

PREFAZIONE. ISTRUZIONI PER L'USO

Studiare il diritto penale è ben più che imparare i contenuti di un manuale. Il manuale è uno strumento, non l'oggetto della conoscenza da acquisire. È un genere letterario la cui funzione eminentemente didattica non offusca, e caso mai accentua, esigenze di rigore concettuale, chiarezza espositiva e completezza informativa. Scrivere e riscrivere un manuale è uno stimolo a studiare e a riflettere. Mette di fronte a limiti di conoscenza e di elaborazione di chi scrive, e anche della cultura dell'epoca. Qualsiasi scienza (non solo la così problematica scienza giuridica) procede *pedetempim*, mette piede su terreni nuovi ed incerti, avanza per prova ed errore.

Un manuale di diritto penale deve offrire un'informazione di base sull'ordinamento oggetto di studio: nel nostro caso, il diritto penale italiano vigente, nel suo contingente assetto qui ed ora. Ma non può limitarsi a questo. Gli ordinamenti giuridici sono risposte storicamente contingenti a problemi di disciplina. Per comprendere il senso delle risposte è necessario partire dai problemi.

Ho ritenuto opportuno presentare (ovviamente a grandi linee) l'ordinamento penale italiano nel suo complicato trasformarsi dal codice Rocco ad oggi, con attenzione ai problemi posti dall'esperienza applicativa e dalla attuale situazione spirituale.

I precetti penali riguardano tutti. Delitti, processi, risposte al delitto sono aspetti (ahimè) significativi della società in cui viviamo. Il diritto penale interessa tutti, non solo gli operatori professionali del mondo penalistico. Qualsiasi operatore giuridico compie valutazioni di liceità o illiceità, nel ruolo di consulente o di decisore.

Il diritto penale non è una materia semplice. Il suo studio chiede attenzione, forse un impegno faticoso; presuppone il livello di cultura (non solo giuridica) che dovrebbe avere un buon studente universitario già introdotto nel mondo e nel linguaggio del diritto. Per tentare di rendere appetibile questo studio, con l'impegno ch'esso richiede, non v'è altra strada che mostrare, l'importanza delle sfide poste dai problemi dei delitti e delle pene, del proibire e punire. Sono problemi che riguardano la vita e la convivenza di tutti noi.

Agli studenti è dovuta un'informazione completa secondo standard tradizionali; ma anche una selezione di temi e problemi, in modo da offrire un prodotto interessante e digeribile, non sovradimensionato da troppi e secondari argomenti. Occorre cercare un ragionevole equilibrio, evidenziando l'essenziale, sviluppando i temi più importanti, ed evitando il troppo e il vano. Il testo presentato ai lettori, nel succedersi delle edizioni, è il risultato (non sta all'autore dire se e quanto riuscito) di un lavoro di affinamento progressivo, a partire da iniziali tentazioni di mettere tanta (troppa?) carne al fuoco.

Le novità legislative e giurisprudenziali rendono necessario un costante impegno di aggiornamento; l'informazione manualistica è sempre a rischio di invecchiamento precoce. Questa ottava edizione tiene conto di importanti novità normative del recente periodo, ed è stata occasione di ampie revisioni.

Vengo alle istruzioni per l'uso, cui sono indotto dalla constatazione (non solo in sede di esami universitari) di modi difettosi di studiare.

L'obiettivo dello studio è comprendere il senso degli istituti dell'ordinamento penale, ed imparare ad applicarli per la soluzione di casi concreti. Non serve mandare a memoria formule scolastiche.

È essenziale (anche, non soltanto ai fini dell'esame) acquisire una buona capacità di consultazione del codice penale e dei testi normativi in genere. L'operatore giuridico deve saper cercare e riuscire a trovare rapidamente le norme che di volta in volta interessano, senza imparare a memoria articoli e numeri di articolo, e possibilmente senza andare a frugare ansiosamente nell'indice. Per gli studenti alle prime armi è una pratica insostituibile consultare assiduamente il codice per impararne la struttura: la partizione delle materie, la collocazione degli argomenti.

Il nostro studio è, in parte, un apprendimento di linguaggi: il linguaggio del legislatore, il linguaggio della scienza giuridica. L'impegno preliminare di apprendimento di linguaggi e concetti può risultare faticoso e poco gratificante; lo studente potrà coglierne ed apprezzarne il valore quando si troverà di fronte a problemi di sostanza, relativi ai principi e alle concrete scelte di disciplina.

I manuali sono ovviamente scritti per essere letti. Altrettanto ovviamente, non tutto ciò che è in essi contenuto ha uguale importanza. L'informazione dovuta da un manuale è più ampia di quella che sia ragionevole assimilare a fondo. Sta all'intelligenza del lettore riconoscere ciò che è più o meno importante (per gli studenti alle prime armi la selezione di ciò che è importante sarà facilitata dalla frequenza alle lezioni).

I temi del delitto e della pena hanno significativi riflessi nelle più diverse produzioni culturali della nostra civiltà, dalla letteratura alla filosofia alle arti.

Il 'penale' ha che fare con il problema del male, e delle risposte delle società degli uomini di fronte a ciò che ritengono essere il male; il diritto penale è prodotto e specchio significativo del modo di essere e dei valori della società che lo esprime.

Chi abbia uno spiccato interesse per il penale, e non si accontenti d'uno studio manualistico, troverà abbondante materia nei *mass media*, specchio (talora deformante) della rilevanza che problemi di criminalità e di giustizia penale hanno assunto nel nostro paese. Troverà elementi di riflessione nella letteratura, soprattutto nella grande letteratura: nelle tragedie della Grecia classica la messa in scena delle origini del problema penale; in Dante una grandiosa concezione della giustizia retributiva; in Manzoni uno sguardo tagliente su problemi di protezione legale e di giustizia, visti dalla parte degli umili.

Citazioni da opere della grande cultura, introdotte in questo manuale, vorrebbero richiamare l'attenzione su profili che legano il mondo del diritto a temi e problemi fondamentali della nostra civiltà, ben oltre il profilo tecnico-giuridico. Non sfoggio retorico, ma (confidiamo) spunti di riflessione.

Lo studio dei delitti e delle pene risulterà tanto più interessante quanto più collegato a esperienze e conoscenze e riflessioni sui fatti della vita, da qualsiasi fonte provenienti.

Da un bravo studente ci si attende uno studio con atteggiamento critico, non puramente passivo: una interrogazione dei testi aperta a nuove conoscenze e a nuovi argomenti, fatta con indipendenza di giudizio.

In una pagina di Goethe che può valere come splendida, ironica introduzione agli studi universitari, Mefistofele (il diavolo, travestito da Faust) all'aspirante allievo che vorrebbe studiare teologia dà questo suggerimento: "*la cosa migliore è che seguiate le lezioni di un solo docente e che giuriate sulla parola del Maestro. In tutto e per tutto, tenetevi alle parole! Allora arriverete, attraverso la porta sicura, al tempio della certezza*" (*Faust*, trad. it. di G.V. Amoretti).

Jurare in verba magistri è una *tentazione diabolica*: questo ha inteso dire il grande poeta della modernità mettendo un tale insegnamento in bocca al diavolo. I maestri vanno ascoltati con intelligenza, non riecheggianti alla lettera; i migliori allievi sono quelli che sapranno andare oltre.

PARTE I
IL PROBLEMA PENALE

CAPITOLO 1

INTRODUZIONE

*Acrius ex ira quod enim se quisque parabat
ulcisci quam nunc concessumst legibus aequis,
hanc od rem est homines pertaesum vi colere aevom.
Inde metus maculat poenarum praemia vitae.*
(LUCREZIO, *De rerum natura*, V, 1148 s.)¹

Per me si va ne la città dolente
(DANTE, *Inferno*, III, 1)

SOMMARIO: 1. L'oggetto di studio: il problema penale. – 2. Il diritto penale come modo di disciplina. – 3. Definizioni di 'norma penale' e di 'reato'. – 4. La struttura degli ordinamenti penali. – 5. La scienza giuridica penale. – 6. Scienza giuridica e saperi sul mondo. – 7. Diritto e morale. – 8. Il problema della legittimazione del diritto penale.

1. *L'oggetto di studio: il problema penale.*

Alla domanda che cos'è il diritto penale, una persona di normale cultura risponderebbe che è il settore dell'ordinamento giuridico che si occupa dei delitti e delle pene: di fatti (i delitti) che costituiscono gravi forme di aggressione a diritti o interessi dei singoli o della collettività, e della reazione (la pena) prevista per gli autori di delitti, caratterizzata da contenuti afflittivi anche molto pesanti.

Viene utilizzata anche la formula *diritto criminale*, avendo riguardo ai fatti che il diritto assume ad oggetto dei suoi precetti (per lo più, divieti). La formula *diritto penale* ha riguardo alla sanzione minacciata per il caso di trasgres-

¹ "Poiché ognuno nell'ira s'apprestava a vendetta / più crudele di quella che ora concedono le giuste leggi, / per questo agli uomini venne a tedio il vivere una vita di violenza. / Da allora il timore delle pene guasta i piaceri della vita" (traduzione di Giancotti).

sione. La *finalità primaria* del diritto criminale/penale è l'*osservanza dei precetti*: non uccidere, non rubare, ecc.

La filosofia politica moderna inquadra il problema penale fra i problemi della formazione di ordinamenti statuali. Per uscire da uno stato di guerra di tutti contro tutti, dalla libertà selvaggia dell'originario e immaginario 'stato di natura', gli uomini accettano di sottomettersi, in condizioni di parità, ad un potere sovrano cui viene conferito il monopolio della forza ed il potere di porre ed attuare le leggi che tutti sono tenuti a rispettare². *Covenants, without sword, are but words*: gli accordi, senza il sostegno della spada, sono solo parole. Con la minaccia di pene si intende legare gli uomini all'osservanza dei patti e delle leggi da cui dipende la possibilità di una convivenza sicura. La giustizia punitiva viene spontaneamente sentita come la giustizia per eccellenza, che tiene in una mano la bilancia, e nell'altra la spada.

Come epigrafe di questo libro dedicato al problema penale sono stati scelti alcuni versi di un grande poeta 'laico' dell'antichità, che anticipano temi della filosofia politica moderna: il diritto nasce come alternativa a una vita vissuta 'con violenza', in uno stato di libertà selvaggia in cui si susseguono offese e vendette fuori d'ogni regola. L'esito è irrimediabilmente ambiguo: la dolcezza della vita resta macchiata dal timore delle pene. Violenza, paura e sofferenza, che il diritto punitivo intende combattere, sono anche sue caratteristiche intrinseche.

Il mondo delle pene è *città dolente*, come il sommo poeta della cristianità immagina scritto sulla porta dell'inferno. Vi fa seguire un riferimento alla giustizia ("*Giustizia mosse il mio alto fattore*"), che, applicato a istituzioni umane, a pratiche punitive di uomini ovviamente fallibili, suonerebbe retorico. La certezza del proprio valore di giustizia caratterizza la rappresentazione di una giustizia che trascende la dimensione umana.

La giustizia nelle società di uomini è un problema sempre aperto, non un postulato da cui partire. Di fatto, nella storia antica e moderna, precetti penali e pratiche punitive sono stati e sono molto spesso produzione non di giustizia, ma di ingiustizie.

Un sistema penale positivo non nasce nel vuoto, ma dentro una realtà che lo condiziona in vario modo: con i problemi che pone, con gli strumenti che offre. I problemi di disciplina riguardano l'agire umano, e in particolare l'agire 'offensivo': problemi non dipendenti dal legislatore, cui il legislatore dà le sue

²HOBBS, *Leviathan*, 1668; in edizione italiana, Milano, 2004. Citazioni seguenti dal cap. XVII, § 1.

risposte. *Lo studio di un ordinamento penale positivo è lo studio di una 'risposta locale'*³, storicamente determinata, al problema dei delitti e delle pene.

Uno studio serio del diritto dovrebbe evitare che, come è stato criticamente osservato⁴, crescano “generazioni di studiosi di norme, non di problemi”. Cercheremo di essere, innanzi tutto, studiosi di problemi: problemi di organizzazione e disciplina dell'umana convivenza, cui le istituzioni penali si pongono come possibile risposta.

2. Il diritto penale come modo di disciplina.

Il criterio adottato per definire il diritto penale è diverso da quello adottato per le altre grandi partizioni dell'ordinamento giuridico. Il diritto civile e le sue partizioni (per es. diritto di famiglia, diritto commerciale, diritto del lavoro), il diritto processuale, il diritto amministrativo, si identificano in relazione a *campi di materia* che ne costituiscono l'oggetto di disciplina. Non così il diritto penale: qualsiasi campo di materia diviene materia penale, quando per la sua disciplina sia fatto ricorso (non necessariamente in via esclusiva) alla sanzione 'pena'. Il rapporto fra il diritto penale e le altre grandi partizioni dell'ordinamento giuridico non è di separazione netta di campi di materia, ma lascia spazio a sovrapposizioni e interferenze.

Come settore dell'ordinamento giuridico, il diritto *penale* si definisce in relazione a un particolare *modo di disciplina*: la *previsione di un particolare tipo di sanzione – la pena – quale conseguenza normativamente collegata al verificarsi di determinati fatti*.

Di fatto, gli ordinamenti penali presentano un nucleo centrale abbastanza stabile: dal delitto per eccellenza, l'omicidio, al delitto più diffuso, il furto, ad altri gravi fatti di trasgressione del principio generale *neminem laedere* (non arrecare offese ad altri). *Delitti naturali*, si suole dire.

Per mettere a fuoco i caratteri e i problemi specifici della sanzione penale, è utile un confronto con il sistema della responsabilità civile. Dal fatto illecito produttivo di danno scaturisce un obbligo di risarcimento, finalizzato a ricostituire nel patrimonio del danneggiato un equivalente del danno subito (quanto meno per approssimazione). La richiesta di risarcimento è attivata dall'interessato, eventualmente anche con azione giudiziaria civile; il rapporto resta comunque nell'ambito dell'autonomia privata.

Chi subisca una sanzione risarcitoria la sentirà come un male, piccolo o grande. Ma la sanzione risarcitoria civilistica non è una pena in senso giuridico. La sanzione

³ G.P. FLETCHER, *Grammatica del diritto penale*, trad. it., Bologna, 2004, p. 16.

⁴ F. STELLA, *Giustizia e modernità*, Milano, 2001, p. 45.

che si suole definire penale è un tipo di sanzione il cui contenuto afflittivo – di incidenza su diritti del destinatario della sanzione – non ha quella natura e funzione risarcitoria, funzionale a interessi privati, che caratterizza le sanzioni civili.

La *pena* si caratterizza, in prima approssimazione, come *sanzione di contenuto afflittivo non risarcitorio*. Un contenuto afflittivo che può attingere livelli elevatissimi, come si conviene a sanzioni previste in relazione ai più gravi fatti d'aggressione a diritti o interessi individuali e collettivi. *La storia del diritto penale è profondamente segnata dalla pena di morte*, da pene corporali e pene 'infamanti'. Negli ordinamenti moderni ha acquisito un ruolo dominante la *pena detentiva*: l'istituzione penale tipica del mondo moderno è il carcere. Troviamo inoltre *pene pecuniarie*, consistenti nel pagamento di una somma di denaro, *sanzioni interdittive* (divieti di svolgere date attività), e anche altri tipi di sanzione.

3. Definizioni di 'norma penale' e di 'reato'.

Si definisce '*norma penale*' una norma che può essere ricostruita secondo il seguente schema. La prima parte consiste in un *precetto*: un *divieto* di realizzare un dato fatto (non uccidere, non rubare, e simili), o, più raramente, un *comando* di fare qualcosa (per es.: se ti imbatti in una persona in pericolo, devi prestare soccorso). La seconda parte indica la *sanzione minacciata dalla legge* per il caso di violazione del precetto.

Negli ordinamenti giuridici positivi le due parti (precetto e sanzione) possono essere previste in un'unica disposizione di legge (come di solito fanno i codici penali), oppure in più disposizioni fra loro collegate (come spesso avviene in leggi speciali in cui la sanzione penale è prevista 'a chiusura' di discipline amministrative).

Si definisce *reato* il *tipo di fatto* cui la norma ricollega la minaccia di pena. Nei codici moderni il precetto è usualmente formulato come descrizione del fatto previsto come reato, usando il modo indicativo ('chi cagiona la morte di un uomo è punito con la pena di ...') invece dell'imperativo ('non uccidere').

L'ordinamento penale positivo comprende una serie più o meno ampia di *figure* o *fattispecie* di reato, descritte in via generale e astratta da una norma penale: omicidio, furto, e così via. Nell'uso corrente il termine 'reato' viene usato sia in relazione alla *fattispecie astratta* o *tipo di reato* (per es., diciamo che il codice penale italiano descrive nell'art. 624 la fattispecie tipica di furto), sia in relazione ad un *fatto concreto* corrispondente alla fattispecie legale (per es. diciamo che Tizio ha rubato una certa cosa).

La definizione di reato è puramente *formale*, nel senso che non dice nulla su

requisiti o elementi o contenuti del reato. Dà la *regola d'uso del concetto di reato*, ed in ciò sta la sua utilità.

Nel linguaggio dei giuristi sono usate formule riassuntive che indicano contenuti o requisiti generali del fatto punibile. Le più diffuse sono quelle che definiscono il reato (quanto a struttura) come *fatto tipico, antigiuridico e colpevole*, oppure (avendo riguardo alla funzione del diritto penale) come *offesa di un bene giuridico*. Propositioni di questo tipo *non* indicano la regola d'uso del termine 'reato', ma riassumono in una formula sintetica i requisiti che una condotta deve presentare, per potere essere qualificata come reato secondo un dato sistema o modello normativo.

La definizione della norma penale presuppone un concetto contenutistico di pena (sanzione afflittiva non risarcitoria), e il collegamento con un precetto relativo a fatti dell'uomo. Questa definizione taglia fuori l'ipotesi che una pena possa essere inflitta per decisione arbitraria di una autorità, e l'ipotesi che i presupposti legali della pena possano essere qualcosa d'altro dalla violazione di un precetto. Tali ipotesi, si noti, non sono impensabili, ma sarebbero inaccettabili entro la nostra civiltà del diritto.

4. *La struttura degli ordinamenti penali.*

Negli ordinamenti penali moderni possiamo distinguere due tipologie fondamentali di norme: norme che esprimono *principi generali e istituti comuni* a tutti i reati, o a categorie più o meno ampie (c.d. *parte generale*), e norme che pongono precetti e sanzioni penali (c.d. *parte speciale*).

Il *catalogo dei reati e delle pene* (c.d. *parte speciale*) si compone di un nucleo centrale, che negli ordinamenti moderni è contenuto nel codice penale, e di una serie aperta, potenzialmente indefinita, di norme contenute in leggi speciali, in genere a chiusura di discipline non esclusivamente penalistiche.

La parte generale rappresenta uno sviluppo moderno, frutto di riflessioni sulle condizioni di base della responsabilità personale e su possibili modelli di disciplina: nasce da un'elaborazione teorica che ha reso possibile l'individuazione e la codificazione di regole generali. La codificazione di una *parte generale* costituisce il *pendant* normativo della moderna teoria generale del reato.

La parte generale è la testa dell'organismo del quale le norme precettive e sanzionatorie costituiscono il corpo. È materia propria del codice penale, ed oggetto privilegiato dell'elaborazione dottrinale. Vi fanno parte i principi relativi alle fonti del diritto penale (principio di legalità); modelli generali di ascrizione della responsabilità personale (principi generali sul fatto di reato, cause

di giustificazione, istituti della colpevolezza); modelli di riposta al reato (sistema delle sanzioni).

Il diritto penale di ordinamenti evoluti è composto sia della parte generale che della parte speciale; essenziali ad ugual titolo, con funzioni complementari, in un rapporto di integrazione necessaria. La stessa distinzione fra parte generale e parte speciale è una distinzione di massima, che non esclude interrelazioni, intrecci, rinvii reciproci.

5. La scienza giuridica penale.

Come tutte le scienze, la scienza giuridica penale si presenta come impresa conoscitiva. Si colloca nell'orizzonte della libertà della scienza. La prassi applicativa del diritto penale ne ha bisogno, ma la scienza non è serva della prassi⁵. Testi normativi e prassi applicative fanno parte del suo oggetto, ma la scienza giuridica non si identifica con il suo oggetto.

Il lavoro di costruzione di concetti e teorie, finalizzato alla conoscenza sistematica dell'ordinamento giuridico, viene tradizionalmente definito *dogmatica*. Questo termine non appartiene al linguaggio delle scienze moderne: fa pensare a un lavoro riguardante 'dogmi', evoca pretese di verità e indiscutibilità. Che cosa, in concreto, fa il giurista quando dice di occuparsi di dogmatica?

Come tutte le scienze, la scienza giuridica penale mette a punto il proprio linguaggio e apparato concettuale in funzione di propri interessi di conoscenza, di esperienze acquisite, di tradizioni condivise⁶. Il linguaggio delle norme di ordinamenti positivi è oggetto della scienza; il linguaggio della scienza lo costruisce la scienza, a partire dal linguaggio comune e dal linguaggio legislativo, in vista dei suoi scopi: parlare di norme, 'interpretare' le norme dell'ordinamento oggetto di studio, formulare concetti e teorie relative al diritto.

Secondo un'impostazione corrente, i concetti della 'dogmatica' andrebbero ricostruiti in chiave finalistica o 'teleologica'⁷, in raccordo con gli scopi di tutela del diritto penale. È opportuno distinguere fra il finalismo degli istituti e dei principi del diritto penale, e il finalismo dei concetti della teoria giuridica.

Gli istituti e i principi di un ordinamento normativo hanno per l'appunto un contenuto normativo: dicono qualcosa *sul dover essere* secondo l'ordinamento cui appartengono (o secondo una concezione ideale che aspira a tradursi in ordinamento positivo).

⁵ W. HASSEMER, *Perché punire è necessario*, Bologna, 2012, p. 68.

⁶ Interessano anche la scienza giuridica le considerazioni di G. SARTORI, *Logica, metodo e linguaggio nelle scienze sociali*, Bologna, 2011, p. 91 s.

⁷ C. ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, Berlin, 1970.

I concetti della teoria giuridica servono (anche) a formulare principi normativi, ma in quanto *concetti* hanno una funzione che *non* è normativa. I concetti *teorici* della teoria generale (per es. reato, tipicità, antigiuridicità, colpevolezza) sono costruiti dalla scienza giuridica come pezzi elementari del linguaggio giuridico. Come le altre scienze, anche la scienza giuridica costruisce il proprio linguaggio tecnico ponendo definizioni o regole d'uso dei termini introdotti. I concetti e i modelli teorici non hanno la funzione di rispecchiare una pretesa 'essenza' o (come talvolta si continua a dire) 'natura dogmatica' di questo o quell'istituto. Servono all'inquadramento e alla discussione dei problemi rilevanti per il diritto penale, e alla sistemazione concettuale di soluzioni normative (buone o meno buone) storicamente date o prospettate.

Il carattere (relativamente) convenzionale dei modelli 'dogmatici' è stato da tempo evidenziato anche nella letteratura penalistica⁸. La scienza giuridica (come qualsiasi scienza) in via di principio è *autonoma nella costruzione del proprio linguaggio teorico*. Non è vincolata a seguire pedissequamente eventuali concezioni 'dogmatiche' dei legislatori. Anzi, una teoria giuridica che aspiri ad essere 'generale' ha bisogno di strumenti concettuali che abbiano un fondamento e un significato *non* dipendenti da contingenti dati normativi, e che proprio perciò consentano di parlare dei dati normativi (il linguaggio del legislatore) e degli aspetti della realtà rilevanti per le scelte normative.

Questioni di verità si pongono non per i concetti isolatamente considerati, ma per le proposizioni in cui vengono usati per parlare del mondo (compreso il mondo delle norme giuridiche)⁹. Peraltro, anche i concetti 'convenzionali' della teoria, per poter pretendere validità culturale o utilità scientifica, debbono giustificarsi di fronte a criteri razionali di accettazione. Il linguaggio giuridico può adempiere alla sua funzione di strumento del lavoro dei giuristi, in quanto è esso stesso un prodotto di un patrimonio culturale storicamente formato, che incorpora per così dire un sapere acquisito attorno al diritto, fatto di esperienze, riflessioni e tentativi di soluzione di problemi normativi, in un orizzonte più ampio di quello di singoli ordinamenti positivi¹⁰.

⁸Cfr. per es. B. PETROCELLI, *Riesame*, cit., p. 338, a proposito della tripartizione degli elementi del reato: "La tripartizione (come del resto ogni partizione analitica) ha un valore del tutto convenzionale, e la sua funzione ha carattere meramente strumentale ... ausilio, non fonte della interpretazione".

⁹Cfr. K.R. POPPER, *Scienza e filosofia*, 1969, p. 55: per la conoscenza scientifica "i problemi legati al significato o alla definizione delle parole sono privi di importanza"; problemi di verità si pongono per le teorie scientifiche, non per le parole. "Le parole sono importanti soltanto come strumenti per la formulazione delle teorie".

¹⁰Molte questioni controverse sui concetti della dogmatica possono essere utilmente reinterpretate (e sdrammatizzate) come questioni relative alla costruzione del linguaggio scientifico, e non questioni 'di verità'. Nella costruzione di linguaggi e modelli teorici una partizione analitica non arbitraria e logicamente coerente non può essere scartata *a priori*. Ciò non significa, beninteso, che qualsiasi modello (qualsiasi linguaggio) possa andar bene. Un modello teorico opera

Possiamo continuare a chiamare 'dogmatica' il lavoro di elaborazione di concetti e di modelli teorici? L'approccio della scienza moderna è giusto il contrario di un modello 'dogmatico': parte da problemi da risolvere, è consapevole del carattere convenzionale del linguaggio e della 'discutibilità' dei propri risultati. Se useremo talora il termine 'dogmatica', è per non distaccarci troppo dall'uso comune.

Il rischio cui la dogmatica giuridica è esposta è di costruire sistemi di parole cui non corrispondano concetti significativi. È un rischio che attraversa anche altri campi di studio. È stato messo in rilievo nell'ironico suggerimento che Goethe, nel Faust, mette in bocca a Mefistofele nel dialogo con l'aspirante allievo, a proposito della teologia: "*Attieniti alle parole ... proprio là, dove i concetti mancano, s'insinua al momento opportuno una parola. Con le parole si può discutere, si può costruire un sistema, alle parole si può credere*". L'illuminista Goethe esprime qui una critica radicale verso qualsiasi 'scienza' (potrebbe essere una dogmatica giuridica concettualistica) che si risolva in costruzioni puramente verbali, presentate come fossero verità importanti.

Sulla base delle norme dell'ordinamento oggetto di studio, il giurista cerca di ricostruire la struttura e i principi del sistema. L'interpretazione e la conoscenza 'sistematica' di un dato ordinamento è un aspetto fondamentale del lavoro del giurista. Ma l'elaborazione concettuale del diritto positivo *non* esaurisce il lavoro della scienza giuridica, così come di fatto è praticato. Il campo dei problemi che interessano la scienza giuridica penale non è delimitato dall'orizzonte di questo o quell'ordinamento positivo, ma comprende qualsiasi problema relativo alla formazione, alla comprensione, all'applicazione di ordinamenti penali¹¹.

In quanto rivolta alla conoscenza di ordinamenti giuridici positivi, la scienza giuridica aspira a una conoscenza non dipendente da scelte di valore. È un obiettivo problematico, come mostra la storia del diritto e della scienza giuridica. Il mondo del diritto è pregno di valori, il lavoro dei giuristi è fortemente impregnato di riferimenti a valori. E tuttavia, anche dentro un tale orizzonte, per una impresa che si definisce 'scientifica' è irrinunciabile cercar di distinguere i problemi di conoscenza, le cui soluzioni siano sottoposte ai *criteri di accettazione propri della scienza* (in termini di verità o falsità), dai problemi di valore, le cui soluzioni appartengono alla sfera della politica del diritto e a quella dell'applicazione del diritto.

una selezione e sistemazione della materia, secondo partizioni ritenute significative; se trascura partizioni importanti, è un modello difettoso; se dà rilievo a distinzioni poco significative, o enfatizza distinzioni meno significative di altre, scade nel futile, poco funzionale e forse fuorviante.

¹¹ Il modello teorico della costruzione c.d. dogmatica per via di astrazione generalizzante, a partire da norme di ordinamenti positivi, non corrisponde all'effettivo lavoro dei giuristi. "*Se noi apriamo un trattato di diritto penale, di quelli che comunemente corrono sui banchi delle scuole o nelle aule giudiziarie, ci troviamo di fronte ad opere complesse, in cui il diritto positivo non appare come l'unico oggetto dell'indagine*". Vi ritroviamo "*frequentemente teorie e principi che, pur essendo elaborati con riferimento a norme positive, cercano la loro validità al di fuori del diritto positivo*". P. NUVOLONE, *I fini e i mezzi nella scienza del diritto penale*, in Riv. it. dir. pen., 1949, p. 43.

Scelte di valore e posizione di fini sono attività politica, nel senso più ampio e più nobile del termine. Sono scelte che riguardano il governo della *polis*, della comunità giuridicamente organizzata. Anche la ricognizione dei valori e dei fini, cui un legislatore storico abbia inteso orientare le sue scelte, è un problema di conoscenza.

Problemi di conoscenza (e di razionalità) si pongono anche in relazione ai nessi fra i fini perseguiti e gli strumenti adoperati dal diritto. La scienza giuridica è competente a domandarsi se gli strumenti normativi scelti dagli ordinamenti giuridici siano, o non siano, tecnicamente idonei a raggiungere i fini prescelti.

Ulteriori problemi si pongono sul piano dei valori: è giustificato, o no, usare certi mezzi in vista di un certo fine?

Fra scienza e politica del diritto penale vi è dunque un *continuum* di temi e problemi, con cui sia la scienza che la politica debbono comunque fare i conti.

Ciò che caratterizza la scienza, anche quella giuridica, è il metodo scientifico, non un particolare oggetto. L'oggetto della scienza giuridica può comprendere anche la dimensione 'politica' del "porre il diritto". "*Il giurista, come tale, conosce non una, ma tutte le risoluzioni dei c.d. più importanti problemi del diritto penale*", indipendentemente dalle personali preferenze¹². Cercheremo di studiare il problema penale come fatto di cultura, nel quale sono in gioco questioni fondamentali per la civiltà umana; e in quest'ottica studieremo il diritto penale italiano.

6. Scienza giuridica e saperi sul mondo.

La scienza giuridica, per definizione, ha ad oggetto norme, e le norme hanno a che fare col mondo dei fatti: con i fatti dell'uomo, con il mondo della natura in cui gli uomini vivono. Il diritto e la scienza del diritto richiedono *humanarum rerum notitia*, dice una frase tratta dal Digesto.

L'immagine del mondo del giurista¹³ si costruisce a partire dal mondo dell'esperienza quotidiana, del vivere e dell'agire degli uomini: il mondo della storia. La scienza del diritto, e l'applicazione del diritto, si inseriscono entro il quadro di conoscenze di razionalità e via via raggiunto dalle società umane.

Il mondo dei fatti che interessano il diritto sta dinanzi al legislatore ed al giurista come un dato di realtà, la cui conoscenza passa attraverso un sapere sul mondo (della natura e degli uomini) che va ricercato nell'orizzonte di civiltà, di

¹² R. DELL'ANDRO, *Il dibattito delle scuole penalistiche*, in *Arch. pen.*, 1958, p. 184.

¹³ Testo classico K. ENGISCH, *Vom Weltbild des Juristen*, Heidelberg, 1965.

razionalità e di conoscenze scientifiche (sulla natura e sull'uomo) di cui il diritto e la scienza giuridica sono parte. *Le possibilità di conoscenza dei fatti, che il diritto si propone di regolare, passano per un sapere esterno al diritto, che il legislatore non ha il potere di modificare, e al quale non può contrapporre un 'sapere' diverso.*

Può venire e viene in rilievo anche il sapere scientifico, quello delle scienze della natura. Nel mondo moderno la dimensione scientifica e tecnica è penetrata profondamente nella realtà sociale, e anche nel diritto.

Chiamano in causa il sapere scientifico tutti i temi importanti della teoria generale del reato: causalità, idoneità, danno, pericolo, probabilità, prevedibilità, coscienza e volontà, infermità psichica, e simili.

Possono essere oggetto di studio da parte di scienze empiriche, secondo i metodi propri di queste, anche i delitti, le pene, le istituzioni penali. La scienza empirica dei fatti che interessano il diritto penale va sotto il nome di *criminologia*: una scienza giovane, composita, il cui *status* e il cui patrimonio scientifico sono intrecciati con componenti ideologiche di vario segno¹⁴. Nasce e si sviluppa nel clima culturale del positivismo filosofico ottocentesco. Nel secolo XX si è integrata nella sociologia, e ha ricevuto apporti importanti da pressoché tutte le scienze che si interessano dell'uomo.

Nella definizione del proprio oggetto, la criminologia fa riferimento ai sistemi penali, ma in quanto scienza non è vincolata da valutazioni normative. L'ambito d'interesse della criminologia si è progressivamente allargato: dallo studio dei delitti e dei delinquenti, allo studio di comportamenti che, ancorché non definiti come delitti, presentano aspetti (dannosità, pericolosità, violazione di regole) che ne giustificano lo studio come comportamenti devianti; dallo studio delle cause della devianza (delle varie forme di devianza) allo studio della reazione sociale e istituzionale di fronte alla devianza.

7. Diritto e morale.

In quanto sistema di precetti che aspirano ad orientare i comportamenti e a fungere da criteri di valutazione di comportamenti dell'uomo, il diritto penale solleva, come e più degli altri settori del diritto, il *problema dei rapporti fra diritto e morale*. Questo problema può essere esaminato su piani diversi: come problema filosofico, come oggetto d'indagine storica, come problema rilevante per il diritto.

Quando i giuristi parlano di rapporti fra diritto e morale, la morale è intesa non come comando interiore della coscienza, ma "*nel senso oggettivo di ordinamento morale delle azioni e dei rapporti umani, come insieme di valutazioni e di precetti morali*"¹⁵. La morale non è solo questo, ma questo è l'aspetto che più interessa i giuristi.

¹⁴ Per un quadro d'insieme, presentato da uno studioso di formazione giuridica che si è particolarmente dedicato alla criminologia, G. FORTI, *L'immane concretezza*, cit.

¹⁵ B. PETROCELLI, *Considerazioni sui rapporti fra diritto e morale*, in *Saggi di diritto penale*, 1965, p. 175.

Gli ordinamenti giuridici moderni si sono formati in un processo di secolarizzazione, di emancipazione del diritto da vincoli di dipendenza da particolari concezioni religiose o morali. Il positivismo giuridico postula la *separazione del diritto dalla morale*. La definizione del diritto, e il riconoscimento delle norme appartenenti a un ordinamento giuridico, sono indipendenti da concezioni e contenuti morali.

La separazione del diritto dalla morale è una *distinzione concettuale* (a livello di definizione) che fonda la *possibilità logica di instaurare una relazione tra diritto e morale*¹⁶: consente di sottoporre il diritto positivo a un controllo critico in nome di valori che lo trascendano. Significa apertura a un pluralismo di valori etici e politici che possano legittimamente confrontarsi, con pari libertà e dignità¹⁷.

In questi termini, la distinzione della sfera etica dalla sfera giuridica significa “*rifiuto di ogni visione pangiuridica della realtà sociale, di ogni identificazione di questa con la forma giuridica, di ogni sopravvalutazione del compito che spetta al diritto tra i fattori cui è affidato il progresso umano*”¹⁸. Per la civile convivenza il diritto può essere molto, ma non è tutto, e non è l’orizzonte ultimo dei valori.

Autorevoli voci della filosofia e della scienza giuridica parlano un linguaggio diverso. Ronald Dworkin¹⁹ difende la tesi della unità del valore. Nel mondo penalistico italiano, Giuseppe Bettiol vede la legge giuridica come *specificazione della legge etica*, se non lo fosse sarebbe *non lex sed corruptio legis*. “*L’unità morale dell’uomo si risolve in una unicità di valutazione anche se in relazione ai rispettivi oggetti le attività umane si possono diversamente classificare*”. Non sarebbe rintracciabile “*alcun criterio che possa essere invocato come criterio discrezionale tra la morale e il diritto*”: “*nulla è più estraneo al pensiero tradizionale che volere a tutti i costi dividere la vita pratica in tanti compartimenti stagni: morale, giuridico, economico, politico*”²⁰.

Può raccordarsi l’esigenza di unità morale dell’uomo con la distinzione

¹⁶ A. BARATTA, *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale*, Milano, 1966, p. 102. Cfr. anche H.L.A. HART, *Il positivismo e la separazione tra diritto e morale*, in *Contributi all’analisi del diritto*, Milano, 1964, p. 107 s.; U. SCARPELLI, *Cos’è il positivismo giuridico*, Milano, 1965; N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1965.

¹⁷ M. GALLO, *Appunti di diritto penale. La legge penale*, Torino, 1999, p. 54.

¹⁸ A. BARATTA, *op. cit.*, p. 20.

¹⁹ R. DWORKIN, *Giustizia per i ricchi*, Milano, 2013.

²⁰ G. BETTIOL, *Il problema penale*, Palermo, 1948, ripubblicato in *Scritti giuridici*, II, Padova 1966, p. 620 s., p. 626.

concettuale fra diritto e morale? Sì, è possibile: la distinzione concettuale lascia aperto il problema dei contenuti e del rapporto fra i contenuti dei due diversi mondi normativi. L'idea dell'unità morale dell'uomo pone problemi ed esigenze di coerenza di valutazioni: *“il rapporto fra morale e diritto conserva un valore fondante per il diritto penale: sia per separare che per unire queste due dimensioni”*²¹.

Problemi di *sostenibilità morale* del diritto penale derivano dal carattere specifico del diritto (non invece della morale) consistente nella disponibilità di strumenti di coercizione. Appunto il nesso fra diritto e forza fa del diritto un tentativo di soluzione del problema politico primario, il problema di assicurare protezione e sicurezza, condizioni di base della convivenza e di una possibile cooperazione. Il rapporto del diritto penale con la morale e con la politica è legato al mezzo specifico – il potere di coercizione – che caratterizza e definisce l'ordine giuridico.

Come ha scritto uno dei grandi intellettuali della modernità, “è il mezzo specifico della violenza, semplicemente, come tale, messo a disposizione delle associazioni umane, quello che determina la particolarità di ogni problema etico della politica”²². Ciò vale in particolare per il diritto penale, il settore dell'ordinamento giuridico che più d'ogni altro è caratterizzato dalla minaccia e dall'uso della coercizione, che rappresenta la più elementare (e più pervasiva) risposta ai problemi di sicurezza, che appare in grado di fornire alla legge morale la “forza coattiva e repressiva che la legge morale in sé non aveva”²³.

Il carattere coercitivo del diritto penale trae con sé esigenze specifiche di legittimazione e delimitazione, che non sorgono in relazione a norme puramente morali. La violenza insita nel proibire sotto minaccia di pena, e nel punire i trasgressori, ha bisogno di una legittimazione molto forte: il fine di tutela non necessariamente giustifica i mezzi (un qualsiasi mezzo). Nel penale è in gioco non la moralità *tout court*, ma, più specificamente, la *moralità della coercizione*, oltre che la sua razionalità tecnica²⁴.

Etiche normative e diritto hanno un comune interessamento per problemi di valutazione della condotta umana, secondo criteri di liceità o illiceità obiet-

²¹ M. DONINI, *An impossible exchange? Prove di dialogo tra civil e common lawyers su legalità, morale e teoria del diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 34.

²² M. WEBER, *La politica come professione* (la citazione è dalla traduzione italiana in M. WEBER, *Il lavoro intellettuale come professione*, Torino, 1966, p. 115).

²³ F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, rist. Bologna, 1993, p. 40.

²⁴ È per questo che *il rapporto con l'etica si propone, per il diritto penale, in termini di problematicità accentuata*: C. PEDRAZZI, *Diritto penale*, in *Dig. pen.*, 1990, p. 645.

tiva, colpevolezza o non colpevolezza soggettiva. Sviluppare questo tema, prendendo sul serio il punto di vista morale, mette sotto tensione il punto di vista usuale dei giuristi, interno al mondo del diritto. Il giurista si sente custode geloso dei confini fra diritto e morale, conquista fondamentale della modernità. Il mondo del diritto si costruisce *iuxta propria principia*, la separazione dalla morale è condizione della *specificità eticità del diritto*.

Così inteso, il principio 'laico' della separazione del diritto dalla morale converge con istanze che sono proprie anche del giusnaturalismo: riconosce la possibilità e rilevanza di una *morale critica*, cioè di principi e criteri di valutazione che consentano di sottoporre a critica le istituzioni, le morali positive, gli ordinamenti giuridici²⁵.

8. Il problema della legittimazione del diritto penale.

Le istituzioni penali sono un fatto quanto mai corposo, nel bene e nel male, nella storia della civilizzazione umana. La legittimazione del diritto di punire – di uomini verso altri uomini – e delle sue concrete conformazioni storiche, è sempre stata oggetto di discussione.

Nella conformazione del diritto che definiamo criminale guardando ai precetti, e penale guardando alle sanzioni, è in gioco, con particolare intensità, **“il rapporto fra la sfera dei diritti e libertà individuali e la sfera dei poteri statuali. La pena è arma a doppio taglio: intende essere strumento tutela di interessi o ‘beni giuridici’, la tutela è attuata attraverso la lesione di beni giuridici”**²⁶.

In un mondo morale nel quale è principio generale il divieto di danneggiare altri ingiustamente, la pena – in quanto inflizione di una sofferenza o privazione di diritti – pone un particolare *problema di giustificazione* del diritto e del dovere statutale di punire, e quindi dei limiti di tale diritto-dovere.

Due approcci fondamentali, variamente intrecciati nella storia della civiltà umana, si contendono il campo:

– ***l'idea della retribuzione***: la sanzione penale deve realizzare una giusta retribuzione di un male commesso. ***Punitur quia peccatum est***: la pena retributiva si vuole fondata su un'esigenza di giustizia assoluta (anche in senso etimologico: *absoluta* = sciolta da finalità ulteriori).

– ***l'idea della prevenzione***: la previsione legislativa dei reati e delle pene, e l'applicazione di pene agli autori di reati, hanno una funzione di prevenzione

²⁵ H.L.A. HART, *Diritto, morale e libertà*, trad. it., Acireale, 1968.

²⁶ V. LISZT, *Der Zweckgedanke im Strafrecht* (1883), trad. it., *La teoria dello scopo nel diritto penale*, Milano, 1962; citazione da p. 46.

di comportamenti ritenuti dannosi. *Punitur ne peccetur*: si minacciano e si applicano pene affinché in futuro non si commettano fatti illeciti. L'idea della prevenzione mediante il diritto penale prefigura istituzioni penali costruite secondo criteri di razionalità finalistica.

In un senso puramente formale, la pena può sempre essere definita 'retribuzione' del reato, in quanto sua conseguenza giuridica. Questo aspetto è posto in rilievo dalla c.d. teoria della retribuzione giuridica, la quale definisce il delitto come negazione del diritto, e la pena come negazione del delitto, e quindi riaffermazione del diritto²⁷.

Questa costruzione concettuale definisce i rapporti fra i concetti di diritto, delitto e pena, ma nulla dice sul problema sostanziale: a quali condizioni la 'retribuzione' giuridica mediante la pena può ritenersi giustificata?

Le idee della 'giusta' retribuzione e della funzione preventiva – entrambe compatibili con lo schema formale della retribuzione giuridica – rappresentano due modi distinti di giustificazione del diritto penale. Sono concezioni che pretendono di dire qualcosa non solo sull'essere, ma anche e soprattutto sul dover essere del diritto penale. Non sono, di per sé, tentativi di descrizione o di spiegazione storica delle istituzioni penali così come nei diversi tempi e luoghi si sono evolute.

Nella storia delle istituzioni penali hanno agito e agiscono spinte molteplici, compresenti e spesso contraddittorie tra di loro. Non solo ideologie sulla pena, ma anche interessi politici, concezioni morali, conoscenze e teorie scientifiche, atteggiamenti emotivi.

²⁷ G.W.F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, Berlino, 1821, parr. 99-103.

CAPITOLO 2

DIRITTO PENALE E SISTEMA POLITICO

*Là dove la forza non limita se stessa, nasce la violenza e il terrore,
e sopraggiunge da ultimo la fine, l'annientamento
dell'esistenza e dell'anima.*

(JASPERS, *La questione della colpa*)

SOMMARIO: 1. Il modello liberale del diritto penale. – 1.1. La necessità di difesa dei diritti. – 1.2. Il diritto penale, strumento e limite della politica criminale. – 1.3. Il diritto penale fra concezioni del male e concezioni della vita buona. – 1.4. Il principio dell'eguale rispetto. – 1.5. Problemi del diritto ingiusto. – 2. Diritto penale e giustizia penale. – 2.1. Il paradigma cognitivo del garantismo. – 2.2. Giustizia penale e separazione dei poteri. – 2.3. La tensione fra garanzie liberali e finalismo repressivo. – 3. Rapporti fra il diritto penale e altri settori dell'ordinamento giuridico. – 4. Tendenze autoritarie nel diritto penale.

1. *Il modello liberale del diritto penale.*

1.1. *La necessità di difesa dei diritti.*

La **dimensione politica del problema penale** è stata colta con piena consapevolezza nel movimento intellettuale e politico che sta alle origini del moderno stato di diritto: l'illuminismo riformatore.

Nel testo classico dell'illuminismo penale italiano ('Dei delitti e delle pene' di Cesare Beccaria, pubblicato per la prima volta nel 1764) la questione del 'diritto di punire' è ricollegata all'idea o metafora del *contratto sociale*. "Le leggi sono le condizioni, colle quali uomini indipendenti ed isolati si unirono in società, stanchi di vivere in continuo stato di guerra e di godere di una libertà resa inutile dall'incertezza di conservarla. Essi ne sacrificarono una parte per goderne il restante con sicurezza e tranquillità". Sorge a questo punto il problema di come assicurare l'osservanza delle leggi: "Vi volevano dei motivi sensibili, che bastassero a distogliere il dispotico animo di ciascun uomo dal risommergere

nell'antico caos le leggi della società. Questi motivi sensibili sono le pene stabilite contro agli infrattori delle leggi"¹.

Il "diritto del sovrano di punire i delitti" viene fondato sulla "**necessità di conservare il deposito della salute pubblica da usurpazioni particolari**". Di per sé, l'idea della necessità addita un vincolo di razionalità (economicità dei mezzi rispetto al fine) ma è neutra rispetto ai possibili oggetti e contenuti della disciplina. Rinvia a concezioni storicamente determinate su quali siano gli interessi che nelle diverse, concrete società vengano ritenuti meritevoli e bisognosi di 'necessaria' tutela; deve fare i conti con le possibilità tecniche disponibili per la tutela, e con valutazioni di congruenza fra i mezzi disponibili e i fini di tutela. Fin qui, siamo nel solco di una concezione strumentale, preventiva, del diritto penale, presente nel pensiero politico antico e moderno.

Fine primario è l'osservanza di precetti ritenuti importanti (i più importanti) per la convivenza in una società bene ordinata. La minaccia legale di pene è strumentale al fine dell'osservanza dei precetti; gli apparati di giustizia si attivano là dove si ponga un problema di accertamento e di repressione di fatti contrari alla legge.

Elemento nuovo, nel discorso di Beccaria, è il **collegamento con una filosofia politica liberale**. "Fu la necessità che costrinse gli uomini a cedere parte della propria libertà: è adunque certo che ciascuno non ve ne vuol mettere nel pubblico deposito che la minima porzione possibile, quella sola che basti ad indurre gli altri a difenderlo. L'aggregato di queste minime porzioni possibili forma il diritto di punire; tutto il di più è abuso, e non giustizia, è fatto, ma non già diritto"².

Il criterio della *stretta necessità* acquista una sostanza *liberale*, in ragione di vincoli che dalla natura del contratto sociale derivano per la scelta sia dei mezzi sia dei fini di una convivenza fondata sui diritti e le libertà di ciascuno.

Per gli illuministi le riflessioni sul diritto di punire non sono esercitazioni astratte, ma programmi concreti di superamento degli ordinamenti giuridici *ancien régime*, degli stati assoluti. Programmi di riforma del sistema dei delitti, eliminando incriminazioni incompatibili con un ordinamento giuridico 'secolarizzato', 'illuminato', aperto al riconoscimento di libertà politiche. Programmi di riforma delle sanzioni, con l'eliminazione di pene consistenti in supplizi fisici, o inutilmente severe.

¹ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, §. 1.

² C. BECCARIA, *op. cit.*, §. 2.

1.2. *Il diritto penale, strumento e limite della politica criminale.*

Finalizzato alla difesa del ‘deposito della salute pubblica’, il diritto penale è *strumento di politica criminale*, intesa come l’insieme delle valutazioni, delle attività e degli strumenti che lo Stato adotta nel definire e contrastare i fenomeni criminali³. Il diritto penale definisce i crimini e appresta strumenti (pene ed eventuali altre misure) ritenuti utili e necessari per la lotta contro il delitto. In questo senso è corretto parlare di *primato della politica* sul diritto penale: primato della valutazione politica relativa a bisogni e a strumenti di tutela⁴.

Secondo una celebre affermazione del fondatore della scuola moderna, V. Liszt, *il diritto penale è limite invalicabile della politica criminale*⁵. Che senso ha considerare il diritto penale, allo stesso tempo, *strumento necessario* e *limite invalicabile* della politica criminale? Emerge qui una tensione di fondo, non tanto fra diritto e politica criminale, quanto fra finalità politiche diverse, tutte rilevanti per l’ordinamento giuridico.

La *politica del diritto penale* non è semplicemente *politica criminale*, cioè costruzione di strumenti finalizzati alla lotta contro il delitto. Riguarda i rapporti fra individuo e società, fra libertà e autorità. *Negli ordinamenti giuridici del nostro tempo, la dimensione politica generale del problema penale trova chiara espressione nella rilevanza costituzionale dei principi portanti del sistema dei delitti e delle pene.*

L’inserzione, nelle Costituzioni liberaldemocratiche moderne, di principi relativi al diritto penale, ha radice in *esigenze di garanzia delle libertà individuali*. Si riflettono sul sistema penale principi non specificamente penalistici: diritti e libertà costituzionalmente garantiti, e principio d’uguaglianza. Nell’insieme dei principi costituzionali il diritto penale trova, da un lato, l’indicazione di positive esigenze di tutela, e dall’altro lato limiti da non superare.

Nella moderna rifondazione politica, il diritto penale cerca legittimazione nell’*idea dello scopo*: in scopi di tutela perseguiti in modi individuati da un legislatore ‘razionale rispetto allo scopo’. Per altro verso, *il tema liberale dei li-*

³ H. ZIPF, *Politica criminale*, Milano, 1989; D. PULITANÒ, *Politica criminale*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, p. 73 s.; F. BRICOLA, *Politica criminale e politica penale dell’ordine pubblico*, in *La questione criminale*, 1975, p. 221 s.; G. VASSALLI, *Politica criminale e sistema penale*, in *Il Tommaso Natale*, 1978, p. 1006 s.

⁴ M. DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale*, Milano, 2004.

⁵ V. LISZT, *Ueber den Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschung auf die Grundbegriffe des Strafrechts*, in *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, 1905, p. 80.

miti invalicabili si oppone alla totale funzionalizzazione del diritto a finalità politiche quali che siano: la lotta alla criminalità non giustifica la compromissione di diritti fondamentali dell'individuo e della dignità dell'uomo. Nemmeno dell'uomo che delinque.

1.3. Il diritto penale fra concezioni del male e concezioni della vita buona.

In società pluraliste, i valori condivisi comprendono una generale o molto ampia convergenza nell'individuazione di ciò che è male, incompatibile con le condizioni essenziali della convivenza⁶; e comprendono il riconoscimento del pluralismo come convivenza di diverse *concezioni comprensive* (cioè concezioni generali del mondo, dell'uomo, della vita buona). *Una completa neutralità del diritto è impensabile*: il diritto – e il diritto penale in particolare – opera scelte di valore, più o meno condivise, più o meno inclusive o escludenti.

“Nessuna filosofia politica e nessun insieme di principi politici può pretendere di essere universale, se per universale si intende ‘universalmente accessibile a tutti’ o ‘universalmente sostenibile da tutti’, indipendentemente da quello che credono”⁷. Ogni filosofia politica esclude qualcosa: anche la scelta per una convivenza fondata sulla libertà è una scelta non neutra, che si oppone a concezioni autoritarie o fondamentaliste del diritto e dello Stato.

La distinzione fra valori politici e valori morali è stata messa in discussione con argomenti che sono stati ripresi nella letteratura penalistica italiana⁸. È una distinzione problematica: “qualsiasi criterio di delimitazione sarà comunque espressione di una particolare dottrina globale”⁹. Tuttavia, per quanto problematica, una distinzione fra valori specificamente politici e valori *altri* è concettualmente e praticamente possibile. Sul piano, s'intende, di una teoria *normativa*, che non può postulare come scontata la sua accettazione, ma può (deve) essere argomentata con ragioni capaci di trovare ascolto.

Possibile, e storicamente verificabile, è una *differenza fra livelli di comprensività* di concezioni del mondo, dell'uomo, dei diversi mondi normativi. Un esempio è la distinzione fra laicità *filosofica* (concezione *comprensiva*) e laicità *liberale* (concezione *politica*).

⁶ Cfr. per tutti S. VECA, *La priorità del male e l'offerta filosofica*, Milano, 2005, p. 15 s.

⁷ CH. LARMORE, *Dare ragioni*, Torino, 2008, p. 127.

⁸ G. FIANDACA, *I temi eticamente sensibili tra ragione pubblica e ragione punitiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 1383 s.

⁹ R. DWORKIN, *Rawls e il diritto*, in ID., *La giustizia in toga*, Roma-Bari, 2010, p. 262 s.; citato da G. FIANDACA, *op. cit.*, p. 1394.