

CAPITOLO INTRODUTTIVO

EVOLUZIONE E CARATTERI GENERALI  
DEL DIRITTO PENALE ITALIANO

SOMMARIO: 1. Dal codice Zanardelli alla Costituzione e al processo di europeizzazione. – 2. Le riforme penali più significative. – 3. L'organizzazione sistematica del codice penale italiano. La distinzione tra delitti e contravvenzioni.

*1. Dal codice Zanardelli alla Costituzione e al processo di europeizzazione*

Il diritto penale italiano trova la sua fonte principale nel **codice**.

A) Il primo codice penale dell'Italia unita fu quello del 1889, cosiddetto “**codice Zanardelli**” dal nome del guardasigilli del tempo, entrato in vigore nel 1890. Si trattava di un codice che, quantunque varato dalla Sinistra, si manteneva erede del liberalismo della Destra storica: ed, in effetti, è conosciuto – anche all'estero, dove esercitò una consistente influenza – come il codice del liberalismo penale italiano. L'impronta liberale del codice Zanardelli si coglie bene innanzitutto nel rispetto del principio di ascendenza illuministica di legalità dei reati e delle pene, quale fondamentale garanzia dell'individuo contro i possibili arbitri del potere punitivo statale. D'ispirazione tutto sommato liberale, anche se non priva di qualche caduta autoritaria nella sua attuazione pratica, è in secondo luogo l'idea del reato inteso come fatto oggettivo dotato di una sua materiale offensività piuttosto che come mera manifestazione di un atteggiamento soggettivo di disobbedienza o di pericolosità. E in fine anche l'apparato sanzionatorio del codice Zanardelli è coerente con il pensiero liberale del tempo sia per la rinuncia alla pena di morte sia per l'adozione di pene nel complesso non esorbitanti.

B) Il codice del 1889 restò in vita fino all'emanazione del codice del 1930 (entrato in vigore il 1° luglio 1931), cosiddetto “**codice Rocco**”, dal nome del guardasigilli (Alfredo Rocco, da non confondere con Arturo Rocco, suo fratello, che fu professore di diritto penale e influenzò grandemente i lavori della

codificazione penale), *tuttora in vigore*. È difficile negare che il codice Rocco, dopo le grandi crisi prima dello Stato liberale e poi della Prima Guerra mondiale, si manifesta come uno dei prodotti legislativi più significativi del fascismo. E ciò non solo perché esso, promulgato nel momento del pieno consolidamento del regime, fa parte di un vero e proprio corpo legislativo penale, costituito oltre che da quello penale anche dal codice di procedura penale, dal fondamentale testo unico delle leggi di pubblica sicurezza e dal regolamento carcerario, tutti del 1930-31: un complesso così organico ed unitario quale solo un regime autoritario avrebbe potuto produrre contestualmente. Sono i contenuti fondamentali del codice Rocco che, nonostante un'apparente ambivalenza, sono contrassegnati – in gran parte ancora oggi – da un'ispirazione inequivocabilmente autoritaria. L'ambivalenza si deve tutta al fatto che il legislatore penale fascista, a differenza del coevo legislatore nazista, non giunse al ripudio del fondamentale principio di legalità dei reati e delle pene, che dunque passò sostanzialmente intatto attraverso la parentesi del regime dallo Stato liberale alla Repubblica.

L'*ispirazione autoritaria* del codice del 1930 si coglie, invece, innanzitutto in una accentuata concezione statalistico-pubblicistica – anziché personalistico-individualistica – degli interessi o beni tutelati: così, ad esempio, l'aborto era qualificato come un delitto contro la sanità ed integrità della stirpe, la violenza sessuale come un delitto contro la moralità pubblica e il buon costume, molti delitti economici come delitti contro l'economia pubblica, ecc. Ancor più evidente l'impronta autoritaria è poi nell'allestimento di un consistente settore di “diritto penale politico”, destinato cioè ad estendere la tutela penale fino alle manifestazioni associative e di dissenso politico.

Per quanto più direttamente ci interessa in questa sede, l'autoritarismo del codice Rocco pervade non pochi istituti della parte generale del diritto penale: innanzitutto, di grande significato è il generalizzato ed accentuato inasprimento sanzionatorio, che si manifesta nel ripristino della pena di morte e nella sua coesistenza con l'ergastolo, ma più in generale nella misura generalmente esorbitante delle pene comminate. In secondo luogo, sono molti gli istituti in cui le esigenze repressivo-punitive e di prevenzione generale prevalgono sui principi liberalgarantistici di colpevolezza (mediante la previsione di numerose ipotesi di responsabilità oggettiva) (v. oltre, § V.5.2) e di rigorosa previsione del fatto oggettivo di reato (come, in particolare, avviene nel tentativo e nel concorso di persone) (v. oltre, §§ VIII.2 e VIII.3). Inoltre, è ben vero che il codice Rocco segna un progresso rispetto al codice precedente in ragione della sua maggiore apertura nei confronti del reo, in accoglimento dell'idea di ascendenza positivista che la sanzione penale non deve corrispondere solo ad un fatto oggettivo ma anche adeguarsi alla personalità dell'autore. Ma questa “modernizzazione” avviene pur sempre nel segno dell'inaspri-

mento della risposta sanzionatoria, attraverso la creazione delle altamente afflittive “misure di sicurezza” che si vengono ad aggiungere – con una durata non predeterminata – alle pene vere e proprie (c.d. “doppio binario”) (v. oltre, § VII.6).

C) La **Costituzione del 1947** (entrata in vigore il 1° gennaio 1948) esprime un ordine di valori radicalmente diverso da quello sotteso al codice penale del 1930. In generale, all’autoritarismo statalistico di quest’ultimo si sostituisce un ordinamento liberal-democratico fondato su valori personalistici e sociali-solidaristici. Ed anche per quanto riguarda più in particolare il diritto penale, la Costituzione non è priva di norme di immediata rilevanza per il nostro ramo del diritto. A parte il divieto della pena di morte (art. 27.4) e di ogni pena o trattamento contrari al senso di umanità (art. 27.3) (v. oltre, § I.7), vi è un complesso di norme costituzionali dall’insieme delle quali è possibile ricavare – come è stato detto – il “volto costituzionale” del diritto penale italiano: *legalità* dei reati e delle pene (v. oltre, § III.4 ss.), *colpevolezza* come presupposto indefettibile della pena (v. oltre, § I.4.1), necessaria oggettiva *offensività* del reato (v. oltre, § II.2 ss.), *finalità rieducativa* della pena (v. oltre, § I.6.2) sono i principi costituzionali che, non solo svolgono un ruolo di limite *garantista*, ma concorrono insieme a delineare una concezione del diritto penale in cui la ineliminabile contrapposizione “negativa” tra individuo e Stato, tra libertà ed autorità, si converte in una relazione secondo la quale il diritto penale è mezzo “positivo” di tutela e – ove possibile – di recupero della persona umana, delle vittime e dei rei, in un equilibrato vivere sociale. Al mutamento dello sfondo costituzionale del nostro ordinamento giuridico avrebbe dovuto corrispondere la riforma del codice penale italiano. Così non è stato: per ragioni che qui non è possibile analizzare, dopo oltre un sessantennio da che è in vigore la Costituzione, tutti i tentativi di riforma organica del codice penale sono abortiti, lasciando l’Italia tra i pochi Paesi europei e non europei a non possedere un codice adeguato al nuovo spirito del tempo.

D) Attualmente, dopo il processo di **integrazione europea**, il diritto penale italiano deve essere coerente con gli obblighi internazionali (art. 117 Cost.) promananti non solo dal Consiglio d’Europa e soprattutto dalla *Convenzione europea dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali* (firmata a Roma il 4 novembre 1950 e ratificata dall’Italia con legge 4 agosto 1955, n. 848), ma anche dall’ordinamento dell’*Unione Europea* risultante dal Trattato di Lisbona (firmato il 13 dicembre 2007 e ratificato dall’Italia con legge 2 agosto 2008, n. 130). L’appartenenza dell’Italia al complesso ordine giuridico europeo comporta significative ricadute sul diritto penale sotto almeno due profili principali: quello delle *garanzie* per come esse vengono concepite dalle Corti europee in un’accezione e in un’estensione non sempre coincidenti con quelle na-

zionali; quello degli *oggetti di tutela*, imponendo spesso le istituzioni europee degli obblighi internazionali di tutela penale al di là di quanto previsto dall'ordinamento interno.

## 2. *Le riforme penali più significative*

La mancanza di una riforma organica del codice non significa che il diritto penale italiano sia rimasto immutato tale e quale a quello delineato dal codice del 1930. Soprattutto dagli anni '70 del secolo scorso abbiamo infatti avuto la produzione di numerose **leggi speciali** (cioè extracodicistiche) o di **riforme novellistiche** (cioè modificative di alcuni determinati istituti del diritto penale lasciandone immutato l'impianto generale), che hanno trasformato e reso complessivamente più complicato il sistema. Alcune di queste leggi sono servite per dare tutela a valori ed esigenze nuove, non di rado desumibili dal quadro costituzionale oltre che imposti dalla modernizzazione della realtà sociale e, soprattutto, dagli obblighi derivanti dall'Unione europea: basti pensare ad esempio alla legislazione in materia di ambiente o di sicurezza del lavoro o a quella in materia economico-finanziaria o di utilizzazione delle fonti energetiche, ecc. Altre, non poche, sono state motivate dalla necessità di fronteggiare più energicamente l'incremento quali-quantitativo della criminalità organizzata, prima terroristica e poi mafiosa. Infine, in tempi più recenti, vi sono state riforme ispirate alla finalità di rafforzare la "sicurezza pubblica" e in particolare la sicurezza urbana nei confronti di una criminalità diffusa e spesso violenta, che si ritiene collegata al fenomeno dell'immigrazione.

Per quanto più particolarmente interessa in questa sede, debbono essere ricordate talune riforme che hanno riguardato la parte generale del diritto penale e altre che hanno più radicalmente inciso sulla stessa unitarietà originaria del sistema penale.

A) Quanto alle riforme incidenti sulla *parte generale*, meritano di essere ricordate le seguenti.

a) Innanzitutto, viene in considerazione la c.d. "**novella del 1974**" (adottata con D.L. 11 aprile 1974, n. 99 convertito nella legge 7 giugno 1974, n. 220), con la quale furono modificati alcuni istituti cardine e di larghissima applicazione della parte generale (recidiva, concorso di circostanze, concorso formale di reati e reato continuato, sospensione condizionale della pena), in modo da ottenere un generalizzato risultato di accentuazione della discrezionalità del giudice e di attenuazione della risposta sanzionatoria senza peraltro dover rivedere – il che sarebbe stato praticamente impossibile – tutte le esorbitanti previsioni edittali del codice Rocco.

b) Di fondamentale importanza è, poi, la **riforma penitenziaria del 1975**

(adottata con la legge 26 luglio 1975, n. 354, cui seguirono numerose modificazioni), con la quale si dava attuazione al precetto costituzionale secondo il quale le pene devono tendere alla rieducazione del condannato (art. 27.3 Cost.). Si tratta di una riforma che, senza questa volta introdurre modificazioni al codice, rende più flessibile l'esecuzione della pena detentiva consentendone la sostituzione con misure di totale o parziale libertà specialmente a vantaggio di condannati per reati di non elevata gravità (c.d. benefici penitenziari) (v. oltre, § IX.5). Peraltro, il notevole sviluppo successivo dei benefici penitenziari è stato dovuto alla costante esigenza di fronteggiare l'inarrestabile incremento della sovrappopolazione carceraria evitando però di ricorrere a provvedimenti periodici di clemenza generalizzata.

c) La **riforma novellistica del 2005 della parte generale del codice penale** (legge 5 dicembre 2005, n. 251) segna una evidente inversione di rotta rispetto alle riforme del 1974 e del 1975. In effetti, l'asse portante di tale intervento riformatore è costituito dalle modifiche recate in materia di circostanze e dall'inasprimento della recidiva e delle sue conseguenze (v. oltre, § VIII.4.2 s.), in modo da ottenere un rafforzamento della risposta sanzionatoria e una limitazione dei benefici penitenziari a carico dei delinquenti recidivi. Il legislatore del 2005 ha così realizzato una sorta di circuito differenziato per questa tipologia di delinquenti, che è stato successivamente molto ridimensionato dalla Corte costituzionale attraverso non poche sentenze di incostituzionalità.

d) Non meno importante è, in fine, la **riforma della legittima difesa** (legge 13 febbraio 2006, n. 59), con la quale è stato ampliato l'ambito di liceità della autodifesa privata nelle ipotesi di pericolo di aggressione subito nel domicilio e in luoghi equiparati (v. oltre, § VI.2.3.2).

e) Sul **sistema sanzionatorio** sono intervenuti da ultimi la legge 28 aprile 2014, n. 67 e il D.Lgs. 18 marzo 2015, n. 28, che hanno introdotto rispettivamente la **sospensione del processo con messa alla prova** e la causa di **non punibilità per speciale tenuità del reato**.

f) Infine, con la legge 23 giugno 2017, n. 103 è stata profondamente modificata (per la seconda volta) la disciplina della **prescrizione del reato** (v. oltre, IX.6.5.7) ed è stata introdotta una nuova causa di estinzione del reato consistente nelle **condotte riparatorie** (v. oltre, § IX.6.5.3).

B) Di ben altro respiro sono le riforme che hanno finito per *rompere la originaria unitarietà del sistema penale*, creando dei veri e propri sistemi (o sottosistemi) paralleli a quello "tradizionale". Tutte riforme che non hanno evidentemente toccato il codice penale, ma che hanno comunque avuto il risultato finale di circoscrivere viepiù la sua portata al nucleo tradizionale del sistema penale.

a) La legge 24 novembre 1981, n. 689 ha creato il sistema dell'**illecito puni-**

**tivo amministrativo:** un tipo di illecito per così dire “para-penale”, che presenta caratteri strutturali e funzionali omogenei a quello penale “tradizionale” ma, essendo sanzionato con pene non limitative della libertà personale ed essendo di conseguenza attribuito alla competenza dell’autorità amministrativa (non giudiziaria, dunque), è destinato ad accogliere violazioni di consistenza bagatellare, così da poter riservare l’illecito penale alla repressione dei fatti offensivamente più significativi (v. oltre, §§ I.8 e II.7.3). Con un risultato finale di razionalizzazione del sistema complessivo e di alleggerimento del carico gravante sulla macchina giudiziaria.

b) Su questa stessa linea della razionalizzazione del sistema complessivo, mediante distribuzione di competenze ad organi diversi da quelli della magistratura ordinaria sulla base delle diverse caratteristiche degli illeciti, va il D.Lgs. 28 agosto 2000, n. 274 col quale è stata attribuita **competenza penale al giudice di pace** (in attuazione della delega contenuta nella legge 21 novembre 1990, n. 374 e successive modificazioni). Il giudice di pace è un magistrato non togato ed ha dunque una preparazione tecnicamente meno approfondita, alla quale dovrebbe però corrispondere una particolare “prossimità” alle esigenze quotidiane della popolazione e una consistente semplificazione dei moduli di giudizio. In questo presupposto gli è affidata la competenza di reati di modesta gravità caratterizzati dall’essere espressione di microconflittualità interpersonale, tali non solo da poter essere sanzionati con pene non carcerarie ma soprattutto da poter essere eventualmente “risolti” attraverso provvedimenti di conciliazione tra le parti (v. oltre, § IX.2.1). Dunque, un sistema di giustizia minore che, pur rimanendo nell’area del diritto e della disciplina penale, è orientato verso sbocchi diversi da quelli tradizionalmente punitivi.

c) Infine, una vera e propria rivoluzione del sistema è stata operata dal D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231 che (in attuazione della delega contenuta nella legge 29 settembre 2000, n. 300, a sua volta in ottemperanza di direttive della Comunità europea) ha introdotto la **responsabilità amministrativa da reato delle persone giuridiche**. Superando la tradizionale visione fisico-individualistico dell’illecito e della responsabilità penale (che si esprimeva nella massima *societas delinquere non potest*), e anzi prendendo atto del fatto che oggi la persona giuridica è non di rado la reale struttura organizzativa entro la quale si elaborano e si realizzano programmi criminosi di vasta pericolosità per beni fondamentali della moderna realtà economico-sociale, è stato creato un vero e proprio sistema parallelo di responsabilità delle persone giuridiche affidato alla competenza del giudice ordinario (v. oltre, § I.10). Formalmente amministrativo, il sistema presuppone da un lato la commissione di un illecito penale da parte di una persona fisica all’interno dell’organizzazione societaria e, dall’altro, implica una serie di adattamenti degli istituti tradizionalmente penalistici al fine di poter imputare quell’illecito anche alla persona giuridica come tale. Adattamenti che concernono non solo la ti-

pologia delle sanzioni, tra le quali non potranno ovviamente esservi pene detentive, ma anche e soprattutto i criteri di imputazione oggettiva e soggettiva di un fatto criminoso ad un'entità complessa come è la persona giuridica o l'associazione. Talmente consistenti sono questi adattamenti da condurre il legislatore alla qualificazione come formalmente amministrativa di una responsabilità nascente pur sempre da un fatto penalmente illecito.

### 3. L'organizzazione sistematica del codice penale italiano. La distinzione tra delitti e contravvenzioni

A) È importante aver presente quale è l'architettura in base alla quale è **organizzato sistematicamente il nostro vigente codice**. Esso è diviso in "Libri", "Titoli" e "Capi" (e talvolta anche in "Sezioni"). Lo compongono tre "Libri": il primo contiene le disposizioni di "parte generale" ("*Dei reati in generale*"), cioè che si riferiscono in linea di principio a *tutti* i reati; il secondo e il terzo contengono le disposizioni di "parte speciale", cioè l'elenco delle varie norme incriminatrici che descrivono i singoli reati (l'omicidio, il furto, la rapina, ecc.).

B) Le **disposizioni di parte generale** contenute nel Libro I costituiscono l'oggetto del presente *Corso*. Pur essendo senz'altro legittima una nozione di "reato in generale", **assolutamente fondamentale** è la **distinzione dei reati** nelle due categorie dei **delitti** e delle **contravvenzioni** sulla quale è impostato il nostro codice.

Non tutti i codici penali prevedono analoga bipartizione: alcuni non distinguono affatto, mentre altri conoscono addirittura una tripartizione (tra crimini, delitti e contravvenzioni). Allorché la distinzione è prevista, essa corrisponde naturalmente a ragioni sostanziali, comporta delle differenze nella disciplina delle diverse categorie ed implica dei criteri formali di riconoscimento di queste ultime.

a) Quanto alle ragioni *sostanziali*, premesso che è impossibile individuare criteri "ontologici" di distinzione, si può sinteticamente dire che i delitti costituiscono in linea di principio i reati più gravi, mentre le contravvenzioni prevedono illeciti di minore gravità. Più in particolare, è frequente che il legislatore si avvalga del modello contravvenzionale per allestire una tutela "avanzata" nei confronti di determinati beni, incriminando fatti – appunto non gravi – che sono in qualche modo propedeutici ad aggressioni più consistenti del bene tutelato. Indubbiamente, la presenza della categoria "minore" delle contravvenzioni ha favorito una certa tendenza alla moltiplicazione dei reati, spingendosi spesso il legislatore a sanzionare penalmente fatti anche lievi proprio in quanto previsti e puniti a titolo semplicemente contravvenzionale.

b) Quanto alle differenze di *disciplina*, esse saranno esaminate più dettagliatamente analizzando i singoli istituti in cui si manifestano. Qui ci limitiamo ad anticipare che esse riguardano sostanzialmente quattro istituti: (1) la disciplina dell'elemento soggettivo del reato, che nelle contravvenzioni può essere indifferentemente il dolo e la colpa, mentre nei delitti è di regola il dolo e comunque è differenziata la responsabilità a seconda che si tratti di dolo o di colpa (v. oltre, § V.5.2); (2) il tentativo, che è previsto solo per i delitti, mentre le contravvenzioni non possono essere punite nella forma tentata (v. oltre, § VIII.2.1); (3) la recidiva, che è oggi prevista solo per i delitti (non colposi); (4) l'oblazione, che è prevista solo per le contravvenzioni (v. oltre, § IX.6.4.2).

c) Quanto ai *criteri formali* di riconoscimento, è chiaro innanzitutto che, date le diversità di disciplina or ora viste, si pone un'ineludibile esigenza di poter accertare con sicurezza assoluta quando si è in presenza di un delitto ovvero di una contravvenzione. A questo scopo il legislatore ha adottato dei criteri formali espressi nell'art. 39 c.p. Qui si legge che «i reati si distinguono in delitti e contravvenzioni, secondo la diversa specie delle pene per essi rispettivamente stabilite da questo codice». Dunque, il criterio distintivo è dato dalla *specie della pena* comminata. E, in effetti, l'art. 17 c.p. elenca le pene principali, che sono in *numerus clausus*, distinguendo quelle per i delitti (ergastolo, reclusione e multa) e quelle per le contravvenzioni (arresto e ammenda) (v. oltre, § IX.2.1).

C) Le **disposizioni di parte speciale** che prevedono i singoli reati sono **ordinate**, nei Libri II (dedicato ai *delitti*) e III (dedicato alle *contravvenzioni*), **sulla base dell'interesse** (o "**bene giuridico**") che esse sono dirette a tutelare. Già l'ordine estrinseco con cui i reati sono raggruppati lascia scorgere l'impronta statalistico-autoritaria del codice. Ed in vero i primi beni giuridici ad essere tutelati sono quelli di pertinenza dello Stato (Titolo I, "Dei delitti contro la personalità dello Stato"; Titolo II, "Dei delitti contro l'amministrazione della giustizia", ecc.), mentre solo agli ultimi posti vengono i beni di pertinenza della persona (Titolo XII, contro la persona, e Titolo XIII, contro il patrimonio).

PARTE I  
I PRINCÌPI



# CAPITOLO I

## LA PENA

SOMMARIO: 1. Diritto penale, reato e pena. – 2. Tipologie e funzioni sanzionatorie. La sanzione punitiva. – 3. La funzione di prevenzione generale. – 3.1. La funzione di prevenzione generale “negativa”. – 3.2. La funzione di prevenzione generale “positiva”. – 3.3. La teoria della c.d. “prevenzione-integrazione”. – 3.4. Corollari e implicazioni della prevenzione generale. – 4. La retribuzione. – 4.1. La colpevolezza. – 4.1.1. Le componenti della colpevolezza. – 4.1.2. La crisi della colpevolezza. – 4.2. La proporzione. – 4.2.1. Concezioni funzionali e ruolo garantista della proporzione. – 4.2.2. Le diverse dimensioni della proporzione. – 5. Prevenzione speciale, rieducazione ed espiazione. – 5.1. Personalismo delle concezioni rieducative ed espiative della pena. – 5.2. Caratteri differenziali tra rieducazione ed espiazione. – 6. Polifunzionalità della pena. – 6.1. Funzioni della pena e forme di Stato. – 6.2. La pena nella Costituzione italiana. – 7. Il principio di umanità della pena. – 7.1. Assolutezza e relatività del principio di umanità della pena. – 7.2. L’influenza del principio di umanità sul sistema sanzionatorio. – 8. “Materia penale” ed illeciti punitivi. – 9. Il problema della responsabilità degli enti collettivi. – 9.1. Il tramonto del principio *societas delinquere non potest*. – 9.2. La disciplina italiana della responsabilità degli enti collettivi.

### 1. *Diritto penale, reato e pena*

Rispetto agli altri rami dell’ordinamento giuridico, il diritto penale presenta due caratteristiche qualificanti. In primo luogo, esso è *tutto ed esclusivamente* incentrato sulla previsione di *fatti illeciti* (i “**reati**”). In secondo luogo, il fatto *penalmente* illecito si distingue dagli altri illeciti di natura non penale per la particolare specie di *sanzione* prevista (la “**pena**”).

A) Quanto al primo carattere, si consideri che la funzione prioritaria del diritto civile, commerciale, amministrativo, ecc., è di prospettare ai soggetti privati e pubblici dei *modelli positivi* di comportamento ai quali l’ordinamento ricollega l’efficacia e gli effetti giuridici capaci di realizzare gli interessi sostanziali perseguiti dai soggetti agenti: così, ad esempio, il contratto, il testamento, lo statuto di una società, il procedimento e l’atto amministrativo, ecc. Solo una piccola parte del diritto civile, commerciale, amministrativo, ecc. concerne i comportamenti illeciti, tenuti dai consociati in violazione delle rispettive norme. Al contrario, il diritto penale indica solo dei *modelli negativi* di comporta-

mento, cioè dei fatti “indesiderati” perché socialmente nocivi e di cui pertanto l’ordinamento pretende l’astensione dai consociati. Certamente, non tutte le norme penali contengono la descrizione di fatti illeciti o di loro particolari aspetti. Ve ne sono, infatti, anche altre che disciplinano le conseguenze sanzionatorie del fatto illecito: ma anche queste sono in definitiva orientate allo stesso obiettivo finale di prevedere i fatti illeciti, che in effetti sono qualificabili come tali in virtù delle conseguenze sanzionatorie per essi stabilite.

B) Quanto al secondo carattere, va sottolineato che solo la previsione della pena distingue un fatto illecito penale da un illecito di altra natura, così che davvero si può dire che la **pena è il segno distintivo del diritto penale**. Conseguentemente, l’individuazione di questo ramo del diritto presuppone la definizione del concetto di pena.

A questo fine, si potrebbe pensare di ricavare la nozione di “pena” esclusivamente dal diritto positivo ed in particolare dall’art. 17 c.p., che invero contiene un elenco tassativo delle pene (c.d. principali) cui può ricorrere il legislatore penale. Tuttavia, l’esigenza di elaborare una nozione meta – o pre – legislativa di pena criminale si manifesta per più ragioni.

a) Innanzitutto, per un’esigenza puramente *didattica e concettuale*, per comprendere che cos’è che accomuna sostanzialmente in un unico *genus* le diverse specie sanzionatorie elencate nell’art. 17 c.p.

b) In secondo luogo, e soprattutto, perché il legislatore *non può essere* interamente *libero* di qualificare come “pena” qualunque tipo di conseguenza sanzionatoria a suo totale piacimento. Non lo può fare perché, da un lato, qualificare come “penale” una data sanzione, e conseguentemente il correlativo fatto illecito cui quella è collegata, significa richiamare l’insieme dell’intera disciplina penale per la regolamentazione di quel fatto e di quella sanzione. Ed è evidente che la disciplina penale – l’insieme delle sue norme e dei suoi istituti – è il risultato di una lunga tradizione giuridica che l’ha forgiata ed elaborata come tale in rapporto proprio alle caratteristiche e alle finalità proprie della pena. Così che qualificare come pena una sanzione in realtà non corrispondente alle caratteristiche e finalità proprie della “penalità” significherebbe richiamare una disciplina giuridica (quella penale, appunto) del tutto estranea ed eterogenea rispetto alla sanzione utilizzata.

c) Infine, e per contro, la disciplina penale è subordinata – come vedremo meglio in seguito – a tutta una *serie di vincoli costituzionali ed euroconvenzionali*, ai quali il legislatore non potrebbe certo sottrarsi qualificando come formalmente *extrapenale* (civile, amministrativa, ecc.) una sanzione che fosse invece sostanzialmente una pena, in quanto del tutto corrispondente alla nozione pre-legislativa di sanzione criminale. Anzi, proprio da questa fondamentale esigenza di evitare possibili “truffe delle etichette” da parte dei legislatori nazionali deriva la nozione di “*materia penale*” elaborata *autonoma-*

mente dalla Corte di Strasburgo dei diritti dell'uomo al fine di identificare il campo di applicazione delle garanzie della Convenzione europea (CEDU), quale che sia la qualificazione data all'illecito dal legislatore nazionale. E la "materia penale", a sua volta, è individuata tramite la natura sostanziale della sanzione utilizzata.

## 2. Tipologie e funzioni sanzionatorie. La sanzione punitiva

A) Il criterio più adeguato per cercare di cogliere l'essenza della pena è quello di confrontarla con le *altre tipologie sanzionatorie* sotto il profilo teleologico delle **diverse funzioni** che ciascuna di esse è destinata a svolgere. Va però preliminarmente avvertito che il *criterium individuationis* della funzione svolta, pur essendo senz'altro il più significativo, sconta il limite derivante dal fatto che non di rado una stessa tipologia sanzionatoria svolge contemporaneamente più funzioni.

a) La prima funzione che viene in considerazione è quella **ripristinatoria**. La realizzazione dell'illecito produce una situazione di sofferenza per quell'interesse che risulta offeso dal comportamento inosservante. Niente di più logico pertanto che alla sanzione, la quale segue alla realizzazione dell'illecito, sia attribuito il compito di togliere l'interesse da quella situazione di sofferenza in cui è venuto a trovarsi, ripristinando lo *status quo ante*. Sono queste le sanzioni ripristinatorie, che hanno la grande virtù di neutralizzare le conseguenze dell'illecito, almeno in linea tendenziale.

Tipi caratteristici di sanzioni con funzione ripristinatoria sono la *restituzione* (art. 1168 c.c.) e il *risarcimento del danno patrimoniale* in forma specifica (art. 2058 c.c.) o per equivalente (art. 2056 c.c.). Ma non mancano esempi di sanzioni ripristinatorie nel campo del diritto amministrativo, come può essere in particolare quella della demolizione dell'immobile abusivamente edificato (art. 30 D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380), oppure quella dell'obbligo della remissione in pristino per le violazioni concernenti la tutela delle zone di particolare interesse ambientale (art. 181.1 D.Lgs. 22 gennaio 2004, n. 42). Obblighi ripristinatori sono previsti anche in campo penale, ma presuppongono pur sempre che l'illecito sia qualificabile come penale in ragione della comminatoria di una pena (v. ad es. l'art. 452 *duodecies* c.p.).

b) La seconda funzione è quella **conciliativa**. Nella premessa che ogni violazione comporta una situazione di conflittualità non risolta tra due, o più, soggetti, vanno oggi suscitando nuovo interesse tecniche sanzionatorie consistenti nella "*mediazione*" tra le posizioni venutesi a trovare in conflitto a seguito della violazione, così da pervenire alla conciliazione delle parti. Attualmente è in atto un notevole sviluppo della conciliazione nel diritto civile e commerciale. Nell'area del diritto penale, invece, gli istituti conciliativi non sono molto svilup-

pati. Un esempio significativo si può trovare tra le disposizioni sulla competenza penale del giudice di pace (art. 29.4 D.Lgs. 274/2000), ove è disposto che nell'udienza di comparizione, quando si tratta di reato perseguibile a querela, «il giudice promuove la conciliazione tra le parti». L'avvenuta conciliazione estingue il reato. Altro esempio lo si rinviene nel diritto minorile, ove l'istituto della sospensione del processo con messa alla prova del minorenni autore di reati contempla la possibilità che il giudice adotti «prescrizioni dirette a promuovere la conciliazione del minorenni con la persona offesa dal reato» (art. 28.2 D.P.R. 22 settembre 1988, n. 448).

Pur non essendo sconosciuti al diritto penale, gli istituti conciliativi presuppongono tuttavia che l'illecito sia qualificabile come penale in ragione della comminatoria di una pena.

c) Una funzione da sempre particolarmente importante delle sanzioni giuridiche è, in terzo luogo, quella **preventiva**, mediante la quale l'ordinamento tende ad evitare la futura commissione degli illeciti.

In via generale e preliminare va detto, a questo proposito, che, nell'allestimento di sanzioni con prevalente funzione preventiva, l'ordinamento è fortemente mutuatorio delle conoscenze empiriche e scientifiche in ordine alle condizioni e alle possibilità di determinare efficacemente il comportamento dei consociati in modo da prevenire appunto le loro condotte illecite.

Più particolarmente si deve osservare che sotto la generica funzione di prevenzione si collocano svariati meccanismi di condizionamento del comportamento umano. Si può innanzitutto distinguere a questo proposito tra prevenzione mediante *impedimento* e prevenzione mediante *persuasione*.

(1) Le sanzioni con funzione di prevenzione mediante **impedimento** consistono in sostanza nella frapposizione di ostacoli di natura fisico-materiale tra il soggetto autore della violazione e la ripetizione da parte sua dell'illecito. Sia che questi ostacoli attengano alla persona fisica dell'autore, come potrebbe essere ad esempio la castrazione del colpevole di reati sessuali; sia che questi ostacoli attengano invece alle cose, ai mezzi, alla situazione che rendono possibile od agevolano la commissione degli illeciti, come ad esempio la confisca della droga posseduta dallo spacciatore ovvero la chiusura dello stabilimento in cui si svolge un'attività produttiva o commerciale in violazione delle relative norme.

La funzione impeditiva è propria altresì delle c.d. sanzioni *incapacitative*, che frappongono ostacoli di tipo giuridico-normativo all'esercizio di attività nello svolgimento delle quali potrebbe aver luogo la reiterazione dell'illecito: così, ad esempio, la revoca della patente per chi ha commesso violazioni stradali o la incapacità a svolgere una determinata attività negoziale per chi ne ha abusato a scopi fraudolenti.

(2) La funzione di prevenzione mediante **persuasione** presenta caratteri di maggiore complessità, dovendosi ulteriormente distinguere sulla base di due criteri tra loro intersecantisi.

In primo luogo, occorre distinguere a seconda dei *soggetti* che si pongono quali *destinatari* dell'opera di persuasione svolta dalla sanzione. E cioè a seconda che l'effetto persuasivo sia ricercato nei confronti dello *stesso soggetto* individuale che subisce la sanzione nella sua concreta applicazione (prevenzione c.d. *speciale*), oppure sia ricercato nei confronti di soggetti terzi, appartenenti a cerchie più o meno vaste e financo coincidenti con l'intera ed indistinta generalità dei consociati (prevenzione c.d. *generale*). Superfluo precisare poi che di regola una stessa sanzione persegue congiuntamente sia la funzione di prevenzione speciale che quella di prevenzione generale.

In secondo luogo, occorre distinguere a seconda dello *strumento* di persuasione utilizzato. Da un lato, infatti, per persuadere si può sfruttare l'effetto *intimidativo* derivante dal contenuto afflittivo tipico della sanzione. E ciò sia per quanto riguarda l'effetto intimidativo subito dallo stesso soggetto cui è irrogata la sanzione che viene così in qualche modo "ammonito" a non reiterare la violazione dei precetti dell'ordinamento (prevenzione mediante intimidazione speciale); sia per quanto riguarda l'effetto intimidativo subito dai soggetti "terzi" mediante la consapevolezza che essi acquisiscono della sanzione minacciata e inflitta agli autori dell'illecito (prevenzione mediante intimidazione generale).

Dall'altro lato, infine, per persuadere si possono utilizzare strumenti più propriamente *pedagogico-educativi*, diretti ad ottenere, nel caso di prevenzione "speciale", un migliore adattamento sociale del soggetto ai valori e alle norme dell'ordinamento; nel caso di prevenzione "generale", una più diffusa e convincente affermazione dei valori propri dell'ordinamento, così da accreditarli quali motivi determinanti dell'agire dei consociati e da ridurre la consistenza dei comportamenti non conformi all'ordinamento.

B) Sulla base di quanto fin qui detto, le fondamentali tipologie sanzionatorie risultano essere le seguenti: *a)* sanzioni ripristinatorie; *b)* sanzioni conciliative; *c)* sanzioni impeditive; *d)* sanzioni **punitive**.

Mentre le prime tre categorie ricavano la loro denominazione univocamente dalla funzione, le sanzioni punitive presentano una maggiore complessità funzionale. Sono sanzioni punitive quelle che, consistendo essenzialmente nell'*inflizione di una sofferenza*, perseguono principalmente la funzione di *prevenzione* mediante persuasione, pur non essendo loro estranea una funzione anche *impeditiva*. Vi è insomma nella sanzione punitiva un'insopprimibile **polifunzionalità** per cui varie funzioni coesistono in un equilibrio storicamente condizionato dai diversi orientamenti culturali. Specie classiche di sanzioni punitive sono le pene detentive e quelle pecuniarie.

Lasciando da parte quelle conciliative, va sottolineato che le sanzioni punitive si rivelano dotate di un'utilità immediata per la tutela degli interessi protetti assai più modesta rispetto a quella delle sanzioni ripristinatorie ed impeditive. Le sanzioni punitive, infatti, non solo non sono in grado di conseguire quella utilità

massima garantita dalla sanzione ripristinatoria con l'eliminazione delle conseguenze dell'illecito, ma non è nemmeno detto che riescano a realizzare quel risultato – tipico delle sanzioni impeditive – di interposizione di ostacoli specifici e “mirati” all'impedimento della futura reiterazione dell'illecito. La reclusione irrogata quale sanzione per un furto ha un'utilità immediata assai più limitata della restituzione della cosa sottratta (o del risarcimento del danno) in quanto del tutto incapace di incidere sulla situazione di sofferenza in cui è venuto a trovarsi l'interesse offeso della vittima. Così come, la perdita della licenza applicata a chi ha fatto del proprio esercizio commerciale una casa di prostituzione, avrà un'utilità sociale immediata maggiore della pena della reclusione o della multa.

Inoltre, l'utilità delle sanzioni punitive, non solo è tutta orientata verso il futuro ma è anche caratterizzata da un'elevata componente di aleatorietà. Invero, le funzioni di prevenzione delle sanzioni punitive fanno leva su meccanismi psichici di condizionamento la cui efficacia ed effettività non può essere scientificamente dimostrata ed empiricamente verificata che in piccola parte.

Per contro, il “pregio” delle sanzioni punitive consiste, da un lato, nella loro finalità di *prevenire* la realizzazione dell'illecito (che le rende, sotto questo aspetto, preferibili a quelle ripristinatorie) e, dall'altro, nella loro potenziale efficacia preventiva verso la *generalità* indistinta dei consociati (che le rende, sotto quest'altro aspetto, preferibili a quelle solamente impeditive).

**Il diritto penale è caratterizzato dalla utilizzazione di sanzioni punitive.**

### *3. La funzione di prevenzione generale*

La complessità funzionale delle sanzioni punitive deve essere analizzata esaminando innanzitutto la funzione di **prevenzione generale** che, insieme alla connessa funzione di intimidazione speciale, costituisce storicamente quella principale.

#### *3.1. La funzione di prevenzione generale “negativa”*

A) Lo *schema logico* della funzione generalpreventiva mediante **intimidazione (o prevenzione generale “negativa”)** è di una sorprendente semplicità. La pena consiste in una “sofferenza” (cioè in una privazione o limitazione di diritti individuali), che viene *minacciata* dal legislatore nei confronti della generalità dei consociati come conseguenza necessaria dell'illecito a carico di chi lo abbia realizzato in concreto, così da dissuadere i consociati dalla commissione degli illeciti. L'*inflizione* e l'*esecuzione* successive nei confronti del singolo soggetto autore dell'illecito costituiscono un momento irrinunciabile al fine di mantenere efficacia intimidativa generale alla minaccia della pena. In effetti,

se quest'ultima non venisse poi eseguita, col tempo la minaccia perderebbe di credibilità. Dunque, lo schema funzionale della prevenzione generale mediante intimidazione è costituito da due momenti: quello della minaccia, che è anteriore alla commissione dell'illecito e rivolto verso la generalità; e quello dell'irrogazione, che è successivo alla commissione dell'illecito e concerne il singolo autore del fatto criminoso. Il loro nesso è funzionalmente inscindibile.

B) L'apparente semplicità dell'idea di prevenzione generale mediante intimidazione non è però immune da **obiezioni** di natura sia strettamente empirica che teorico-ideologica.

a) Sotto il primo punto di vista, recenti *indagini empiriche* hanno dimostrato che nella reale dinamica sociale delle motivazioni al comportamento, la minaccia e l'effetto intimidativo della pena giocano un ruolo pressoché marginale rispetto a fattori motivazionali diversi capaci di orientare il comportamento individuale nel senso sia dell'osservanza che della violazione delle norme giuridiche. Ed invero, da un lato esistono soggetti che – pienamente adattati e persuasi dei valori assunti dall'ordinamento – tengono comportamenti osservanti per intima convinzione e, dall'altro, soggetti che – esposti alla prevalente azione di fattori endogeni od esogeni di disadattamento – rimangono “insensibili” alla pretesa efficacia motivazionale della minaccia penale. Rispetto, invece, alla fascia intermedia di soggetti che ispirano il loro comportamento ad un ipotetico calcolo probabilistico di utilità, comparando vantaggi e svantaggi dell'azione criminosa, l'effetto motivazionale e dissuasivo della pena potrebbe continuare ad essere ipotizzato con qualche fondamento.

b) Rispetto poi a questa tipologia di soggetti, nei confronti dei quali si può ragionevolmente ipotizzare l'effetto intimidativo della pena, sono state avanzate anche *perplexità* di natura *teorico-ideologica*. In sostanza, si è osservato che questa idea di un individuo motivabile dalla minaccia della pena pecca per astrazione razionalistica, presupponendo un modello astratto e molto ipotetico di destinatario, concepito come dotato di una libertà del volere tanto incondizionata da essere irrealistica. Un simile tipo di essere umano esisterebbe in definitiva solo nell'utopia razionalistica ed egualitaria del liberalismo individualistico ottocentesco.

Pur non essendo prive di fondamento, le precedenti obiezioni non paiono risolutive. Esse sono adeguate a mettere in luce i limiti della prevenzione generale mediante intimidazione, piuttosto che a negarne radicalmente la plausibilità teorica e pratica.

C) I **reali problemi** cui va incontro la prevenzione generale “negativa” o mediante intimidazione sono semmai costituiti dal rischio di una sua *degenerazione* e di *eccesso repressivo*. In effetti, radicalizzando la premessa di un funzionalismo punitivo affidato interamente all'efficacia dissuasiva (del contenuto afflittivo) della sanzione, è altamente probabile la tendenza politico criminale ad

“ottimizzare” quell’efficacia mediante un progressivo innalzamento dell’afflittività punitiva: fino all’estremo – non del tutto ignoto alla storia del diritto penale – di un vero e proprio terrorismo sanzionatorio in cui la pena capitale sia l’unica pena per tutte le violazioni. In secondo luogo, la prevenzione generale “negativa”, in quanto privilegia la funzione intimidativa della pena, espone il sistema ai condizionamenti e alle oscillazioni delle contingenze: l’incremento statistico-quantitativo di certe forme di criminalità e l’accentuarsi dell’“allarme sociale” non possono che provocare, in questa prospettiva, una risposta reattiva dell’ordinamento in termini di rafforzamento dell’afflittività nella persuasione che la maggiore forza intimidativa così sprigionata faccia diminuire il numero dei reati.

### 3.2. *La funzione di prevenzione generale “positiva”*

Si è recentemente verificata una interessantissima evoluzione delle teorie sulla prevenzione generale tendente a superare i limiti del puro meccanismo intimidativo, per esaltare invece componenti generalpreventive di tipo **educativo (prevenzione generale c.d. “positiva”)**. Più precisamente, pur continuando a vedere la prevalente funzione della pena in una utilità proiettata sulla generalità sociale, si è mirato a mettere in luce altre possibili dinamiche dell’incidenza della pena sulla generalità dei consociati.

Si è infatti sottolineato come la comminatoria legislativa della pena, accanto all’effetto intimidativo, esplica un diffuso effetto “pedagogico” di *accreditamento sociale dei valori tutelati* mediante la formale stigmatizzazione dei comportamenti criminosi, così da favorire l’astensione spontanea – motivata cioè per “interna” adesione – dai comportamenti inosservanti.

L’idea che le norme penali abbiano la funzione di accreditare i valori sociali tutelati dall’ordinamento, sollecitandone così l’*intima* acquisizione da parte dei consociati, può favorire la tendenza ad un uso politicamente discutibile del diritto penale. Invero, dinanzi ad una situazione di conflittualità o semplicemente di pluralismo ideologico intorno alla significatività e “dignità” di un determinato valore (si pensi, ad esempio, a quelli coinvolti nelle questioni di bioetica), il legislatore può subire la tentazione di “approfittare” della particolare efficacia persuasiva della sanzione penale per agevolare in tal modo l’interiorizzazione di un valore che – se lasciato invece al dibattito pluralistico – avrebbe potuto anche affermarsi con caratteri ed intensità diversi. Si tratterebbe, dunque, di un uso illiberale del diritto penale tendente a “forzare” le coscienze dei consociati.

### 3.3. La teoria della c.d. “prevenzione-integrazione”

Un cenno deve infine essere fatto ad una particolare variante della teoria della prevenzione generale positiva, in cui si prescinde totalmente da qualunque meccanismo di condizionamento psichico (negativo-intimidativo o positivo-educativo) dei singoli soggetti consociati. La variante della prevenzione generale positiva di cui occorre ora far cenno prende più precisamente il nome di “**prevenzione-integrazione**”, in quanto attribuisce alla pena una funzione di integrazione sociale.

In breve, la teoria della “prevenzione-integrazione”, senza pretesa alcuna di ottenere dalla pena un effetto di condizionamento dell’agire umano *individuale*, dà – per così dire – per scontata la presenza nel sistema sociale dei comportamenti inosservanti e ad essi contrappone la pena come mezzo per riequilibrare e ristabilire quella fiducia istituzionale indispensabile all’integrazione e stabilità sociale. Posto che il crimine suscita diffusi sentimenti di insicurezza, di reazione e anche di vendetta, l’“istituzione penale” assolve il compito di mantenere in equilibrio la società.

In questa prospettiva, il diritto penale si “de-personalizza” rispetto agli autori dei fatti criminosi, divenendo uno fra i tanti sistemi di integrazione sociale, i cui elementi strutturali sono interamente ispirati alla finalità sistemica di assicurare la fiducia istituzionale dei consociati, secondo moduli e schemi interamente tracciati dalle esigenze di integrazione e stabilità sociale. In definitiva, la pena e il sistema penale divengono una variabile dipendente dall’esigenza di fiducia, stabilità e integrazione del sistema istituzionale di coesistenza sociale. Sono, pertanto, evidenti i rischi di consegnare la fisionomia del diritto penale alla irrazionalità dei sentimenti di sicurezza sociale.

### 3.4. Corollari e implicazioni della prevenzione generale

A differenza delle sanzioni ripristinatorie ed impeditive, la finalità di prevenzione generale delle sanzioni punitive non implica tanto una specifica adeguatezza dei contenuti sanzionatori rispetto alle peculiarità della violazione (la restituzione della cosa illecitamente detenuta; la chiusura dell’esercizio commerciale se l’illecito è consistito nella vendita), quanto piuttosto il necessario **carattere afflittivo** del contenuto sanzionatorio. Anzi, è verosimile la presunzione che – almeno entro certi limiti – l’efficacia di prevenzione generale (ed altresì quella di intimidazione speciale) propria delle sanzioni punitive sia tanto maggiore quanto è più intenso il loro contenuto afflittivo. In effetti, le sanzioni punitive, a differenza di quelle ripristinatorie ed impeditive, non trovano limiti o vincoli contenutistici né nella situazione di sofferenza dell’interesse of-

feso da eliminare o neutralizzare, né nella specifica idoneità all'impedimento della reiterazione di violazioni consimili. Una riduzione in pristino, ad esempio, mutua il suo contenuto pressoché interamente dalla situazione prodottasi a séguito della violazione e che deve essere eliminata: per esempio, un'alterazione dei luoghi o l'inquinamento di un corso d'acqua. La componente afflittiva insita nella sanzione e nella sua esecuzione è sostanzialmente qualcosa di accessorio, posto che all'ordinamento non interessa affatto affliggere ma ripristinare lo *statu quo ante*. Ed identica cosa può dirsi, ovviamente, rispetto alle sanzioni impeditive. Conseguo da ciò che, mentre per le sanzioni ripristinatorie ed impeditive è consentito "scaricarne" la componente afflittiva su soggetti diversi dall'autore della violazione mediante ad esempio un contratto di assicurazione, per le sanzioni punitive questo "trasferimento" è di regola precluso.

Il carattere afflittivo della sanzione punitiva si lega con il particolare ed inquietante ruolo che il condannato viene a svolgere all'interno del congegno funzionale di prevenzione generale. Un congegno, questo, antico quanto il mondo e sempre riemergente soprattutto nelle situazioni e nei momenti di maggiore crisi. Ad esempio, nel Vangelo secondo Giovanni (XI, 47-50), Caifa convince il sinedrio a condannare Gesù con queste parole: «Non capite che conviene a voi che un uomo muoia per il popolo, e non perisca l'intera nazione?».

Premesso che la sanzione punitiva – come si è ripetutamente osservato – non realizza nessuna utilità immediata per l'interesse offeso, è chiaro che la sua inflizione ed esecuzione servono unicamente a rafforzare un effetto disincentivante sui terzi: da qui il dubbio che alla mancanza di un'immediata utilità della sanzione punitiva si accompagni anche il rischio di una **strumentalizzazione della persona umana** del condannato per la tutela degli interessi sociali.

In conclusione, pur muovendo da una scarsa *utilità* intrinseca, le sanzioni punitive sono inclini ad un *utilitarismo* che è invece soggetto – in linea teorica – al rischio di una duplice estremizzazione. Da un lato, quella dell'"esemplarità", che riguarda essenzialmente l'intensità del contenuto afflittivo della pena; dall'altro, quella del "capro espiatorio", che riguarda la possibilità di sacrificare l'innocente se ciò possa esser ritenuto vantaggioso ed utile per la collettività.

Sebbene, come abbiamo accennato, nella storia non manchino esempi né dell'una né dell'altra estremizzazione, bisogna però dare atto che il pensiero penalistico ha da sempre compiuto inauditi sforzi diretti ad impedire queste degenerazioni. Da un lato, ed originariamente, nobilitando sul piano ideologico e teorico la sanzione punitiva attraverso la sua legittimazione proveniente dall'idea moralmente pregnante di retribuzione. Dall'altro, dopo la secolarizzazione del diritto penale avviatasi con l'illuminismo penale, il riaffermato fondamento utilitaristico della pena fu trattenuto dagli eccessi e dagli estremi della strumentalizzazione e dell'esemplarità per mezzo di un umanitarismo che, sul piano politico, trovò la sua migliore concretizzazione nell'idea e nel movimento dei

diritti umani. L'ultimo grande sforzo per trarre la sanzione punitiva dai rischi della strumentalizzazione della persona del reo fu quello di una concezione solidaristica che, muovendo dalla premessa che le cause della criminalità sono anche sociali, affermò il compito anche rieducativo della pena.

Pertanto, le prossime tappe del nostro discorso dovranno essere le due grandi idee-scopo della retribuzione e della rieducazione, per poi concludere con un riferimento alle indicazioni della Costituzione sulla pena e sulle sue funzioni.

#### 4. *La retribuzione*

Nella storia del diritto penale la sanzione punitiva non si è mai collocata in una dimensione esclusivamente utilitaristica. Proprio il ruolo assolutamente decisivo assunto – come si è visto – dalla persona umana del colpevole/condannato ha sospinto la riflessione teorica verso la ricerca di un ulteriore fondamento e di una seconda dimensione, caratteristici della sanzione punitiva e idonei a salvaguardare la dignità della persona del colpevole/condannato. All'utilitarismo della prevenzione generale si aggiunge così l'affermazione dell'**idea retributiva** a giustificazione della sanzione punitiva.

È importante sottolineare fin d'ora come la coesistenza di queste due dimensioni, utilitaristica e retributiva, all'interno della pena non sia stata sempre pacifica: al contrario, le diverse premesse ideologiche o contingenze storiche hanno alternativamente sospinto la sanzione punitiva ora verso uno sfrenato utilitarismo al fondo del quale vi è la stessa dissoluzione della pena e la sua conversione teorica e pratica in misure individuali di profilassi sociale; ora verso un integrale eticismo penale al fondo del quale vi è, non solo l'identificazione del diritto con la morale, ma anche il rischio di disconoscimento proprio dei valori fondamentali della persona umana dalla quale viene coattivamente preteso un totale conformismo ideologico e morale.

Venendo ora alle espressioni della dimensione retributiva della pena, è possibile distinguere due linee direttrici fondamentali, a seconda che la natura retributiva della pena si affermi su un piano prevalentemente oggettivo ovvero costituisca decisivo punto di emersione della persona del reo.

A) Una retribuzione di carattere **oggettivo** accompagna tutta la storia del diritto penale, ancorché con diversa intensità e soprattutto con diversità di premesse culturali e di contenuti giuridici. Si suole parlare in proposito di **retribuzione giuridica** per sottolinearne la derivazione dall'interna logica della norma.

In questa prospettiva, la sanzione punitiva si giustifica infatti quale necessità logico-giuridica ineluttabilmente conseguente alla solenne esternazione della volontà legislativa nel testo normativo. Non esiste legge senza autorità; la sanzione

è il mezzo per assicurare (*sancire* da *sacer* = rendere sacro, inviolabile; da cui *sanctio*) l'autorità alla legge: la legge perderebbe dunque la sua autorità se potesse essere violata "impunemente", senza conseguenze negative. In questa prospettiva di rigorosa e geometrica corrispondenza tra violazione e pena, a quest'ultima rimane del tutto indifferente la possibilità empirica di influenzare i comportamenti, essendole invece essenziale solo la necessità logica che la legge sia legge (in virtù di un superiore principio politico-teocratico, democratico, o quale che sia ma comunque costituente una premessa postulata).

Nell'astrattezza di questo simbolismo di corrispondenza tra violazione e sanzione finiscono per perdere rilevanza e significato sia le diverse tipologie sanzionatorie sia il ruolo della persona fisica del colpevole. Da un lato, infatti, qualunque specie sanzionatoria viene giustificata a prescindere da quale che sia il suo contenuto e la sua funzione, anche il più atroce o la più spudoratamente utilitaristica. Dall'altro lato, questo diretto ricollegamento della sanzione all'autorità della legge, questo sanzionare – si direbbe – più la legge che il colpevole, mette come tra parentesi la persona del reo rendendola una *quantité négligeable*. All'estremo limite di questa concezione simbolico-sociale della pena si può infatti trovare una sanzione che, in quanto "necessariamente" giustificata da un ordine trascendente ed universale, finisce per essere addirittura indifferente alla stessa persona del colpevole. Nel senso, cioè, che l'esigenza di riconciliazione simbolica con la divinità della legge e di riaffermazione dell'equilibrio infranto dalla violazione si realizza quale che sia la persona destinataria della sanzione.

B) La seconda linea di sviluppo dell'idea retributiva ha carattere **sogettivo**, nel senso che la *persona umana* del colpevole vi ha un ruolo centrale. Si tratta di una prospettiva, assai più complessa e vitale, in cui l'affrancamento della pena dal presunto rischio di mortificante utilitarismo avviene mediante l'esaltazione di una componente rigorosamente morale insita nella categoria del "punitivo". Si può sintetizzare al riguardo, affermando che la pena, non solo serve alla protezione degli interessi sociali mediante il condizionamento del comportamento dei consociati, ma è innanzitutto *meritata* dal soggetto colpevole autore della violazione. "Meritata", nel senso che l'afflizione in cui consiste la pena, lungi dal negare per scopi sociali l'umanità e la dignità di cui è portatore il soggetto individuo, ne realizza il pieno riconoscimento nel rispetto della *legge morale universale*.

La legge morale universale implica che ogni essere umano riconosce se stesso, e cioè la propria universale umanità, negli altri: il disconoscimento dell'umanità altrui insito invece nel comportamento criminoso, in quanto negazione dell'umanità universale esistente nella vittima, equivale a negazione di se stessi e dunque al proprio abbruttimento. L'inflizione della pena al colpevole signifi-

ca non già strumentalizzare il condannato ma operare il riconoscimento dell'umanità violata negli altri, attraverso l'espiazione della propria colpa, e così riassumere attraverso la pena la propria dignità. Ma poiché il valore universale dell'umanità non è un bene "disponibile" del singolo, anche se dal singolo di fatto disconoscibile, è logico che la pena, quale mezzo di riaffermazione della legge universale di umanità, *deve* incondizionatamente essere subita dal reo.

In questa logica, è poi relativamente indifferente il contenuto che la pena può assumere nella concretezza storica, ferma restando unicamente la necessità che essa abbia un contenuto comunque afflittivo. E in effetti, a parte mutevoli limiti contenutistici di carattere genericamente "umanitario", la pena retributiva è logicamente (e storicamente) compatibile con i più diversi contenuti sanzionatori: dalla morte alle pene corporali, dalla privazione o limitazione della libertà personale alla limitazione di beni patrimoniali del reo. Essenziale è piuttosto che il "male", l'afflizione in cui consiste la pena, sia legato – in virtù di quella legge universale – da un rapporto di necessità morale con la violazione commessa. Ed è questo rapporto che assume il nome di *retribuzione morale* ad indicare il fondamento personalistico della pena. La retribuzione morale è espressione di una concezione della giustizia radicata nell'Antico Testamento, mentre l'insegnamento di Gesù ha diffuso un'idea di giustizia salvifica fondata piuttosto sulla riconciliazione.

#### 4.1. *La colpevolezza*

Dall'idea retributiva traggono origine due principi fondamentali che pervadono l'intero sistema penale. Si tratta del principio di **colpevolezza** e di quello di **proporzione**.

La retribuzione morale – proprio per il tramite della colpevolezza – realizza un evidente e consapevole spostamento d'accento dal fatto oggettivo all'autore. La colpevolezza, in effetti, viene a costituire la condizione essenziale in presenza della quale si giustifica moralmente che la reazione sanzionatoria colpisca la persona dell'autore per il fatto commesso; la colpevolezza esprime la condizione in base alla quale il soggetto autore *merita* il castigo, lui personalmente nella interezza della sua concreta e reale personalità, *per* il male commesso, perché solo quando il fatto offensivo "*appartiene*" interamente al suo autore ed esprime pertanto la sua personalità, l'autore viola il precetto morale del riconoscimento dell'umanità propria e altrui. In assenza di colpevolezza, il fatto oggettivamente offensivo è equiparabile – da un punto di vista morale – ad un accadimento della natura.

La colpevolezza si presenta dunque come espressione della personalità dell'autore nel senso cioè che essa può dirsi una sorta di "presa di posizione" del

soggetto, ancorché puntuale, episodica e contingente come è il fatto costitutivo della violazione, nei confronti dei valori sociali giuridicamente tutelati: un'autonoma determinazione psicologica del soggetto al "male" rappresentato dalla violazione.

In breve. Si può pertanto dire che la colpevolezza trae il suo fondamento giustificativo dalla retribuzione morale, consiste sostanzialmente in un atteggiamento psichico del soggetto nei confronti del fatto criminoso e costituisce un requisito della responsabilità penale.

Passando ora ad un'analisi seppur sommaria della colpevolezza, emergono almeno due componenti strutturali principali.

#### 4.1.1. *Le componenti della colpevolezza*

A) La prima componente della colpevolezza è l'esistenza di un **nesso psichico tra il fatto e l'autore**, cioè di una "determinazione psicologica" assunta dal soggetto nei confronti del fatto illecito.

L'analisi strutturale delle varie forme e tipologie di tale nesso psichico è molto complessa, essendo innumerevoli le sfumature con le quali un soggetto assume come propria – più o meno intensamente – la realizzazione di un fatto. In linea di principio, si può dire che i nessi psichici attraverso i quali l'uomo "partecipa" alla realtà del mondo esteriore, nella quale si collocano anche i suoi comportamenti, sono la conoscenza e la volontà. La conoscenza, quale apprendimento della realtà circostante e rappresentazione del proprio comportamento, consente all'uomo di orientare sé e la sua condotta nel mondo. La volontà consente all'uomo di modificare la realtà circostante e il proprio rapporto con essa nella direzione ritenuta più confacente ai propri scopi.

Se un fatto si produce al di fuori della sfera di dominabilità conoscitiva e volitiva dell'individuo, ad esempio per l'imprevedibile sopraggiungere di un accesso epilettico, esso non è psicologicamente riconducibile al suo autore materiale.

B) La seconda componente della colpevolezza è costituita da quei presupposti e da quelle condizioni in presenza dei quali si può quantomeno ipotizzare se non accertare l'"autonomia" della determinazione psicologica, cioè a dire la **possibilità** – nella data situazione – **di una diversa scelta comportamentale** del soggetto. Senza questa possibilità di scelta, infatti, il comportamento si iscriverebbe in un ordine necessario degli accadimenti (determinismo), in cui non avrebbe senso l'idea della retribuzione morale.

a) La possibilità di determinarsi altrimenti postula, in primo luogo, l'esistenza nell'uomo del **libero arbitrio** (o libertà del volere), cioè la generale possibilità di scegliere liberamente il proprio comportamento.

L'annosa ed insolubile questione del libero arbitrio si è dibattuta fra le tesi

estreme di un'incondizionata libertà di autodeterminazione (*liberum arbitrium indifferentiae*) e di una assoluta necessità di comportamento causalmente determinato. Più diffusa e plausibile è oggi la tesi intermedia, secondo la quale l'uomo, pur condizionato da fattori variamente e causalisticamente influenti sui processi motivazionali, mantiene uno spazio di autonomia nella scelta tra i diversi e contrapposti moventi che si affacciano alla sua coscienza.

Per la verità, nonostante la sua maggiore conformità alle convinzioni generalmente correnti e ai risultati dell'esperienza introspettiva di ciascuno di noi, neppure questa tesi appare scientificamente verificabile e dimostrabile. In effetti, dinanzi alla pluralità dei motivi che si affacciano all'autore (ad esempio, la prospettiva di un rapido arricchimento mediante una rapina, il rischio di subire la correlativa pena, la necessità di dover assumere uno "stile di vita" coerente col proposito criminoso, le remore derivanti dal porsi contro l'ordinamento, ecc.), rimane sconosciuta la "ragione psichica" per cui il soggetto opta per l'atto criminoso, senza contare poi che è probabile che i diversi motivi – nella concretezza della situazione – non siano neppure apparsi tutti con pari chiarezza alla coscienza del soggetto, così come non è in alcun modo dimostrabile che una maggiore "insistenza" del soggetto su uno dei contromotivi a delinquere avrebbe potuto realmente inibire la commissione del reato.

Il che, tuttavia, non impedisce di fondare giuridicamente un giudizio di colpevolezza attraverso la costruzione normativa di *modelli* di normalità psichica in relazione ai quali è affermabile la possibilità di una diversa determinazione di volontà. In effetti, nonostante che – *nel caso concreto* – rimangano indimostrati sia la possibilità del soggetto di agire altrimenti sia le ragioni per cui è prevalso il movente criminoso, è tuttavia decisivo dal punto di vista dell'ordinamento che le caratteristiche della personalità del soggetto (come individuate dal diritto mediante modelli fondati sull'età, salute, ecc.) fossero tali per cui la *maggioranza delle persone corrispondenti a quei modelli si astiene di regola dal commettere quel reato*. Il che significa in definitiva che l'ordinamento presume il libero arbitrio in presenza di condizioni psichiche "normali" (che si riassumono nel concetto di capacità di intendere e di volere: cfr. art. 85 c.p.).

b) Non basta però che le condizioni personali del soggetto siano "normali" per ritenere la possibilità di agire altrimenti. È altresì necessaria la **normalità del processo motivazionale**, cioè che la *specifica e concreta determinazione criminosa* non sia stata condizionata da fattori – esogeni o endogeni – di intensità soverchiante.

Così, ad esempio, una seria minaccia ovvero l'esistenza di un contingente, grave ed urgente bisogno, ovvero anche la particolare, accentuata suggestionalità del carattere possono certamente alterare le capacità di autodeterminazione, riducendo o addirittura eliminando l'"autonomia" della decisione criminosa. Il diritto penale prende in espresa considerazione alcune specifiche ipotesi