale la democrazia, alla democrazia è congeniale il consenso sociale; dunque, il giurista che si occupa del diritto penale non deve più essere chiuso nel tempio della legalità, ma deve essere partecipe di una visione integrata del mondo, perché deve tener conto del consenso sociale.

DEMOCRAZIA
E CONSENSO

Ecco, dunque, che in questa prospettiva il diritto penale si trova a dover coniugare *giusto* e *buono*, perché altrimenti il consenso sociale non sorge; ecco, dunque, che il giurista deve cominciare a farsi "interprete del sociale", e non essere più soltanto un custode del tempio della legalità. È il momento della seconda legittimazione; la prima legittimazione riportava il diritto umano alla legge divina, collegava la legalità alla trascendenza e quindi ad un assoluto, e su questo la fondava; la seconda legittimazione è collegata ad un'immanenza, all'esserci storico, e fonda la legalità sul consenso sociale. Il volto del diritto penale, conseguentemente, doveva cambiare ed è cambiato: il diritto penale moderno, per sollecitare il consenso sociale, poiché gli è congeniale la democrazia, deve necessariamente guardare anche al *miglioramento* sociale. Ecco, dunque, che nel diritto penale compare la funzione *promozionale* di valori sociali, non più soltanto la funzione *repressiva*, sua caratteristica anche nel *nomen* (penale). Ecco, dunque, che il diritto penale non è più soltanto il *supporto* del potere punitivo dello Stato, ma diventa il *limite* del potere punitivo dello Stato. È ovvio che in questa prospettiva non poteva reggere a lungo il concetto e la funzione tradizionale della pena; in questa prospettiva, la pena era destinata a perdere di senso. È avvenuto, storicamente, quello che oggi chiamiamo la "fuga dalla pena". Nella letteratura contemporanea si parla frequentemente di pene perdute; l'espressione è comparsa dapprima in un noto contributo (HULSMAN e BERNAT DE CÉLIS, "*Peines perdues*", *Le pene perdute*, 1982), è ricomparsa in un altrettanto noto libro di un giurista argentino, RAUL ZAFFARONI, "*En busca de las penas perdidas*" (*Alla ricerca delle pene perdute*, 1989). In tutti e due i libri è evidente l'evocazione proustiana, che poi è in realtà un'evocazione bergsoniana, quella del *continuum* temporale, del passato *compresente*, perché dietro a quella evocazione c'è questo concetto radicale: le pene sono perdute perché

IL DIRITTO
PENALE BUONO
E LA FUNZIONE
PROMOZIONALE

LA FUGA DELLA
PENA

sono pene senza senso in una vicenda umana e sociale unitariamente considerata; sono pene senza senso in quanto sono inflitte da un potere punitivo pertinente ad uno Stato che è a sua volta *inadempiente* rispetto alle regole del contratto sociale. L'inadempienza statale alle regole del contratto sociale fa sì che le pene *si perdano* perché non hanno più il senso sicuro della tradizionale funzione retributiva; una volta assegnata al diritto penale più di una funzione e quindi una volta che il diritto penale si è collegato col consenso sociale, dovendo esso necessariamente contemperare giustizia e benessere nella direzione del miglioramento sociale, la perdita di senso della pena era inevitabile.

POLITICA SOCIALE
E POLITICA
CRIMINALE

L'opzione penale si impone, dunque, soltanto quando si prefigurano impotenti, o abbiano già fallito, provvedimenti statali nei modi della politica sociale e si renda pertanto necessario il passaggio ai modi della politica criminale.

SUSSIDIARIETÀ
DEL DIRITTO
PENALE

Si palesa così la *sussidiarietà* del diritto penale, non solamente in coerenza con l'affermazione ideologica e, nel nostro caso, pertinente alla normativa costituzionale (art. 13, primo comma, Cost.) del privilegio della libertà individuale come diritto inviolabile, ma anche per la considerazione utilitaristica che l'opzione penale comporta un elevato costo economico e sociale, perché moltiplica gli interventi dello Stato in sede di controllo e di repressione e restringe conseguentemente la sfera di libertà dell'individuo.

Un'applicazione del criterio di sussidiarietà si rivela nella dinamica della *depenalizzazione* che interviene quando il fatto che per l'innanzi costituiva reato viene trasformato da illecito penale in illecito amministrativo, punito con una sanzione amministrativa, quando cioè il legislatore non ritiene più inderogabile l'incriminazione di comportamenti che pure sono socialmente dannosi e non ravvisa più la necessità della stigmatizzazione sociale che sempre si congiunge all'adozione di una sanzione penale in senso stretto. Occorre precisare che la depenalizzazione può derivare, come risposta conclusiva, da esigenze che propongono istanze diverse. Una di esse è sicuramente quella che dipende dalla esigenza di adeguamento della legge penale ordinaria alle premesse costituzionali; la *costituzionalizzazione* del diritto penale persegue l'obiettivo di generalizzare il consenso sociale sui beni giuridici *essenziali* di rilevanza costituzionale; essa pertanto tende ad una riduzione dell'ambito di tutela pertinente al diritto penale e a una riduzione del campo di utilizzazione di leggi penali, ristretto ai beni giuridici fondamentali. Un'altra istanza è rappresentata nella tendenza alla *amministrativizzazione* degli illeci-

IL DIRITTO
PENALE
AMMINISTRATIVO