

DOMENICO PULITANÒ

# DIRITTO PENALE

*Nona edizione*

*Estratto*



**G. Giappichelli Editore**

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.)<sup>1</sup>

*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. La struttura degli ordinamenti penali. – 4. La scienza giuridica penale. – 5. Scienza giuridica e saperi sul mondo. – 6. Diritto e morale. – 7. Il problema della legittimazione del diritto penale.

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

Alla domanda che cos'è il diritto penale (o diritto criminale) una persona colta risponderebbe che è il settore dell'ordinamento giuridico che si occupa dei delitti e delle pene: di fatti (definiti delitti o crimini) 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.

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

Si definisce ***norma penale*** una norma che può essere ricostruita secondo il

---

<sup>1</sup>“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).

seguinte 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.

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*. Proposizioni 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 affittiva 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.

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 rispettare<sup>2</sup>. *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

---

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

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

Uno studio serio del diritto dovrebbe evitare che, come è stato criticamente osservato<sup>4</sup>, 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 propongono 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, il diritto processuale, il diritto amministrativo e le loro partizioni sono definiti avendo riguardo 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

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

<sup>4</sup>F. STELLA, *Giustizia e modernità*, Milano, 2001, p. 45.

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 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. 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.

#### 4. *La scienza giuridica penale.*

Come tutte le scienze, la scienza giuridica penale è un'impresa conoscitiva. Si colloca nell'orizzonte della libertà della scienza. 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 condivise<sup>5</sup>. 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 possibili scopi: parlare di norme, 'interpretare' le norme dell'ordinamento oggetto di studio, formulare concetti e teorie relative al diritto, elaborare proposte di riforma.

Secondo un'impostazione corrente, i concetti della 'dogmatica' dovrebbero essere costruiti in chiave finalistica o 'teleologica'<sup>6</sup>, in raccordo con gli scopi di tutela del diritto penale. È opportuno distinguere fra il finalismo degli

---

<sup>5</sup> Interessano anche la scena giuridica le considerazioni di G. SARTORI, *Logica, metodo e linguaggio nelle scienze sociali*, Bologna, 2011, p. 91 s.

<sup>6</sup> C. ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, Berlin, 1970.

istituti e dei principi del diritto penale, e il finalismo dei concetti della teoria giuridica.

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

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 penalistica<sup>7</sup>. La scienza giuridica (come qualsiasi scienza) in via di principio è *autonoma nella costruzione del proprio linguaggio teorico*. 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<sup>8</sup>. Il linguaggio giuridico può adempiere alla sua funzione di strumento del lavoro dei giuristi, in quanto è 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

---

<sup>7</sup>Cfr. per es. B. PETROCELLI, *Riesame degli elementi del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1963, p. 339.

*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".

<sup>8</sup>Cfr. K.R. POPPER, *Scienza e filosofia*, Torino, 1969, p. 55: 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".

orizzonte più ampio di quello di singoli ordinamenti positivi. Molte 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'.

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 penali<sup>9</sup>.

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

---

<sup>9</sup> "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.

di distinguere i problemi di conoscenza, le cui soluzioni sono 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.

*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. 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.

È oggetto della scienza giuridica 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 preferenze<sup>10</sup>. 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.

## 5. Scienza giuridica e saperi sul mondo.

L’immagine del mondo del giurista<sup>11</sup> 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.

---

<sup>10</sup> R. DELL’ANDRO, *Il dibattito delle scuole penalistiche*, in *Arch. pen.*, 1958, p. 184.

<sup>11</sup> Testo classico K. ENGISCH, *Vom Weltbild des Juristen*, Heidelberg, 1965.

Il mondo dei fatti che interessano il diritto è una realtà la cui conoscenza passa attraverso un sapere sul mondo (della natura e degli uomini) che va ricercato nell'orizzonte di civiltà, di 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.* 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 segno<sup>12</sup>. 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.

## 6. *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 si pone 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 "*nel senso oggettivo di ordinamento morale delle azioni e dei rapporti umani, come insieme*

---

<sup>12</sup>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.

di valutazioni e di precetti morali”<sup>13</sup>. La morale non è solo questo, ma questo è l’aspetto che più interessa i giuristi.

Il positivismo giuridico postula 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*<sup>14</sup>: consente di sottoporre il diritto positivo a un controllo critico in nome di valori che lo trascendono. Significa apertura a un pluralismo di valori etici e politici che possano legittimamente confrontarsi, con pari libertà e dignità. 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 Dworkin<sup>15</sup> difende la tesi della unità del valore. Nel mondo penalistico italiano è stata sostenuta da Giuseppe Bettiol: “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”; “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”<sup>16</sup>.

Può ricordarsi l’esigenza di unità morale dell’uomo con la distinzione 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”<sup>17</sup>.

Problemi di *sostenibilità morale* del diritto penale derivano dal carattere

<sup>13</sup> B. PETROCELLI, *Considerazioni sui rapporti fra diritto e morale*, in *Saggi di diritto penale*, 1965, p. 175.

<sup>14</sup> 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.

<sup>15</sup> R. DWORKIN, *Giustizia per i ricci*, Milano, 2013.

<sup>16</sup> G. BETTIOL, *Il problema penale*, Palermo, 1948, ripubblicato in *Scritti giuridici*, II, Padova, 1966, p. 620 s., p. 626.

<sup>17</sup> 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.

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”<sup>18</sup>. 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 *forza coattiva e repressiva*<sup>19</sup>.

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 tecnica<sup>20</sup>.

Etiche normative e diritto hanno un comune interessamento per problemi di valutazione della condotta umana, secondo criteri di liceità o illiceità obiettiva, colpevolezza o non colpevolezza soggettiva. Il mondo del diritto si costruisce *iuxta propria principia*, la separazione dalla morale è condizione della *specificità etica 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 giuridici<sup>21</sup>.

---

<sup>18</sup> M. WEBER, *La politica come professione* (la citazione è dalla traduzione italiana in M. WEBER, *Il lavoro intellettuale come professione*, Torino, 1966, p. 115).

<sup>19</sup> F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, rist., Bologna, 1993, p. 40.

<sup>20</sup> 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.

<sup>21</sup> H.L.A. HART, *Diritto, morale e libertà*, trad. it., Acireale, 1968.

## 7. Il problema della legittimazione del diritto penale.

La legittimazione del diritto di punire 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 poteri statuali e la sfera dei diritti e libertà individuali*.

“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”<sup>22</sup>.

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 potere e dovere di punire.

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 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. La c.d. teoria della retribuzione giuridica definisce il delitto come negazione del diritto, e la pena come negazione del delitto, e quindi riaffermazione del diritto<sup>23</sup>. 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 – en-

<sup>22</sup> F. v. LISZT, *Der Zweckgedanke im Strafrecht* (1883), trad. it., *La teoria dello scopo nel diritto penale*, Milano, 1962; citazione da p. 46.

<sup>23</sup> G.W.F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, Berlino, 1821, parr. 99-103.



trambe compatibili con lo schema formale della retribuzione giuridica – rappresentano due modi distinti di giustificazione del diritto penale. Sono concezioni che pretendono di dire qualcosa 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. Non solo ideologie sulla pena, ma anche concezioni morali, conoscenze e teorie scientifiche, atteggiamenti emotivi, e soprattutto interessi politici.