

Premessa

Diritto penale in 'divenire' e metodo della ricostruzione della materia

L'opera ha lo scopo di definire le strutture fondamentali del diritto penale nella sua parte generale.

Nello sviluppo della trattazione darò consistente spazio anche alle prospettive di riforma, il cui studio non era certo privilegiato sino al recente passato, per inclinazioni metodologiche che tendevano a rappresentare soltanto lo stato del diritto positivo, riservando ad opere *ad hoc* le informazioni sul possibile futuro della disciplina (in particolare era questo l'indirizzo del c.d. metodo tecnico-giuridico); mentre la possibile o attesa trasformazione del sistema appare, oggi, un profilo essenziale per la comprensione dei contenuti e dei limiti dell'attuale normativa.

Studieremo la norma e la fattispecie penale nella loro 'analisi statica' e 'dinamica', dunque, per la disciplina che discende dai contenuti del principio di stretta legalità, dalla successione delle leggi penali nel tempo e dai limiti applicativi delle stesse. Cercherò in particolare di dar pieno conto di un diritto penale visto non quale semplice complesso di 'prescrizioni' cui seguano immancabili sanzioni, né quale 'comando' dinanzi al quale non resti al destinatario che di chinare il capo e obbedire, ma quale 'orientamento' verso un complesso di precetti e valori da rispettare, ai quali il diritto richiama soggetti responsabili perché in condizione di rispettarli¹. Un soggetto al quale, in caso di inosservanza, il diritto penale deve guardare con la massima attenzione per concepire sanzioni ispirate ai principi di umanità e rieducatività.

Dal punto di vista tecnico cercherò di dare maturo risalto alle 'relazioni strutturali' formali e sostanziali tra norme e fattispecie; relazioni che modificano e precisano la 'fisionomia' della singola norma e della fattispecie prese in sé e per sé (concezione strutturale del diritto penale). Tutto ciò farò attraversando i luoghi del reato e delle sue forme di manifestazione, dei fenomeni che attengono più peculiarmente alla 'punibilità' e alla pena, op-

¹ Sul diritto penale come 'orientamento' cfr. FIORELLA, *Responsabilità penale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1290 ss.

pure ad altre conseguenze sanzionatorie, per finire con la trattazione dell'illecito dell'ente da reato.

Quando si parla di analisi strutturale, la mente corre subito al metodo di analisi propriamente definito dello "strutturalismo" che rappresenta ormai un'acquisizione della teoria generale della scienza essendosi diffuso dal campo della psicologia e della linguistica (nel quale ha trovato affermazione con il "Corso di linguistica generale" del De Saussure) a tutti i campi delle *Geisteswissenschaften*, né manca di essere preso in considerazione anche dalle scienze naturalistiche².

Invece, nel mondo del diritto in generale, per quanto vi siano state opere basilari come quella del Kelsen in cui si concepisce l'ordinamento giuridico come "struttura"³, ed un indirizzo consistente che ammette la validità dello strutturalismo studiandone al contempo i limiti⁴, il metodo non sembra aver ancora trovato quella fortuna, e, prima ancora, quella consapevolezza che ha avuto negli altri campi di indagine. Sì da potersi affermare che una vera analisi strutturalistica nel mondo giuridico è rimasta ancora oggi per lo più incompiuta⁵.

Tale affermazione può stupire dinnanzi al dato incontrovertibile che spesso il procedimento concretamente utilizzato dal giurista è proprio quello richiesto dalla analisi che si ispira (in certi limiti) al metodo strutturale; e che anzi questo, nelle sue forme più o meno raffinate, è sempre stato immanente, così come in genere nel pensiero umano, anche in quello giuridico: basti riandare con la mente alla concezione sistematica dell'ordinamento seppure sotto l'aspetto di sistema esterno, vale a dire di classificazione

²V. per gli sviluppi della concezione strutturale FIORELLA, *L'errore sugli elementi differenziali del reato*, Tivoli, 1979. Nella sterminata letteratura sullo strutturalismo, cfr., ad es., BOUDON, *Strutturalismo e scienze umane*, trad. it. M. LOSANO, Torino, 1970; PIAGET, *Lo strutturalismo*, trad. it. A. BONOMI, Milano, 1978.

³Sulla concezione strutturale del diritto in Kelsen, cfr. la raccolta di scritti del BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Torino, 1977, in specie 187 ss.

⁴Cfr. per tutti, FROSINI, *La struttura del diritto*, Milano, 1978; LOSANO, *Sistema e struttura nel diritto*, I, *Dalle origini alla scuola storica*, Torino, 1968; Id., *Strutturalismo e scienza giuridica contemporanea*, appendice al volume del Boudon citato; PARESCHE, *Dogmatica giuridica*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 704 ss.; RAZ, *Il concetto di sistema giuridico*, Bologna, 1977 (cfr. pure l'analisi di questo libro fatta dal COMANDUCCI, *Joseph Raz e la teoria generale del sistema giuridico*, in *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, raccolti da G. Tarello, Vili, I, Bologna, 1978, 357 ss.); ALCHURRON-BULYGIN, *Normative System*, Wien-New York, 1971.

⁵È quanto già osservava LOSANO, *Sistema*, cit., p. XXIX; e nello stesso senso, Id., *Strutturalismo*, cit., 192 ss. Per il diritto penale non sono mancate analisi sotto profili specifici ispirate, in diversa misura, allo strutturalismo. Si faccia l'esempio dell'indagine sul bene giuridico sviluppata da AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt am Main, 1972 e, più di recente, *Der Begriff des Rechtsguts in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz*, in AA.VV., *Die Rechtsguttheorie*, Baden Baden, 2003, 155 ss., là dove si richiama al funzionalismo strutturale di LUHMANN (tra gli studi del quale cfr. *Rechtssoziologie*, Hamburg, 1972, nonché *Soziale Systeme Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt am Main, 1984 e *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Frankfurt am Main, 1981). Sulla tesi di AMELUNG v. *infra*, parte I, cap. I, par. 6.

scientifica applicata ai contenuti normativi, che trovava spazio già nei giuristi romani⁶. Bisogna però tener presente la distinzione che la dottrina fa tra “analisi strutturalistica” ed “analisi strutturalistica” e quindi tra “strutturalistica giuridica” e “strutturalismo giuridico”⁷, perché è solo in quest’ultimo senso “stretto” che l’analisi strutturale non ha ancora trovato fortuna nella scienza delle norme. Sul modello di quanto avviene anche in altri campi scientifici si parla di strutturalistica giuridica allorché l’attività dell’operatore si limita alla semplice analisi “statica” delle strutture del diritto positivo⁸; di analisi strutturalistica in senso stretto invece si potrebbe parlare solo come analisi “dinamica” delle leggi di trasformazione di un sistema normativo dato⁹. Il che, se non si va errati, mentre conduce alla identificazione dell’analisi strutturalistica con quella usuale per i giuristi, porterebbe, invece, a confinare lo strutturalismo giuridico allo studio, puramente teorico, dell’analisi generale delle possibili trasformazioni dei sistemi, o, al massimo, allo studio delle medesime trasformazioni, ma con significato pratico, nella prospettiva dello *jus condendum*.

Conseguenza della prospettiva circoscritta in cui verrà per lo più in rilievo il concetto di struttura è che tra i suoi stessi caratteri sarà sufficiente mettere in piena evidenza solo quello fondamentale della “totalità” secondo cui, come è noto, essa dovrebbe essere vista davvero come un’unità concettuale, i cui elementi possono essere analizzati correttamente solo se si tiene conto “fino in fondo” dei rapporti che intercorrono tra loro e li rendono parti di uno stesso “insieme”¹⁰. Ed anche il sistema delle norme ed ogni atto giuridico, e perciò pure il reato, deve essere analizzato partendo da un metodo di indagine che lo consideri esattamente come struttura, da esaminare compiutamente nella sua totalità. A *contrariis* risulta chiaro come la mancanza di un adeguato sviluppo del metodo strutturale si manifesti nel fatto, purtroppo molto frequente, che, magari a dispetto di prese di posizione teoriche in sé valide, l’“isolamento” dei singoli elementi della struttura, a scopo analitico, viene fatto dimenticando quel che tale operazione rischia di togliere all’elemento per poterlo considerare “a solo” – e cioè il connotato che gli deriva dal rapporto che lo lega alla struttura – e si finisce per tener presente solo l’elemento in sé, *come se dotato di un suo proprio significato a prescindere da una sua qualsiasi relazione, quasi fosse comunque e*

⁶ Sul tema, fra tutti, cfr., oltre il citato lavoro del LOSANO, *Sistema*, LAZZARO, *Sistema giuridico*, in *N. Dig. it.*, XVII, Torino, 1976, 459 ss.

⁷ Cfr. LOSANO, *opp. locc. citt.* in nota 5.

⁸ Cfr. LOSANO, *Strutturalismo*, cit., 193 ss.

⁹ Cfr. LOSANO, *op. loc. ult. cit.*

¹⁰ Non verranno perciò in rilievo le cc. dd. regole di trasformazione come pure il c.d. carattere della autoregolazione della struttura. Su questi concetti, cfr. PIAGET, *op. cit.*, 37 ss. A causa della prospettiva limitata non verranno presi in considerazione altri punti di assoluto rilievo nell’odierno dibattito giuridico sull’analisi strutturale, come quello dei rapporti tra i concetti di struttura e funzione, sui quali, cfr. BOBBIO, *op. cit.*

ovunque valido. Così, tanto per citare un esempio, in una materia in cui spesso il problema si pone, vale a dire in ordine agli elementi normativi della fattispecie, dovrebbe essere assolutamente chiaro che, se io analizzo il significato dell'elemento della fattispecie del peculato (art. 314 c.p.), consistente nella qualità di "pubblico ufficiale" propria del soggetto attivo, posso farlo o come elemento in sé, ed allora non vi è più ragione di non darne una nozione identica a quella del diritto amministrativo (ammesso che una definizione univoca di tale qualità in esso vi sia); ovvero considerandolo come elemento dell'insieme 'strutturale' in cui consiste il peculato, ed allora diviene necessario dare una nozione della qualità di "pubblico ufficiale" che si coordini con i disvalori del reato che essa concorre a costituire, appunto perché elemento essenziale di esso. *È questo il momento che attiene specificamente allo studio dei rapporti tra gli elementi della struttura.*

Nell'analisi dell'ordinamento normativo sono indicative le diverse proprietà che, secondo i diversi modi di concepirlo, gli si attribuiscono¹¹, le quali rappresentano altrettanti approfondimenti dei caratteri dell'ordinamento visto quale struttura anche se staticamente considerata. Un esempio di analisi strutturistica risulta nel mondo del diritto quando, trasferendosi dal piano della realtà significativa degli istituti e principi giuridici al piano della formazione dei concetti che detta realtà valgono a rappresentare, si consideri tutto il movimento che propugna la formazione dei c.d. concetti "general-concreti", i quali, a differenza dei concetti "general-astratti", costituiscono non un coordinamento di tratti isolati raccolti secondo il modello sintetico di una definizione, ma una vera e propria totalità logica da studiare, dunque, nella interdipendenza dei suoi elementi¹². *Il che comporta di dover valutare l'effettiva e compiuta natura e funzione delle loro 'connessioni', con il relativo portato di 'novità' e 'specificità'.* E, anche a prescindere dai settori in cui lo sviluppo di una analisi strutturistica appare portato avanti con coerenza e decisione, davvero frequenti sono i riferimenti che nei più diversi campi del diritto ed anche nel diritto penale il giurista fa al concetto di struttura (staticamente considerata) ed alle sue proprietà. Non può non sorprendere, perciò, il dover constatare come spesso lo sviluppo dell'analisi sistematica risulti tronco. Osservazioni del genere non sono del resto una scoperta dell'oggi, se è vero che, per portare un esempio significativo, sul piano della stessa definizione del diritto, Santi Romano poteva dire che l'esigenza di concepire l'ordinamento giuridico come unità, seppur spesso rilevata, non fosse portata a tutte le sue logiche conseguenze¹³.

Ma è soprattutto quando dal piano della norma si passi a quello dei rap-

¹¹ Cfr., oltre le opere già citate sul concetto di sistema giuridico, DELOGU, *La loi pénale et son application*, I, Alessandria d'Egitto, 1956-57, 97 ss.

¹² Cfr. sul tema, ENGISCH, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, Heidelberg, 1953, 30 ss., 172 ss. e 256.

¹³ Cfr. SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1977, Ristampa, 12 ss.

porti norma-fattispecie o al livello di quest'ultima presa in sé che, come si cercherà in seguito di mettere nel massimo rilievo, molto spesso uno studio sistematico venga solo abbozzato. E l'incomprensione di fenomeni e problemi come quelli del concorso di norme e dell'errore sugli elementi differenziali ne rappresenta certo un momento rivelatore di grande significato (v. *infra*, rispettivamente, parte I, cap. V, in specie par. 4 e parte II, cap. X, par. 5).

Quanto alla enucleazione dei contenuti normativi, almeno in parte, la ragione dello sviluppo non esauriente del metodo sistematico che ancora oggi è dato cogliere può trovarsi nel persistere di dubbi nascenti dalla natura del diritto: certo essa è diversa da quella dei sistemi formalizzati (tra i quali va ad esempio compresa la matematica) che costituiscono, sotto certi profili, il naturale campo di applicazione del metodo strutturale. È noto come si sia giunti a negare anche radicalmente una unità sostanziale al diritto; e questa sarebbe certo una coerente conclusione cui condurrebbe l'assunzione di una prospettiva come quella tipica della primitiva giurisprudenza degli interessi, che vedeva nel diritto il realizzarsi di una composizione solo occasionale di interessi in giuoco¹⁴; ovvero di una prospettiva del diritto come luogo del pensiero esclusivamente problematico e non sistematico alla maniera di Viehweg¹⁵. Sennonché le perplessità che possono sorgere su tali piani si rivelano infondate alla luce di una attenta visione dommatica; perché, come ha giustamente rilevato ad esempio Kalinowski, seppure il diritto non costituisce un sistema formalizzato, esso mostra tuttavia di avere proprietà analoghe¹⁶. L'impossibilità, in altri termini, di considerare il diritto come un insieme di concetti in rapporto di derivazione nel senso della logica formale, non esclude la formazione del "sistema" giuridico, perché anche il diritto ha una sua unità intrinseca, seppure peculiare, che sta allo scienziato enucleare; in quella forma di «*decouverte*», *qui est le fruit de l'activité de la science juridique*»¹⁷.

Comunque sia, pur a prescindere dall'unità "sostanziale" dei contenuti normativi, non è certo priva di importanza anche l'unità "formale" del sistema che gli deriva dall'essere strutturato esternamente secondo certe regole tecniche; ed è proprio la coerente presa in considerazione di tale unità tecnico-strutturale che vale a chiarire questioni di rilievo ai nostri fini. Tale aspetto, almeno, della necessità di adottare con coerenza un metodo sistematico non dovrebbe sfuggire; eppure anche su questo piano manca un adeguato sviluppo. Classico esempio della nostra scienza penalistica ne è quello della esigenza, spesso disattesa, di individuare quale sia l'effettiva

¹⁴ Cfr. COING, *System, Geschichte und Interesse in der Privatrechtswissenschaft*, in JZ, 1951, 484.

¹⁵ Cfr. VIEHWEG, *Topica e giurisprudenza*, trad. it. G. CRIFÒ, Milano, 1962.

¹⁶ Cfr. KALINOWSKY, *Introduzione alla logica giuridica*, trad. it. M. CORSALE, Milano, 1971, 93.

¹⁷ Cfr. DELOGU, *op. cit.*, 105.

struttura del fatto di reato attraverso l'analisi non della singola norma incriminatrice, ma di più norme considerate nella loro interdipendenza: l'esigenza che si pone al proposito di una analisi strutturale, trova una precisa rispondenza in un'opera fondamentale della nostra scienza penalistica, "I limiti taciti della norma penale" di Nuvolone¹⁸, in cui l'autore, appunto attraverso lo studio dell'interdipendenza delle norme penali, apre nuove prospettive alla formulazione del concetto di "fatto" con sicuro vantaggio per la comprensione di molti fenomeni altrimenti spiegabili solo con difficoltà e comunque non in modo soddisfacente. Peraltro, è dato rilevare che lo stesso Nuvolone non ritiene di adottare lo stesso metodo in altre ipotesi, come accade nell'analisi dell'errore sugli elementi differenziali¹⁹ fornendo così prova eloquente di quel frequente andamento discontinuo che caratterizza l'adozione del metodo strutturale.

La resistenza a ricavare i contenuti del sistema anche utilizzando la chiave della sua tecnica ricostruttiva formale può essere talvolta pure causata, come ben dice Piaget, da una certa «tendenza naturale dello spirito [...] ad ignorare le interdipendenze e i sistemi di insieme, prima che le difficoltà dell'analisi impongano il loro riconoscimento»²⁰, o dal fatto che «le strutture non sono osservabili come tali e si situano a livelli in cui è necessario astrarre forme o sistemi alla ennesima potenza»²¹. Ma, accanto a ciò, può giuocare un ruolo importante la diffidenza che i giuristi coltivano verso operazioni combinatorie di concetti, norme e atti giuridici, che, appunto per la loro complessità, richiamino alla mente il tanto vituperato metodo della *Begriffsjurisprudenz*. Momento rivelatore di tale stato d'animo è quello del rifiuto di procedimenti analitici più approfonditi, troppo presto considerati come mere esasperazioni logiche, per la paura di vedere sovrapposti formalismi ai dati di più genuino carattere sostanziale, oppure di vedere frantumarsi sotto il taglio troppo affilato della scepsi l'intima unità del reato. Per far riferimento ad una classica opera sul tema che più si presta a considerazioni strutturali, quello della scomposizione del reato nei suoi elementi, si pensi al saggio dell'Antolisei su "L'analisi del reato"²², ed ai giudizi negativi lì espressi dall'autorevole scrittore sulla teoria tripartita, secondo la quale il reato sarebbe composto dagli elementi del fatto, della antiggiuridicità e della colpevolezza. Il rifiuto della teoria tripartita, fondato su di una ritenuta disorganicità che essa comporterebbe nella concezione del reato, è drasti-

¹⁸ Cfr. NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, Palermo, 1947 e Padova, 1972, Ristampa.

¹⁹ Cfr. NUVOLONE, *op. cit.*, 221 ss. là dove non tiene conto dell'interdipendenza delle fattispecie differenziali, focalizzando la sua attenzione sulla *sola* fattispecie speciale, vista nella sua incompletezza (sul punto cfr. FIORELLA, *Gli elementi differenziali*, cit., 54 ss.). Sull'analisi 'strutturale' dell'errore sugli elementi differenziali v. altresì, v. *infra*, parte II, cap. X, par. 5.

²⁰ Cfr. PIAGET, *op. cit.*, 167.

²¹ Cfr. PIAGET, *op. loc. ult. cit.*

²² Cfr. ANTOLISEI, *L'analisi del reato*, oggi in *Scritti di dir. pen.*, Milano, 1955, 61 ss.

co, tanto da arrivare ad indicare la necessità di relegarla nel «museo delle aberrazioni dell'astrattismo giuridico»²³. Ora, si può essere di avviso che la teoria tripartita mostri incongruenze pure rilevanti e che debbono anzitutto condurre al definitivo superamento del concetto di antiggiuridicità oggettiva, come elemento autonomo del reato, posto tra quelli del fatto e della colpevolezza; operazione che – si crede – dovrebbe andare a vantaggio di un concetto ampio di fatto che abbracci anche le cause di giustificazione, salvo a trovare la formula logica e terminologica adatta ad una piena spiegazione dei fenomeni connessi. Peraltro, queste convinzioni non impediscono di rilevare che non sembra possano, oggi, serenamente negarsi i benefici che la concezione tripartita ha portato alla comprensione della struttura soprattutto sostanziale dell'illecito penale. Lo stesso Antolisei, pur così critico verso la teoria tripartita, ammette però nel modo più netto – e questo non è poco – almeno l'importanza che tale concezione ha avuto nella spiegazione dommatica della essenza delle cause di giustificazione, che viene individuata nella mancanza di danno sociale²⁴; chiarimento che certo favorisce e non avversa una comprensione organica del fenomeno “reato”.

La verità è che non si tratta di rifiutare *ab imis* concetti di tal genere, che richiedono uno sforzo analitico, anche notevole, con conseguente possibilità di contraddizioni e difficoltà di coordinamenti, e magari di esorcizzare la paura di doversi accorgere infine della loro necessità, attribuendo alla inesperienza il veder tutto complesso laddove molte cose sono semplici²⁵; perché, così pensando è serio il rischio di arrivare all'estrema conseguenza di conclusioni semplicistiche. Si tratta, invece, di fare attenzione a situare quei concetti, così elaborati, in un quadro teorico complessivo che ne preservi il valore di strumento di indagine, senza però compromettere una visione organica (e chiara) del reato. E, d'altronde, tanto per rimanere all'illustre esempio richiamato, che altro fa Antolisei se non questo, quando in ordine ad uno dei passaggi logici che più caratterizzano la teoria tripartita, quello della distinzione tra *Bewertungsnorm* e *Bestimmungsnorm*, mentre definisce questa “uno dei tanti fiori” germogliati dalla mania del dottrinarismo esasperato, conclude però che si tratta di “una cosa sola”, perché la realtà è che «la norma penale non valuta senza comandare, non comanda senza valutare»²⁶? Affermazione, invero, che, se non vuol trasformarsi in contraddizione, non esclude l'opportunità di isolare i due momenti della norma; solo, ne segnala una esigenza di coordinamento.

Ora, se il vero scopo da perseguire è quello di soddisfare le incontrovertibili esigenze della analisi senza frantumare l'unità intrinseca del fenome-

²³ Cfr. ANTOLISEI, *op. ult. cit.*, 79.

²⁴ Cfr. ANTOLISEI, *op. ult. cit.*, 66.

²⁵ Così sostanzialmente l'ANTOLISEI, *op. ult. cit.*, 95.

²⁶ Cfr. ANTOLISEI, *op. ult. cit.*, 81.

no giuridico in genere e del reato in particolare, il mezzo per raggiungerlo sta proprio nell'adozione di un metodo strutturale di indagine: quella sorta di paura dell'analisi che spesso è dato cogliere nel giurista, anche per gli eccessi di logicismo formale di cui ha peccato in passato la scienza giuridica, deve essere vinta, cioè, ispirandosi ad un metodo come quello strutturale la cui sicurezza stia nel rigore cui esso è improntato, e non nella arbitraria amputazione dei passaggi teorici più complessi, ma obbligati.

In una visione chiara del problema, risulta così che, se il metodo strutturale, come congegno predisposto per analisi di alta precisione, porta con sé sicurezza e non il suo contrario, pure infondato sarebbe il timore che le dette operazioni combinatorie di concetti, norme e fatti giuridici possano minare il valore fondamentale della certezza del diritto; timore che in via di puro principio non può non considerarsi legittimo, soprattutto in un campo come quello del diritto penale, in cui i caratteri di chiarezza, determinatezza e tassatività della norma e della fattispecie consigliano la massima cautela²⁷.

Naturalmente non sempre uno sviluppo adeguato del metodo sistematico manca solo per ragioni, per così dire, interne al metodo stesso; talvolta vien meno anche per ragioni esterne che su di esso interferiscono. Così sul piano del reato è a tutti noto il dibattito tra la concezione analitica e quella unitaria, secondo le quali, per esprimersi con molta approssimazione, data la netta prevalenza di posizioni eclettiche, il reato andrebbe visto, rispettivamente, come un puro *aggregatum*, somma di elementi tra loro distinti, o, al contrario, come un tutto unitario (la *Straftat als Ganzes* dei tedeschi²⁸) in definitiva refrattario ad una vera analisi concettuale. Ora, tale dibattito mostra di essere arrivato, oggi, sostanzialmente ad un punto morto in cui sembra si cerchi più di dimenticare che di risolvere il problema; ciò soprattutto perché alla radice vi è la confusione tra due quesiti radicalmente diversi, da una parte, quello della contrapposizione o coordinazione dei concetti del reato come ente naturalistico e come ente giuridico, dall'altra quello del metodo di indagine del fenomeno-reato, una volta presa posizione sul problema precedente. Chiarita, però, che vi sia tale interferenza, non dovrebbe tardarsi a riconoscere e soprattutto a dare tutto il logico peso alla considerazione che, al puro livello di metodo, le concezioni c.d. analitica ed unitaria del reato si dimostrano incapaci, se vista ognuna nel suo complesso, di offrire uno schema teorico davvero soddisfacente. E, se è vero che molto spesso la discussione appare sostanzialmente di semplici divergenze di prospettiva se non addirittura di accenti, sì che le due diverse concezioni si accostano anche in modo sensibile alla più giusta soluzione, non sembra che per raggiungere que-

²⁷ Cfr., su questi principi, FIORELLA, *Emissione di assegno a vuoto e responsabilità per colpa. Contributo alla determinazione del concetto di «previsione espressa» della responsabilità per colpa*, in *Riv. it.*, 1977, 1007 ss. e aa. ivi citt.

²⁸ Cfr. MEZGER, *Die Straftat als Ganzes*, in *ZStW*, B. 57, 677 ss.

s'ultima possa bastare la ricerca di una "giusta via di mezzo"²⁹, che saprebbe di mero eclettismo, cioè di puro compromesso teorico. Si tratta, invece, di cogliere le esigenze più vere che sono al fondo delle due concezioni, dando però loro soddisfazione in un quadro teorico più adatto: quello di un metodo strutturale portato avanti con consapevolezza, senza dissolvere l'unità interiore del reato, ma anche senza eccessivi timori di approfondimenti analitici che, anzi, proprio quell'unità possono salvaguardare nel consentirne una più fedele ricostruzione.

In definitiva, per tutto quanto si è venuti dicendo, il metodo strutturale deve ritenersi compatibile con le esigenze della scienza giuridica, come si spera risulterà confermato anche dalle applicazioni che se ne tenteranno.

Già evidenti vantaggi il metodo mostra, come accennato, sul piano dei rapporti tra norme costituenti il sistema. Ci si riferisce al modo in cui le norme interagiscono, con l'attenzione volta soprattutto al quesito se tale interazione possa comportare conseguenti riflessi sulla struttura dei fatti-reato regolati, in modo che questa si mostri in ultima analisi più complessa di quanto non appaia a prima vista alla luce di disposizioni singolarmente prese: si considerano, come è chiaro, problematiche tipo quella della configurazione o no delle cause di giustificazione quali elementi negativi del fatto-reato a seguito del coordinamento delle norme incriminatrici speciali con quelle regolanti le singole cause di giustificazione. Se si segue l'accorgimento di distinguere la struttura dell'ordinamento come complesso di disposizioni tecnicamente coordinate e come complesso di norme da enucleare, secondo i più diversi oggetti di qualificazione, evitando così di confondere questioni di pura tecnica costruttiva del sistema con questioni ontologiche³⁰, non si può che rispondere affermativamente al quesito; e ciò porta a chiarire punti importanti della nostra indagine.

Del resto, che il carattere di unità almeno tecnico-strutturale del sistema giuridico, una volta ammesso, comporti che le diverse norme vengano coordinate secondo i loro rapporti di coerenza o di contrasto, nessuno dubita. Che poi si dubiti se questa coordinazione sia semplice opera di interpretazione sistematica o vera e propria *reductio ad unum* di qualcosa che solo a fini di tecnica legislativa è stato separato, assumendo particolari angoli visuali come quello della integrabilità delle norme incriminatrici speciali mediante quelle regolanti le cause di giustificazione³¹, non rileva ai nostri fini specifici; rispetto ai quali non vengono propriamente in giuoco problemi di fusione di diverse disposizioni, ma solo questioni di reciproco condizionamento tra norme incriminatrici speciali limitrofe nella forma di una preci-

²⁹ Cfr. BETTIOL, *Diritto penale*, Padova, 1969, 199.

³⁰ Cfr. NUVOLONE, *I limiti taciti*, Ristampa, cit., 37, in ordine alla esigenza di coordinazione delle norme incriminatrici speciali con quelle che prevedono le scriminanti.

³¹ Cfr. CAIANI, *Analogia*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, 374.

sa demarcazione delle rispettive sfere di influenza. Perciò, soprattutto nella particolare prospettiva, se si tiene presente quanto detto, che cioè sul piano del rapporto 'sistema normativo – fatto' non vanno confusi problemi tecnici di costruzione del sistema con problemi di ontologia, risulta evidente come nella individuazione del fatto giuridico non dovranno comunque pesare pregiudizi separazionisti dipendenti da una errata visione del significato delle separazioni tra più disposizioni che le esigenze di tecnica costruttiva di un sistema impongono: se è necessario il coordinamento di più norme per determinare la disciplina di un fatto, ciò non significa che anche questo sia da immaginare scisso secondo il contenuto proprio di ogni disposizione. È questa una acquisizione teorica che deve essere considerata assolutamente fuori discussione, salvo poi a giudicarne la concreta operatività sotto i diversi profili della disciplina, come si farà ogni volta ne sorgerà il bisogno. Sulla base di tale acquisizione può distinguersi tra *struttura esplicita* e *struttura implicita* del reato: la seconda, a differenza della prima, emerge da una più profonda ricognizione dei contenuti normativi che, nella nostra prospettiva, appaiono alla luce dei nessi significativi che legano le diverse norme dell'ordinamento.

Se, come detto, ai nostri scopi viene prevalentemente in considerazione un'adeguata analisi essenzialmente strutturalistica, o sistematica che dir si voglia, nel senso del termine comunemente usato dalla scienza giuridica, va al contempo precisato che non sono però estranee nemmeno prospettive che si collegano ad un'indagine strutturalistica in senso più ampio, visto che nel tener conto delle prospettive di riforma valuteremo altresì i possibili assestamenti del diritto penale in trasformazione, sul presupposto delle possibili costanti del suo sviluppo. In ogni caso dovremo analizzare la prospettiva dinamica della legge penale, con la sua disciplina intertemporale che, per quanto 'positivizzata', resta un fenomeno che implica un'analisi strutturale dell'assestamento dell'ordinamento complessivo nel tempo.

Per cogliere il senso più attuale del diritto penale 'in divenire', non può sfuggire che, dalla metà del '900 è la critica 'interna' al sistema positivo (complessivamente considerato, comprensivo della Costituzione e degli Ordinamenti sovranazionali e internazionali) che viene in termini nuovi consegnata al giurista e al cultore del diritto penale, con il compito vincolante di 'controllare criticamente' la legge, per verificarne la conformità alle norme gerarchicamente sovraordinate. Sicché gli spazi valutativi dell'interprete e del giudice si sono inevitabilmente ampliati o nel senso di seguire il percorso di «un'interpretazione conforme a Costituzione e a strumenti normativi prevalenti» o nel senso di indicare e attivare i rimedi ordinamentali per il riassorbimento nel sistema complessivo della normativa 'divaricante'. Ciò ha modificato 'essenzialmente' la prospettiva del giurista positivo contemporaneo, imponendogli anche di acquisire nuove e più complesse competenze che lo aiutino a orientarsi nel difficile cammino, il quale indubbia-

mente apre maggiori orizzonti valutativi, ma proprio per ciò richiama il penalista a temperare l'auspicabile antiformalismo con il 'giusto' formalismo delle garanzie fondamentali, che altro non significa se non il rispetto della stretta legalità, che esclude in ogni caso un'applicazione della legge 'incriminatrice' oltre il ragionevole limite dell'interpretazione (fissato dal '*casus dubius*' e dal '*casus omissus*'), evitando che essa si trasformi in analogia in *malam partem* o addirittura in libera ricerca della mera opportunità dell'intervento punitivo.

Se dovessi racchiudere in una formula più conclusiva il 'metodo' che a mio avviso risulta aderente alle istanze del nostro tempo, quale eredità del forte contributo offerto dalle conquiste scientifiche del '900, direi che esso non può non identificarsi in quello ispirato a 'rigore' interpretativo, nel rispetto delle specificità del diritto, in particolare del diritto penale, teleologicamente orientato al rispetto dei contenuti del sistema positivo, alla luce del suo 'stretto' e 'attualizzato' riscontro nella realtà umana e sociale che rappresenta; *concepito e ricostruito nella logica di una corretta intelligenza della 'struttura' anche sostanziale del fatto incriminato. Struttura che ha bisogno di essere compresa e circoscritta, tenendo conto delle connessioni tra le componenti dell'illecito particolare, dando prevalenza all'interpretazione sulla dommatica, con sicuro 'spirito pragmatico', ma nel rispetto dei principi che stanno a garanzia delle libertà individuali. Con rifiuto perciò dell'antiformalismo meta-positivo e di ogni stravaganza che vada a danno dell'imputato.*

È giusto in particolare che lo spirito pragmatico governi i movimenti di riforma ed è giusto che essi tengano prontamente conto delle istanze più attuali senza condizionamenti inappropriati del passato, per quanto strutturati scientificamente. Al contempo occorre anche far tesoro dell'insegnamento delle drammatiche vicende che ha vissuto il 'secolo breve', refluite dalla storia nel diritto penale (e viceversa) (il pensiero va anzitutto alla criminalizzazione dell'autore in quanto tale), evitando gli 'occasionalismi' avventurosi e verificando 'con attenzione' il senso che il 'nuovo', che si voglia introdurre, possa avere nel sistema complessivo, soprattutto alla stregua dei fondamentali principi (non solo costituzionali) di garanzia per l'individuo.

Infine, nell'ottica della globalizzazione, dall'insegnamento del '900 è iniziato a risultare con forza come il penalista non possa esimersi da un sentito e coinvolgente impegno nel tentativo di isolare, mediante approfondite indagini comparative, i tratti e le linee comuni che aiutino il ravvicinamento e l'armonizzazione dei diversi sistemi giuridici; rimanendo però – è inutile precisarlo – che l'obiettivo si rende possibile solo muovendo dalla più sensibile consapevolezza dei principi appena ricordati.

Per quanto precede, nell'articolazione del presente scritto daremo pieno risalto ai precetti e alle indicazioni della nostra Costituzione, nonché del diritto sovranazionale ed internazionale, con quanto ne deriva:

- a) in termini di controllo di legittimità della legislazione ordinaria;

b) o comunque di adeguamento di quest'ultima ai principi sovraordinati, nei limiti di ammissibilità di una interpretazione 'conforme' ai medesimi.

Tenendo conto che punto di osservazione essenziale, nell'analisi della materia, è il processo e l'esecuzione penale, che consente di stabilire il significato delle norme 'per come vengono praticate'; anche riguardandole nell'ottica di ciò che può essere 'oggetto di prova' nell'applicarle. Ciò consente anche di cogliere come (nei fatti) operi la giurisprudenza, sottoponendola ad un'analisi problematica e critica.

Il metodo è dunque quello dell'analisi strutturale della norma e della fattispecie per come vivono. Non dimenticando che il 'modo in cui vivono' può rivelarsi in irrimediabile contrasto con la legge positiva, la cui corretta applicazione va comunque assicurata nel rispetto del principio di stretta legalità; non dimenticando che l'analisi strutturale si riferisce anche alle relazioni tra le componenti 'sostanziali' del contenuto complessivo di gravità del reato, in una proiezione teleologico-valutativa dell'interpretazione.

Anche le buone riforme possono avere effetti paradossali. Si pensi che il nuovo codice di procedura penale, nel dar pieno risalto alla "presunzione di non colpevolezza", affermando al contempo meritoriamente, nella sua pienezza, la logica del contraddittorio propria del processo accusatorio, può finire con l'avere l'effetto per così dire, di 'deresponsabilizzare' il Pubblico Ministero nella ricerca della prova. Nel senso di indurlo, se poco attento ai principi, a intendere la dialettica del processo accusatorio nel senso di dover fornire solo un inizio di prova del reato; in particolare dell'elemento psicologico (dolo e colpa). Quasi che bastasse che l'accusa desse una mera indicazione della prova stessa, lasciando integralmente al difensore la controprova di una accusa mai realmente dimostrata.

È questa l'effettiva inversione dell'onere della prova che non poche volte 'vive' nella pratica di oggi; con la conseguenza che tutto è lasciato alla difesa. In particolare ciò accade appunto per la prova dell'elemento psicologico, visto che l'accusa finisce con l'assumere come decisiva l'idea che il *fatto oggettivo* 'parli di per sé', nel senso della sussistenza del dolo o della colpa, residuando una controprova solo eventuale e completamente lasciata all'onere difensivo. Nella realtà processuale questo atteggiamento, non poche volte avallato dal giudice, svuota di contenuti il principio di colpevolezza.

Ecco dunque un esempio importante che spiega perché sarà l'esperienza giurisprudenziale un *punto d'osservazione* essenziale nella ricostruzione della materia, con vigile attenzione a un'analisi critica della corretta applicazione della norma penale.

Nel tentativo di garantire una più efficace comunicazione dei contenuti della disciplina a beneficio dei meno esperti ho pensato di introdurre la materia proponendo un lessico fondamentale e nozioni preliminari (v. *infra*, parte I, cap. I, par. 1.1) da approfondire successivamente nei luoghi specificamente dedicati.

Opere citate e altra bibliografia essenziale

- ALCHURRON-BULYGIN, *Normative System*, Wien-New York, 1971.
- AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt am Main, 1972.
- AMELUNG, *Der Begriff des Rechtsguts in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz*, in AA.VV., *Die Rechtsguttheorie*, Baden Baden, 2003.
- ANTOLISEI, *L'analisi del reato*, oggi in *Scritti di dir. pen.*, Milano, 1955.
- BETTIOL, *Diritto penale*, Padova, 1969.
- BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Torino, 1977.
- BOUDON, *Strutturalismo e scienze umane*, trad. it. M. LOSANO, Torino, 1970.
- CAIANI, *Analogia*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958.
- COING, *System, Geschichte und Interesse in der Privatrechtswissenschaft*, in *JZ*, 1951.
- COMANDUCCI, *Joseph Raz e la teoria generale del sistema giuridico*, in *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, raccolti da G. Tarello e Vili, I, Bologna, 1978.
- DELOGU, *La loi pénale et son application*, I, Alessandria d'Egitto, 1956-57.
- ENGISCH, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, Heidelberg, 1953.
- FIGURELLA, *Emissione di assegno a vuoto e responsabilità per colpa. Contributo alla determinazione del concetto di «previsione espressa» della responsabilità per colpa*, in *Riv. it.*, 1977.
- FIGURELLA, *L'errore sugli elementi differenziali del reato*, Tivoli, 1979.
- FIGURELLA, *Responsabilità penale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988.
- FROSINI, *La struttura del diritto*, Milano, 1978.
- KALINOWSKY, *Introduzione alla logica giuridica*, trad. it. M. CORSALE, Milano, 1971.
- LAZZARO, *Sistema giuridico*, in *N. Dig. it.*, XVII, Torino, 1976.
- LOSANO, *Sistema e struttura nel diritto*, I, *Dalle origini alla scuola storica*, Torino, 1968.
- LOSANO, *Strutturalismo e scienza giuridica contemporanea*, appendice al volume del Boudon, Torino, 1970.
- LUHMANN, *Rechtssoziologie*, Hamburg, 1972.
- LUHMANN, *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Frankfurt am Main, 1981.
- LUHMANN, *Soziale Systeme Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt am Main, 1984.
- MEZGER, *Die Straftat als Ganzes*, in *ZStW*, B. 57.
- NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, Palermo, 1947 e Padova, 1972, Ristampa.
- PARESCHE, *Dogmatica giuridica*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964.
- PIAGET, *Lo strutturalismo*, trad. it. A. BONOMI, Milano, 1978.
- RAZ, *Il concetto di sistema giuridico*, Bologna, 1977.
- ROMANO S., *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1977, Ristampa.
- VIEHWEG, *Topica e giurisprudenza*, trad. it. G. CRIFÒ, Milano, 1962.

Parte I

La legge penale e la sua applicazione

Capitolo I

Il diritto penale, il reato e le sue specie

SOMMARIO: Sezione I. *La definizione del reato.* – Sezione II. *Storia, scopi e prospettive del diritto penale.*

Sezione I

La definizione del reato

SOMMARIO: 1. Il diritto penale. La definizione formale e la definizione sostanziale del reato. – 1.1. Lessico fondamentale e nozioni introduttive sulla struttura del reato. La distinzione tra il reato (illecito penale) e gli altri tipi di illecito. – 2. Le specie del reato: il delitto e la contravvenzione. – 3. Definizione formale e positiva “*ratio*” sostanziale della previsione del reato. Lettera e “*ratio*” nella individuazione del reato. – 4. Costituzione e struttura sostanziale del reato (con riferimento al contenuto di gravità o disvalore del fatto). – 4.1. *Segue*. Corollari. – 4.2. Dal diritto penale alla ‘materia’ penale. Garanzie penalistiche e definizione sostanziale della pena. – 5. Quali sono le ‘ragioni non-positivizzate’ della legge penale? Il problema delle ‘fonti extragiuridiche’ di definizione del reato che condizionano l’accertamento del reato e l’applicazione della norma penale. – 6. Il problema delle ‘costanti’ della previsione del reato.

1. *Il diritto penale. La definizione formale e la definizione sostanziale del reato*

Il diritto penale disciplina l’illecito definito come reato. La comune esperienza – che collega il diritto penale a fatti molto gravi quali l’omicidio, la rapina, il furto, frodi di vario tipo con illeciti che offendono interessi anche macroscopici e una gran quantità di altri avvenimenti che destano allarme sociale – potrebbe indurre a pensare che la legge lasci che il reato si ‘riconosca tecnicamente’ *in ragione della gravità sostanziale* di un certo fatto concreto affidandosi alla valutazione del giudice. In realtà nell’ordinamento italiano opera un criterio d’ordine formale: reato è ogni fatto commesso colpevolmente da un soggetto (il soggetto *attivo*) a danno o pericolo di altri (il sog-

getto *passivo*), che la legge sanziona con *pena* (in senso stretto: altrimenti detta, pena criminale).

Questa definizione ha carattere formale, perché postula che l'interprete e il giudice non formulino semplici deduzioni che muovano dalle ragioni sostanziali che conducono il legislatore a configurare un determinato illecito come un "reato". In una prospettiva formale dunque vale la constatazione che l'ordinamento giuridico italiano individui, mediante legge, un "reato" attraverso un *sistema formalizzato di sanzioni*. Per l'esattezza, un fatto costituisce reato ogni volta la legge preveda per esso una sanzione precisamente denominata come ergastolo, reclusione, multa, arresto ed ammenda (artt. 17 e 39 c.p.).

Più compiutamente sintetizzando, il codice penale prevede (artt. 22 ss.) *pene principali* (*pene detentive*: ergastolo, reclusione, per i delitti; arresto, per le contravvenzioni; *pene pecuniarie*: multa, per i delitti; ammenda per le contravvenzioni), *pene accessorie* (interdizioni, incapacità, estinzione di rapporti, decadenze, sospensioni da uffici, professioni e arti, pubblicazione della sentenza penale di condanna).

La l. n. 67/2014 contiene una delega per la parziale trasformazione del sistema, aggiungendo alla reclusione la pena della reclusione domiciliare e sostituendo all'arresto il solo arresto domiciliare. La delega non ha però ancora avuto attuazione per questi profili di disciplina.

Il legislatore ha scelto la strada della denominazione formale della pena e, quindi, del criterio formale di riconoscimento del reato, per evitare incertezze di sorta almeno nel fissare il primo indice della rilevanza penalistica di un fatto (l'esistenza di un "titolo" di reato) in ossequio al principio di espressa (o stretta) legalità.

Va subito precisato che il sistema formalizzato delle pene risulta più articolato, e quindi più complesso, alla luce delle disposizioni di coordinamento e transitorie per il codice penale (r.d. 28 maggio 1931, n. 601) e delle leggi di depenalizzazione.

Con le disposizioni di coordinamento e transitorie il legislatore del '30 fece fronte all'esigenza di coordinare il vecchio – meno preciso sistema delle pene, caratterizzato da una diversa denominazione delle stesse – con quello introdotto con il nuovo codice penale.

Con le leggi di depenalizzazione, il legislatore ha inteso escludere la illiceità penale di tutta una serie di fatti precedentemente previsti come reati, per ottenere una "deflazione" del corpo troppo pingue dell'illecito penale. Sicché, per determinare se si tratti o meno di reato, occorre oggi rapportare il valore di un certo *nomen* dato alla sanzione dalle singole norme penali, alle correzioni apportate dalle leggi di depenalizzazione. La riduzione del campo del "rilevante penalistico" riguarda (ma con nutrite eccezioni) gli illeciti sanzionati esclusivamente con multa o ammenda, in quanto trasformati in illeciti amministrativi (v. soprattutto artt. 32 ss., l. 24 novembre 1981, n. 689).

Anche per tali motivi, nonostante gli indici formali di riconoscimento, predeter-

minati per legge, non possono escludersi problemi di interpretazione nel qualificare come reato un illecito. Nel risolverli, vista la spiccata sensibilità garantistica del legislatore in materia, va seguito il principio secondo cui, per ammettere la qualifica di "reato", occorre una particolare sicurezza interpretativa¹.

Nel senso che precede non arricchisce propriamente il quadro degli indici formali di riconoscimento del reato l'ampliamento della tipologia delle pene (criminali) introdotto con la previsione delle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi (artt. 53 ss., l. n. 689, cit.): la semidetenzione, la libertà controllata e la pena pecuniaria. Perché si tratta di pene criminali non indicate come tali in forma "editale" nelle particolari fattispecie incriminatrici, non avendo perciò la funzione di segnalare la previsione di un titolo di reato. Esse sono sanzioni penali; ma lasciate alla discrezionalità del giudice penale che le può applicare a fatti previsti dalla legge come reato, in sostituzione dell'"ordinaria" pena editale (i.e. reclusione o arresto), quando questa sia una pena detentiva da commisurare in concreto entro il limite di due anni (sanzione sostitutiva = semidetenzione), un anno (sanzione sostitutiva = libertà controllata) o sei mesi (sanzione sostitutiva = pena pecuniaria della specie corrispondente) (sanzioni sostitutive per i minorenni sono previste dall'art. 30, d.P.R. 22 settembre 1988, n. 488)².

Anche per le sanzioni applicabili dal giudice di pace il primo punto di riferimento consiste nella tipologia delle attuali pene previste dagli artt. 17 e 39 c.p. Vale a dire che, ugualmente, non costituiscono propriamente indici formali di riconoscimento del reato le ulteriori sanzioni penali applicabili dal giudice di pace (permanenza domiciliare, lavoro di pubblica utilità, lavoro sostitutivo), per i reati di sua competenza, *in luogo* delle pene indicate editualmente dalle singole norme incriminatrici secondo i principi generali. Gli artt. 17 e 39 c.p. rimangono le disposizioni che definiscono se un illecito varchi la soglia del diritto penale. Se, poi, tale illecito, risultando 'reato' ai sensi degli artt. 17 e 39 c.p., rientra tra quelli assegnati alla competenza del giudice di pace, quest'ultimo deve applicare le *diverse* pene, prima indicate, previste dalla specifica disciplina.

Rimane da stabilire se, per individuare esattamente il "reato", debba aggiungersi che si tratta di illecito da accertare nel procedimento penale. In realtà il criterio del tipo di procedimento previsto per l'applicazione della sanzione si rivela utile soltanto ove sorgano problemi interpretativi in merito al corretto uso del termine usato dalla legge nel designare la sanzione comminata per il fatto illecito (o sulla qualificazione delle ipotesi in cui il mero criterio nominalistico, con riferimento alla sanzione, non opera a seguito della legge di depenalizzazione) e sempre che la natura del procedimento da attivare possa dedursi da elementi esegetici diversi da quello appunto del tipo di pena comminata; il che rappresenta naturalmente un classico problema d'ordine interpretativo.

¹ Sul punto cfr. FIORELLA, *Emissione di assegno a vuoto e responsabilità per colpa. Contributo alla determinazione del concetto di "previsione espressa" della responsabilità per colpa*, in *Riv. it.*, 1977, 997 ss. e specialmente 1002 ss.

² Per i casi previsti dall'art. 81 c.p. v. però l'art. 53, comma ult., l. n. 689, cit.

1.1. Lessico fondamentale e nozioni introduttive sulla struttura del reato. La distinzione tra il reato (illecito penale) e gli altri tipi di illecito

Prima di procedere nell'approfondimento delle questioni legate alla definizione del 'reato', per consentire una miglior comprensione delle pagine che seguono, sembra opportuno anticipare alcune nozioni sulla struttura dell'illecito penale, sollecitando l'attenzione del lettore al lessico tecnico corrispondente.

A) Si è detto che reato è ogni fatto umano commesso colpevolmente da taluno (il soggetto attivo) a danno o pericolo di altri (il soggetto passivo). Questa prima definizione di reato vale a illuminare le principali note strutturali dell'illecito penale, in quanto presenti in ogni fattispecie criminosa: gli elementi costitutivi *generali*.

B) Nelle singole fattispecie è possibile rinvenire anche elementi costitutivi ulteriori: gli elementi (costitutivi) *speciali*. Detti elementi, essendo propri soltanto dei reati specificamente individuati dalla legge, non valgono a connotare il reato quale figura generale e, pertanto, non saranno oggetto di specifico studio analitico nel quadro della presente trattazione.

Gli elementi costitutivi si dicono anche 'essenziali', poiché dalla loro sussistenza dipende l'esistenza del reato.

Gli *elementi costitutivi generali* possono essere raggruppati in due grandi blocchi, i quali individuano sinteticamente le due principali componenti dell'illecito penale: il fatto materiale (elemento materiale del reato) e la volontà colpevole (elemento psicologico del reato).

L'elemento materiale del reato è, a sua volta, composto da quattro elementi, di cui tre si presentano in forma positiva e uno in forma negativa (evento, nesso di causalità, condotta e assenza di cause di giustificazione).

L'*evento* (consumativo) è l'elemento che, a mio avviso, si presenta per primo nel migliore ordine dell'analisi, anche se – come vedremo – nella realtà dei fatti è temporalmente successivo agli altri. Nel diritto penale può definirsi evento *ogni modificazione della realtà esterna all'agente* (soggetto attivo), prodotta dal comportamento di quest'ultimo, valutata dall'ordinamento come dannosa o pericolosa in relazione a un determinato *bene-oggetto-di-tutela-giuridica* (= bene giuridico) e indicata quale momento che perfeziona una determinata fattispecie incriminatrice (ad esempio: la *morte* di un uomo, in relazione al *bene giuridico della vita*, nella fattispecie di *omicidio*).

Procedendo a ritroso nel tempo, seguendo così una precisa impostazione metodologica che si avrà modo di illustrare meglio in seguito, il secondo elemento strutturale che si presenta all'attenzione dello studioso, è la *condotta*. Per il diritto penale, quale condotta può indicarsi ogni comportamento dell'uomo (che va distinto dai soli atteggiamenti interiori: pensieri, emozioni). La condotta può configurarsi come una *azione*, ossia un fare, ovvero una *inazione*, ossia un non-fare. Nella prospettiva del reato e della relativa responsabilità l'azione può definirsi *commissione*, l'inazione *omissione*.

Terzo e ultimo elemento espresso in forma positiva, è il *nesso di causalità*. Affinché sussista il reato, è necessario che l'evento, come sopra definito, sia collegato alla condotta dell'uomo, nel senso che costituisca l'effetto naturale della stessa. Il legame che unisce l'evento alla condotta (il rapporto tra causa ed effetto, che va accertato tra i due elementi), si dice, appunto, 'nesso di causalità'.

Perché l'elemento materiale *generale* del reato possa dirsi completo, accanto ai tre elementi di carattere positivo, come accennato, è richiesto che si aggiunga un elemento di carattere negativo: *l'assenza di cause di giustificazione* (anche definite quali cause oggettive di esclusione del reato, scriminanti o esimenti). Esse consistono in situazioni in cui un fatto, che in loro assenza integrerebbe gli estremi di un reato, non può considerarsi tale, perché una norma lo autorizza (ad esempio: la norma che prevede la legittima difesa) o lo impone (la norma che prevede un dovere di compierlo).

Quanto all'*elemento psicologico* del reato, due sono le forme in cui esso tipicamente si può presentare: il *dolo* o la *colpa*.

Prima di analizzare sommariamente la relativa struttura, è bene precisare che sia il dolo che la colpa presuppongono la coscienza e volontà della condotta. Lasciando alla parte specifica l'approfondimento della questione, per ora basterà precisare che il comportamento dell'uomo può dirsi cosciente e volontario, quando esso è *dominabile* dall'agente. La dominabilità delle proprie azioni e inazioni si ha quando l'agente è in grado di determinarle e controllarle, facendo appello ai poteri di impulso ed inibizione della propria volontà; manca, invece, quando la condotta è il risultato di cause esterne o interne che agiscono irresistibilmente sull'agente, escludendo in radice qualsiasi possibilità di dominio della stessa (si pensi ai comportamenti che sono il risultato di impulsi incoscienti ed incontrollabili o frutto di costringimento fisico). Sotto il profilo appena indicato, la coscienza e volontà della condotta indicano la *potenzialità* di un dominio del fatto che si potrà e si dovrà poi meglio specificare nei termini di un atteggiamento psicologico che, per essere rilevante per il diritto penale, dovrà configurarsi come *dolo* ovvero, almeno, come *colpa*.

Per il configurarsi del dolo, è necessario, anzitutto, che l'agente si sia 'rappresentato' tutti gli elementi costitutivi del fatto materiale (generali e speciali). La rappresentazione dell'elemento materiale, in tutte le sue componenti, positive e negative, integra il cosiddetto momento conoscitivo o intellettuale del dolo.

Al momento della rappresentazione deve, poi, aggiungersi la 'volontà' del fatto materiale, o meglio la volontà della condotta del soggetto attivo da cui il fatto origina (momento volitivo del dolo). La possibilità di riferire l'elemento volontaristico ad elementi diversi dalla condotta è, infatti, controversa. Per ora, basti evidenziare che, secondo quanto dai più sostenuto, detta 'volontà' sussiste non solo quando l'agente agisce al fine di determinare l'evento, ma anche quando, agendo per un fine diverso dall'evento – e pur rappresentandosi quest'ultimo come esito certo, probabile o anche solo concretamente possibile della propria condotta – non desiste dalla azione od omissione, a costo di determinarlo.

Per quanto riguarda la colpa, essa si presenta come forma di colpevolezza meno grave del dolo. Nelle ipotesi di colpa, infatti – salvo quanto si dirà in merito alla cosiddetta colpa cosciente, che è forma grave di colpa specificamente contemplata dal nostro ordinamento – l'agente, a causa di negligenza, imprudenza o imperizia, ovvero a seguito dell'inosservanza di regole di cautela imposte da norme giuridiche, manca di rappresentarsi uno o più degli elementi costitutivi del fatto materiale. Egli non vuole – nel senso sopra precisato – che il fatto si realizzi, ma ne è comunque responsabile, non solo perché lo ha materialmente determinato con la propria condotta, ma anche perché avrebbe potuto prevederlo ed evitarlo, osservando le regole cautelari che ha, invece, mancato di rispettare nel caso concreto.

Il reato comporta, in via di principio, una pena (inderogabilità della pena); ma in alcuni casi la legge considera opportuno rinunciarvi.

Ciò accade tipicamente in presenza di determinate situazioni, in cui trovano applicazione alcuni istituti di parte generale. I richiamati istituti sono tre e, pur presentando una diversa struttura, appaiono ispirati alle medesime esigenze di opportunità legislativa. Si tratta (del difetto) delle *condizioni obiettive di punibilità*, previste dall'art. 44 c.p., delle *cause di non punibilità intese in senso stretto* e delle *cause di estinzione del reato o della pena*, disciplinate dagli artt. 150 e seguenti dello stesso codice.

Non è questa la sede per approfondire l'analisi delle singole figure appena menzionate. Ciò che per il momento preme chiarire è che tra reato e pena non vi è una relazione biunivoca, volendo con ciò intendere che, se è vero che *non c'è pena senza reato, non è sempre vero che non c'è reato senza pena*.

Questa, in estrema sintesi, la struttura fondamentale del reato nel suo rapporto con la pena.

C) Prima di riprendere la definizione di illecito penale, a completamento del primo, sintetico quadro che stiamo schizzando, accenniamo ora quali siano le principali differenze strutturali tra il reato e gli altri illeciti previsti dal nostro ordinamento.

a) L'illecito "assicurabile".

Si dice tale l'illecito che dà luogo alla applicazione di misure di sicurezza; sanzioni sulla cui natura avremo modo di soffermarci in seguito. I presupposti che giustificano l'applicazione di tali misure rendono l'illecito assicurabile figura limitrofa al reato. Affinché una misura di sicurezza sia applicata è, infatti, necessario che sia commesso un reato o quasi-reato e l'agente possa considerarsi 'socialmente pericoloso'. Il presupposto della pericolosità dell'agente (e non dell'evento) è dunque il tratto maggiormente distintivo dell'illecito assicurabile.

b) L'illecito prevenzionale.

È tale l'illecito che viene sanzionato mediante l'applicazione di misure di prevenzione. Le misure di prevenzione sono provvedimenti coercitivi con funzione preventiva, venendo applicate *ante delictum*, ossia prima della commissione di un reato. Sui presupposti che giustificano l'applicazione di misure di prevenzione, non vi è concordia di opinioni in dottrina. A noi sembra che non si possa, tuttavia, prescindere, anche in questo caso, dalla concreta pericolosità del destinatario, se non a costo di snaturare la funzione stessa delle sanzioni che è, appunto, quella di prevenire il pericolo di eventi lesivi di interessi protetti.

c) L'illecito amministrativo.

La categoria dell'illecito amministrativo è piuttosto eterogenea, comprendendo in sé illeciti di diversa specie (illeciti tributari; illeciti disciplinari; illeciti edilizi; ecc.), il che rende difficile individuare compiutamente le note strutturali di un simile illecito. Poiché, tuttavia, con l'entrata in vigore della l. n. 689/1981, il prototipo dell'illecito amministrativo deve considerarsi quello punito con sanzione pecuniaria, è a tale illecito-modello che è preferibile riferirsi per individuare le note strutturali caratteristiche di tale categoria.

Grazie alle innovazioni introdotte dalla citata legge del 1981, l'illecito amministrativo può oggi considerarsi figura prossima al reato. Molti dei principi validi per l'illecito penale sono, infatti, stati estesi all'illecito amministrativo. Ciò, tuttavia, non permette ancora una piena parificazione dei due illeciti, che continuano a distinguersi in ragione di alcune differenze strutturali, giustificate dalla (tendenziale) minore gravità dell'illecito amministrativo. Così, ad esempio, se – come vedremo – per alcuni reati, e precisamente per quelli che si definiscono 'delitti', si richiede al fine della sussistenza di questi il dolo, nell'illecito amministrativo è sufficiente la presenza della colpa.

d) L'illecito civile.

Anche l'illecito civile è figura difficile da definire in termini unitari, esistendo diverse specie riconducibili al genere. Qui interessa soprattutto evidenziare le differenze strutturali esistenti tra il reato e quella specie di illecito civile che risponde al nome di "illecito extracontrattuale" (art. 2043 c.c.).

Sono principalmente due le differenze che corrono tra l'illecito civile ed il reato: in primo luogo, quelle che riguardano la struttura del comportamento vietato e, in secondo luogo, le differenze che attengono alla funzione della sanzione.

Come vedremo meglio in seguito, studiando il principio di stretta legalità, la struttura della singola fattispecie di reato deve essere definita con precisione dal legislatore, cui è precluso il ricorso a formule definitorie generiche. I singoli elementi che vanno a costituire l'illecito penale devono, in altri termini, essere sufficientemente determinati. La struttura dell'illecito extracontrattuale è, invece, molto meno determinata, perché definita mediante formule generali precluse al legislatore penale. Per rendersene conto, basterà leggere l'*incipit* dell'art. 2043 c.c., il quale esordisce stabilendo che "Qualunque fatto, doloso o colposo" obbliga al risarcimento del danno ingiusto cagionato. L'illecito civile può essere dunque integrato da fatti diversissimi (lesioni personali; danneggiamento di beni materiali; ecc.). Il reato, invece, può essere integrato esclusivamente da fatti che corrispondono, in ogni loro elemento, al tipo *espressamente descritto* dalla legge. Così, per esempio, se la sottrazione di una cosa mobile altrui costituisce sicuramente un illecito civile con conseguente obbligo di risarcimento, oltre che di restituzione della cosa sottratta, lo stesso fatto integra il reato di furto (art. 624 c.p.), solo se concorrono altri elementi precisamente individuati dalla legge tra i quali il fine di profitto che deve motivare l'agente.

Per quanto riguarda le differenze legate alla sanzione, per il momento senza entrare troppo nel merito della questione relativa agli scopi della pena, basterà qui evidenziare come, mentre il risarcimento del danno – sanzione propria dell'illecito civile extracontrattuale – ha funzione tipicamente reintegrativa, la pena esprime al meglio la sua peculiare funzione proprio là dove il danno prodotto non sia compiutamente riparabile (si pensi alla morte di un uomo). Non è, dunque, un caso che la sanzione penale miri a risultati diversi dalla semplice reintegrazione; risultati che avremo modo di illustrare meglio in seguito.

e) L'illecito internazionale.

L'illecito internazionale costituisce una particolare figura di illecito, integrata da comportamenti riconducibili a organi dello Stato, commessi a danno di cittadini o Stati stranieri. La struttura di simili illeciti è molto distante da quella tipica del

reato, non fosse altro che per la particolare natura del soggetto che figura come responsabile: lo Stato. L'illecito internazionale presenta indubbe affinità con l'illecito civile extracontrattuale; mentre la disciplina del suo elemento soggettivo è incentrata sulla individuazione di figure che nulla hanno a che fare con la disciplina della volontà colpevole tipica del reato, essendo in ogni caso la colpa un elemento controverso dell'illecito internazionale³.

È nel quadro degli illeciti appena tratteggiato che il 'reato' risulta meglio definito, tenendo conto che, nella gerarchia della gravità degli illeciti, quello penale rimane il più rilevante e più severamente sanzionato.

2. Le specie del reato: il delitto e la contravvenzione

La legge ha scelto un criterio formale di riconoscimento imperniato sulla tipologia delle pene non solo per individuare il reato, **ma anche per individuare le specie: il delitto e la contravvenzione**. Se si tratta di ergastolo, reclusione e multa il reato consisterà, più precisamente, in un *delitto*; se si tratta di arresto ed ammenda consisterà invece in una *contravvenzione* (artt. 17 e 39 c.p.).

Anche in ordine a tale distinzione, peraltro, non sono mancati, sia pur marginalmente, problemi interpretativi sempre per le ragioni già riferite nascenti dalle esigenze di coordinamento del sistema attuale con il sistema precedente al codice penale del '30.

Quale corollario del principio di chiarezza della norma incriminatrice e della fattispecie (v. *infra*, cap. II, sez. II) in casi dubbi dovrebbe propendersi per la soluzione più favorevole al destinatario della norma penale e quindi di regola (ma non sempre) per la natura contravvenzionale del fatto. Peraltro, per ammettere un dubbio effettivo, non dovrebbe ignorarsi la presunzione di correttezza d'uso, da parte della legge, dei termini tecnico-giuridici: sicché solo in presenza di argomenti assai rilevanti potrebbe sorgere un vero dubbio circa la proprietà d'uso dei termini che, ai sensi degli artt. 17 e 39 c.p., denotano una certa specie di reato.

La distinzione tra delitti e contravvenzioni va tenuta presente, non solo perché indica due forme o due diverse gravità dell'illecito penale, ma perché rileva altresì sotto numerosi profili di disciplina, pure nella prospettiva dei suoi molteplici riflessi sistematici (elemento psicologico, tentativo, cause estintive del reato e della pena, misure di sicurezza, ecc.).

³ Ciò naturalmente non vale per gli illeciti penali previsti dallo Statuto della Corte penale internazionale (v. *infra*, cap. VIII, sez. II).

3. Definizione formale e positiva “ratio” sostanziale della previsione del reato. Lettera e “ratio” nella individuazione del reato

Si è osservato come l'individuazione del reato in funzione di un certo *nomen iuris* della sanzione costituisca una prospettiva definitoria d'ordine formale. È come dire, invero, che è reato ciò che la legge configura come tale.

Il problema se (su quali presupposti e in che misura) il reato vada definito come tale, oltre che dal punto di vista formale, anche dal punto di vista sostanziale, si specifica meglio circoscrivendo i presupposti ‘formali’ della definizione.

a) Rimane d'ordine formale il problema interpretativo testé ricordato avente ad oggetto l'eventuale imprecisione legislativa nell'uso di un dato *nomen* della sanzione e/o nella scelta di un ulteriore criterio, tipo quello oggi utilizzato dalla legge di depenalizzazione; per il quale, onde accertare se un fatto è reato (o meno), occorre poi anche accertare quali fatti la legge di depenalizzazione voleva esattamente comprendere nell'indicare la materia esclusa dalla depenalizzazione. Peraltro, come ogni problema interpretativo, anche questo potrà essere risolto con riguardo alle ragioni sostanziali che conducono la legge a configurare un reato in genere e determinati reati in particolare. In un certo senso anche qui, allora, sorge il problema d'una definizione sostanziale; ma non è questo il contenuto usuale che gli viene attribuito.

b) Si pone altresì un problema di definizione formale del reato nella misura in cui, pur acclarato che la norma positiva abbia voluto qualificare un certo fatto come reato, l'interprete può/deve verificare la validità di tale previsione, ad esempio con riferimento ai corollari del principio di espressa (o stretta) legalità (è stata rispettata la riserva di legge? Vi è determinatezza di fattispecie? Ecc.).

4. Costituzione e struttura sostanziale del reato (con riferimento al contenuto di gravità o disvalore del fatto)

La definizione ‘formale’ della norma penale e del reato non significa che, già al fine di ammettere la positiva e legittima previsione di una ipotesi di reato, non si ponga un **problema di ordine sostanziale di grande rilievo**.

La Costituzione pone **‘limiti contenutistici’ alla previsione dell'illecito penale**, cioè impone che il reato, per essere tale, non prescinda da elementi costitutivi che siano *ragionevoli criteri di selezione dell'illecito penale*.

Ciò già in relazione ai beni penalmente tutelati (v. *infra*, parte II, cap. III) e comunque ai principi di **necessità** e **proporzione** nella individuazione delle esigenze di tutela giuridica e delle relative tecniche:

a) *la legge può ricorrere all'illecito penale solo se non può ricorrere utilmente ad un altro tipo di illecito (necessità della pena intesa quale extrema ratio);*

b) *occorre che la ‘gravità del fatto’ sia tale da esser considerata ragionevole presupposto della ‘gravità’ immanente alla sanzione penale (proporzione).*

Vengono, poi, in rilievo i principi costituzionali della *stretta legalità* (art. 25, comma 2, Cost.), della *materialità* e *offensività* del reato (artt. 25, commi 2 e 3 e 27, comma 3) nonché della *personalità* della responsabilità penale (dunque della dominabilità e riprovevolezza della condotta umana) (art. 27, comma 1, Cost.).

Il principio di legalità importa la *riserva di legge*, la *determinatezza*, *tassatività* e *chiarezza* della norma penale.

I principi di materialità e offensività importano che il reato consista in un “fatto offensivo” e non in un semplice atteggiamento interiore del soggetto o in una condotta significativa semplicemente quale dato diagnostico dell’atteggiamento medesimo.

Il principio di personalità esclude:

a) la *responsabilità per fatto altrui* (senza nesso di causalità tra l’evento e la condotta del particolare soggetto) nonché

b) quella *oggettiva* (senza né dolo né colpa).

Centrali nel nostro sistema sono, altresì, i principi di **umanità e rieducatività della pena**. Basti pensare all’art. 27, comma 3: esso sancisce che le pene non solo debbono essere in sintonia con il senso di umanità, ma pure che esse “devono tendere” alla rieducazione del condannato⁴.

Detta disposizione sembra sintetizzare sul punto lo spirito dell’intero sistema, chiarendo un profilo che specifica un corollario del principio della pena quale *extrema ratio*: anche il ricorso alla energia intimidativa della pena è **legittimo nei soli limiti dello stretto necessario**. L’art. 27, comma 3, Cost. legittima per ogni altro verso la pena solo se volta al ‘reinserimento’ del condannato secondo apprezzabili esigenze sociali (ovviamente nella misura delle effettive carenze del condannato e nel pieno rispetto delle libertà costituzionali). Ora, visto che l’azione intimidativa della pena va utilizzata nei soli limiti dello stretto necessario e che la pena rieducativa postula un soggetto “da rieducare”, anche nella definizione legislativa (e nell’accertamento) del reato deve conseguenzialmente puntarsi l’attenzione su quei contenuti che fanno del comportamento e della volontà un comportamento ed una volontà realmente antisociali.

Quindi anche la funzione costituzionale della pena indica la necessità che il reato si componga di elementi significativi sotto il profilo del loro ‘effettivo disvalore’ (disapprovazione sociale); e ciò evidentemente con riguardo a tutti gli elementi, nessuno escluso.

⁴Sulla funzione costituzionale della pena cfr., per tutti, con posizioni divergenti, BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *N. Dig. it.*, XIX, Torino, 1973, 53 ss.; SPASARI, *Diritto penale e Costituzione*, Milano, 1966, 117 ss. In genere sulle teorie della pena cfr. MONACO, *Prospettive dell’idea dello “scopo” nella teoria della pena*, Napoli, 1984.

4.1. Segue. Corollari

Prima conseguenza delle osservazioni appena sviluppate è la conclusione secondo cui nessuno degli elementi della fattispecie criminosa può legittimamente rivelarsi “neutro quanto al valore”, nel senso che non può condizionarne la pena, se non perché contribuisce a determinarne la specifica ‘gravità’.

Che qualche disposizione introduca nella fattispecie un elemento ‘non significativo quanto alla gravità del reato’, può accadere, almeno astrattamente; ma il difetto di significatività esigerebbe una prova rigorosa e, se questa fosse possibile, evidenzerebbe una macroscopica illogicità nella definizione del reato medesimo. L’illogicità colliderebbe con il principio generale di giustizia sostanziale (o materiale, che dir si voglia) che pur non sempre esplicitato, e sia pur corretto dal principio antagonista di giustizia formale, esiste da sempre e tendenzialmente informa l’intero ordinamento giuridico. La norma giuridica non può esser posta per mero capriccio; sicché almeno in linea di principio, salva prova contraria, deve ammettersi che essa seleziona gli atti e li regola sulla base di un plausibile fondamento di ordine contenutistico. Quel che più rileva, deve ritenersi che oggi il principio di giustizia sostanziale abbia acquisito anche rango costituzionale, confinando nel territorio dell’illegittimo la disciplina normativa arbitraria. In particolare, per rimanere al diritto penale, se difettasse un ragionevole motivo (specifica gravità del fatto) per il sacrificio di beni fondamentali (tra cui, soprattutto, la libertà individuale e la personalità sociale), che deriva dall’applicazione delle sanzioni criminali, si profilerebbe in modo netto il contrasto della norma penale, che irragionevolmente comportasse un tale sacrificio, con disposizioni basilari quali gli artt. 2, 3, 13, 25 e 27 Cost.

Ma sviluppando le premesse appena poste, dal punto di vista dei principi (anche) costituzionali non basta comunque accertare che gli elementi della fattispecie di reato siano tutti rappresentativi di un contenuto effettivo di gravità. Si pone con pari importanza un problema relativo alla tecnica di tutela prescelta.

La pena, invero, se deve essere umana e rieducativa (art. 27, comma 3, Cost.), deve tener conto dei diritti inviolabili dell’uomo (art. 2 Cost.), con specifico riguardo alla libertà personale (art. 13 Cost.), perché è questo il bene che la pena soprattutto sacrifica. Inoltre la pena non deve costituire un ostacolo arbitrario al libero sviluppo della persona umana (artt. 2 e 3, comma 2, Cost.).

In conclusione e in sintesi, si conferma il carattere ‘sussidiario’ della pena, potendo intervenire solo quando sia senz’altro indispensabile. Si conferma, in altri termini, il carattere di *extrema ratio* dell’intervento legislativo penale, quale *tecnica di tutela puramente residuale e che appare ragionevole solo allorché la ‘gravità’ degli elementi che compongono il singolo fatto di reato, singolarmente e complessivamente considerati (il c.d. contenuto comples-*

sivo di disvalore del fatto), risulti almeno sufficiente per giustificare l'impiego della più grave tra le sanzioni, così grave sanzione e non sia possibile ricorrere ad altra tecnica di tutela con risultati appaganti.

Ove ciò non sia, la legge deve scegliere una forma di tutela alternativa. Perciò, solo a seguito di una valutazione che indichi un certo fatto come pregno di 'tanto' significato 'negativo' (di disvalore) da ritenerlo meritevole non semplicemente di altre sanzioni, ma addirittura della pena (*principio di 'meritevolezza della pena'*, corollario del principio di giustizia – o proporzionalità – dell'intervento punitivo) e bisognevole effettivamente di questa (*principio della 'esigenza pratica della pena'*, corollario del principio di opportunità, moderazione ed economia dell'intervento punitivo)⁵.

Tutto questo vale anche ad illustrare la ragione per la quale il panorama degli illeciti penali pecchi fundamentalmente, ma fisiologicamente, di continuità, imponendosi il contrario **principio di frammentarietà**. Seguendo un'immagine felice (Bettiol), è come se i reati costituissero tante isole nel mare dell'ordinamento giuridico, quali punti di emersione o meglio *cuspidi rappresentative di momenti di disvalore particolarmente elevati*. Il che trova un puntuale riflesso nel principio formale di "espressa" (o stretta) legalità (costituzionalizzato dall'art. 25, comma 2, Cost.) che, per così dire, ipostatizza l'andamento discontinuo del campo dell'illecito penale, sanzionando di converso l'esistenza di ampi spazi di "irrilevante penalistico".

Quanto precede rende chiaro che la '**definizione formale**' del reato deve essere integrata attraverso una '**definizione sostanziale**' sotto il profilo delle ragioni di giustizia e di mera opportunità che inducono il legislatore a rivestire un certo fatto della qualificazione di reato (potendo, ad esempio, apparire irragionevolmente discriminatorio il trattamento di una certa ipotesi rispetto ad altra assolutamente non sanzionata o repressa con sanzione anche molto meno grave).

Sono in linea con la definizione sostanziale del reato le concezioni teleologica e strutturale del reato medesimo, che ne rappresentano un logico sviluppo. In base alla concezione teleologica le ragioni dell'intervento penali-

⁵Una precisa distinzione tra i due momenti dommatici della "meritevolezza di pena" e della "esigenza pratica della pena" (corrispondenti a quelli che la dottrina tedesca indica come *Strafwürdigkeit* e *Strafbedürfnis*) era presente nella più autorevole dottrina italiana di tempi non recenti: cfr. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, II, Firenze, 1902, ad es. 112, là dove individua il "conflitto fra l'esigenza della rigorosa giustizia e le esigenze dell'ordine esterno": "sarebbe giusto applicare la pena ordinaria; ma ciò recherebbe un disordine maggiore di quello che nascerà dall'omettere o moderare la punizione". Aggiunge poi Carrara che: "La giustizia sarebbe ferita quando sotto il pretesto di pubblico bene si aumentasse, oltre il suo prescritto, la pena; perché in quella sta il *limite* del diritto di punire. Ma non si offende nel caso inverso; appunto perché essa non è che un *limite*; essa cioè interviene nel magistero penale onde *impedire* che si punisca dove essa lo vieta; ma non per *imporre* che si punisca sempre ove essa lo comanda, se al suo comando non risponde il bisogno della tutela giuridica, o l'obbedirvi espone a pericoli maggiori il diritto che si vuole proteggere" (113 s.).

stico da parte del legislatore debbono rinvenirsi negli specifici ‘contenuti di gravità’ (i c.d. disvalori) che il fatto medesimo porta con sé, e la cui analisi costituisce un necessario completamento dell’analisi strutturale del reato, intesa come analisi dei singoli elementi di fattispecie, anche nei loro contenuti di gravità, visti nella loro relazione strutturale, che tenga conto dei necessari raccordi sistematici con l’intero ordinamento (v. *infra*, parte I, capp. IV e V).

Ci riserviamo di approfondire altrove i principi appena enunciati.

4.2. Dal diritto penale alla ‘materia’ penale. Garanzie penalistiche e definizione sostanziale della pena

Intanto va considerato l’altro profilo del rapporto che corre tra pena, sanzione afflittiva e garanzie anche costituzionali. L’esigenza di individuare una nozione sostanziale di reato e di pena – vale a dire, non basata su parametri meramente formali – è stata avvertita anche dalla giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell’Uomo (Corte Edu, o Corte di Strasburgo, dal luogo in cui ha sede), la quale a partire dalla metà degli anni ’70 si è posta il problema di elaborare criteri che consentano di stabilire a quali illeciti ed a quali sanzioni vadano applicate le garanzie specifiche che la Convenzione Europea dei diritti dell’Uomo (di seguito CEDU) prevede per la ‘materia penale’, al di là della formale qualificazione che ad essi sia attribuita negli specifici ordinamenti.

La CEDU non chiarisce esplicitamente come si riconosce un “reato”, ma impegna formule significative (“*criminal charge*” dell’art. 6 in tema di diritto ad un equo processo; “reato” e “pena” nell’art. 7 che prevede il principio *nulla poena sine praevia lege*). La Corte Edu ha osservato che “se gli Stati contraenti potessero a loro discrezione classificare un illecito come disciplinare invece che penale, o perseguire l’autore di un illecito ‘misto’ sul piano disciplinare piuttosto che su quello penale, l’operatività delle clausole fondamentali contenute negli artt. 6 e 7 sarebbe rimessa al loro volere sovrano. Una tale ampiezza potrebbe condurre a risultati incompatibili con l’oggetto e lo scopo della Convenzione”. Coerentemente la Corte ha scelto la strada di un’autonoma circoscrizione della “materia penale” su presupposti non vincolati alle singole scelte dei particolari Stati europei.

Dando seguito a questa direttrice, la Corte di Strasburgo ha assunto che, oltre alla qualificazione effettuata dal legislatore nazionale, cui va riconosciuto un significato “formale e relativo” (quale semplice dato di partenza), occorre argomentare dalla *natura dell’illecito*, ricavata dall’*ambito di applicazione della norma* – che deve esprimerne un carattere generale – e dallo *scopo della sanzione comminata* – che deve prospettarsi come punitivo e di deterrenza – e alla *natura e gravità della sanzione irrogata*. I criteri della natura e gravità di illecito e sanzione vengono concepiti dalla Corte come alternativi e non cumulativi. Nel senso che l’operatività di uno solo di essi

può, dunque, condurre a concludere nel senso delle garanzie che la CEDU prevede per la ‘materia penale’. La Corte avalla peraltro, nei fatti, l’utilità di una valutazione cumulativa⁶.

La giurisprudenza della Corte Edu ha anche svincolato il riconoscimento della natura penale della sanzione dalla sua (anche solo possibile) incidenza sul bene della libertà personale, come nel caso *Sud Fondi c. Italia*, in cui la Corte di Strasburgo, richiamando i criteri già elaborati nel caso *Welch c. Regno Unito*⁷ (consolidati in una serie di pronunce successive), ha stabilito che la natura penale della sanzione è desumibile dalla sua gravità, dal collegamento con fatti di reato (quale presupposto condizionante la sua applicazione), dalla finalità punitiva ad essa associata, nonché dalla sua irrogazione all’esito del processo penale. Dal fatto che essa è grave e ha come presupposto la commissione di un reato, è provvista di finalità punitiva e non semplicemente preventiva, rilevando altresì che essa viene irrogata ad esito di un processo penale. La gravità della sanzione, nel caso *Sud Fondi c. Italia*, è stata desunta dalla portata della confisca effettuata⁸. Anche nel caso *Varvara c. Italia* dell’ottobre 2013 la Corte Edu ha ribadito il principio dell’inapplicabilità della confisca urbanistica a seguito di sentenza di proscioglimento per prescrizione. Tuttavia il principio fatica ad essere assorbito dalla nostra giurisprudenza. (Cfr., Cass., sez. III, ord. 30 aprile 2013, n. 20636).

Analogamente, la Corte ha ritenuto che fossero ricomprese nella ‘materia penale’ anche altre sanzioni tipicamente patrimoniali e non incidenti sul bene della libertà personale, come nel caso *Menarini Diagnostics c. Italia* del 2011, relativo a sanzioni in materia di Antitrust⁹.

La stessa Corte costituzionale ha stabilito che le norme CEDU, per come interpretate dalla Corte di Strasburgo, possono costituire ‘parametro interposto’ di legittimità costituzionale, in quanto “obblighi internazionali” rilevanti ex art. 117, comma 1, Cost.¹⁰. Quindi se la norma interna che contrasti con i principi sanciti dalla CEDU, così come interpretati dalla giurisprudenza europea, deve essere dichiarata incostituzionale per contrasto con l’art. 117, comma 1, Cost., viene in tal modo conferito alla CEDU rango ‘sub-costituzionale’ nella gerarchia delle fonti, ponendo sulla legge ordinaria un generale vincolo di conformità alle norme contenute nella Convenzione.

In virtù del riconosciuto rango sub-costituzionale della CEDU, la cui vio-

⁶ Sentenza *Engel c. Paesi Bassi*, ric. n. 5100/71, 8 giugno 1976, in *Foro it.*, 1977, IV, c. 1 ss., che è stata la prima ad affermare tale principio, poi richiamato dalla giurisprudenza successiva. La sentenza *Engel c. Paesi Bassi*, cit., ha riconosciuto natura penale alla sanzione che consista nella privazione della libertà personale di durata non irrisoria. Così, nel caso di specie, si è concluso che la misura del confino in caserma per il militare abbia natura penale soltanto nell’ipotesi di durata significativa per il numero consistente dei giorni di detenzione.

⁷ Sentenza *Welch c. Regno Unito*, ric. n. 17440/90, 9 febbraio 1995.

⁸ V. sentenza *Sud Fondi c. Italia*, ric. n. 75909/01, 20 gennaio 2009, in *Cass. pen.*, 2009, n. 5, 3180 ss.

⁹ Sentenza *Menarini Diagnostics c. Italia*, ric. n. 43509/08, 27 settembre 2011.

¹⁰ Cfr., Corte cost., n. 348 del 24 ottobre 2007, in *Giur. cost.*, 2007, III, 3475, e 349 del 24 ottobre 2007, in *Giur. cost.*, 2007, III, 3535.

lazione può dar luogo da parte della Corte di Strasburgo a una condanna dello Stato italiano al risarcimento del danno a favore del singolo, la Corte di Cassazione e la Corte costituzionale hanno dato attuazione in molti casi ai principi elaborati in sede europea, riconoscendo natura penale ad alcune ipotesi di confisca¹¹.

5. Quali sono le 'ragioni non-positivizzate' della legge penale? Il problema delle 'fonti extragiuridiche' di definizione del reato che condizionano l'accertamento del reato e l'applicazione della norma penale

Nella *definizione sostanziale del reato* si tratta anche di stabilire se per applicare la norma penale, il giudice possa richiamare ragioni sostanziali "extra-giuridiche" (ad esempio l'*allarme sociale* verso particolari fenomeni) che si sostituiscano o si aggiungano alla *ratio legis*; contribuendo a definire il precetto di legge integrando o modificando la figura legale del reato, perciò integrando o modificando il campo delle incriminazioni.

Muovendo da una corretta e calibrata visione, informata a positivismo giuridico, è evidente che dal principio di espressa legalità consegue pianamente che, solo in quanto recepite dalla legge, le ragioni sostanziali possano essere prese in considerazione a fini interpretativi e applicativi.

Il 'recepimento' trasforma in 'legale' ciò che da altra angolazione non lo è. Sotto questo profilo, non vi è contrapposizione tra realtà e diritto, semmai rapporto dialettico, nel senso che la realtà viene orientata, influenzando il comportamento umano, in funzione del diritto (ed in tal senso il diritto diviene fatto tra i fatti); mentre i limiti di influenza su tale comportamento si possono comprendere veramente solo ispirandosi ad affinata sensibilità per la realtà socio-politica da cui esso dovrebbe scaturire in conformità della *ratio* immanente al diritto. Anche il recepimento da parte della legge delle ragioni sostanziali di una certa disciplina ha comunque un limite. Ogni ordinamento che, come quello italiano, parta dal principio costituzionale di espressa legalità (che contiene il naturale corollario della definizione giuridica mediante *lex scripta*) consente che la legge ordinaria possa rinviare a fonti definitorie extragiuridiche a fini di incriminazione (*contra reum*), solo in circoscritti, ben precisi limiti. Vale a dire: nella sola misura in cui tale rinvio non escluda una "sufficiente determinabilità" dei concetti usati dalle singole disposizioni incriminatrici (principio di determinatezza della norma e della fattispecie penale: v. *infra*, parte I, cap. II, par. 13 ss.).

La storia ha mostrato come possano determinarsi profonde rotture dell'idea del-

¹¹ Ad esempio con la sent. n. 196 del 4 giugno 2010 la Corte costituzionale, in riferimento proprio all'art. 7 CEDU, così come interpretato dalla Corte di Strasburgo, ha statuito che la confisca obbligatoria del veicolo nell'ipotesi di guida in stato d'ebbrezza [misura prevista dall'art. 186, comma 2, lett. c) del d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285 (Nuovo codice della strada)] ha natura sanzionatoria e pertanto non può essere applicata retroattivamente.

la definizione mediante legge, con riflessi anche restrittivi della libertà personale. Così, collegabile ad una vera e propria degenerazione di segno autoritario, il diritto penale della Germania nazionalsocialista, in spregio per il principio di legalità, mediante la trasformazione del par. 2 del codice penale che lo conteneva (anno 1935), consentì che il reato potesse definirsi, anche con valenza di incriminazione, con riferimento non solo all'espressa previsione di legge ma anche alla meritevolezza di pena "secondo la concezione di fondo di una legge penale", e, ancor peggio, secondo il "sano sentimento del popolo" (*gesundes Volksempfinden*). Qui la legalità diveniva solo apparente; mentre attraverso considerazioni incontrollabili, permesse dal riferimento ad una simile clausola, potevano irrompere le più inimmaginabili ed inique considerazioni, trasformandosi il diritto penale in mero strumento di una certa ideologia politica di parte. Ben diversamente si pone il problema quando si tratti del ricorso interpretativo a clausole generali tipo quella dell'azione socialmente adeguata¹². Perché va valutato che l'operatività di clausole di questo tipo possiede una valenza favorevole per il destinatario della norma penale. È vero infatti che l'utilizzazione di simili clausole costituisce sempre un problema a fronte del principio di legalità, comunque determinando un considerevole etero-assessment dei confini del rilevante penalistico. Tuttavia gli ostacoli sono minori sotto il profilo della *ratio* di garanzia che informa il principio medesimo, avendo esso soprattutto il significato di mettere il destinatario della norma penale al riparo da indebite incriminazioni; non escludendo, dunque, in linea di principio, un affievolimento del rigore formale ove questo ridondi a vantaggio del destinatario medesimo. L'utilizzazione perciò delle clausole suddette potrebbe rivelarsi lecita, ove, assumendo una funzione euristica, costituisse un supporto alla ricerca delle ragioni che di volta in volta possono presiedere alla individuazione dei limiti materiali e psicologici dell'illecito penale; rinvenendo soprattutto nell'analogia *in bonam partem* (v. *infra*, parte I, cap. III, sez. II) una naturale zona di influenza.

6. Il problema delle 'costanti' della previsione del reato

Molto spesso, quando si parla di una concezione sostanziale del reato, in realtà non si fa altro che esprimere, consapevolmente o meno, semplici aspettative, magari del tutto personali, riguardo alla più giusta ed opportuna configurazione dell'illecito penale, obiettivamente inquadrando la propria analisi, in definitiva, in una prospettiva *de iure condendo*. Sul punto, peraltro, non possiamo che limitarci a dichiarare l'estraneità del tema ai contenuti della presente trattazione.

Spesso collegato a quello precedente, ma pur sempre diverso, è il senso che assume il problema quando si parla di definizione sostanziale del reato, riferendosi ad un quesito che non è più di diritto italiano (attualmente) vigente, ed è magari senz'altro relativo alla determinazione delle ragioni so-

¹² Sul tema cfr., per tutti, FIORE, *L'azione socialmente adeguata nel diritto penale*, Napoli, 1966, specialmente, per i problemi di certezza del diritto, 239 ss.

stanziali che hanno indotto il legislatore (italiano o meno), nei diversi tempi, a prevedere un fatto come reato. Su questo problema, che è evidentemente di ordine storico, il cultore del diritto penale, come quello di altre scienze ausiliarie, non ha potuto né può naturalmente esimersi dal porsi domande.

A) Nel corso dei tempi si è tentato sotto diverse forme ed in diversa misura di stabilire una **correlazione (più o meno stretta) tra diritto penale e morale**¹³, immaginando come motivo politico di penalizzazione la contrarietà del fatto all'ordine morale, sia pur colto nei suoi momenti particolarmente significativi. Il Grispi- gni, pur sensibile interprete di una visione sociologica, non svincola il diritto penale dall'etica, opinando che la sola circostanza che il diritto penalizzi un certo fatto significhi la sua appartenenza alla sfera dell'immorale¹⁴. Anche la posizione del Grispi- gni sembra criticabile, perché finisce con il negare la possibilità che risulti punito il fatto moralmente neutro e, a maggior ragione, che il diritto appaia in con- trasto con la morale, escludendo che il primo possa essere criticato proprio in ra- gione della sua immoralità (eventuale).

B) Nella ricerca delle **ragioni sociologiche di penalizzazione**¹⁵, si pone in un'in- teressante prospettiva metodologica l'analisi della società come "sistema di intera- zioni" che pone decisamente l'accento sulla necessità di indagare quali siano le con- dizioni di "funzionamento" del sistema sociale di volta in volta maturate¹⁶. Il pro- blema appare in tal modo più correttamente impostato, emergendo chiaramente co- me non si tratti di individuare un fattore universale, ma più fattori secondo un meto- do che consideri le regole della struttura sociale e quindi le interazioni esercitate tra le diverse componenti della struttura. Risulta al contempo chiaro che il funziona- mento del sistema non dipende da questo o quel fattore, ma da una particolare com- binazione di tutti i fattori che interagiscono. Sicché anche lo studio della norma pe- nale deve tener conto della funzione sociale che essa obiettivamente esercita. Vengo- no in rilievo le regole di assestamento e di evoluzione di un certo sistema sociale. I vantaggi che la ricerca può conseguire concependo la società come sistema di intera- zioni sono innumerevoli. Così, è stato tra l'altro messo in rilievo come dall'esame del- le *Funktionsbedingungen* dell'ordinamento sociale potrebbero enuclearsi i principi di valutazione che presiedono all'individuazione dei beni giuridici¹⁷.

¹³ Su importanti aspetti della cultura giuridica tedesca in tema di rapporti tra diritto penale e morale, cfr. MOCCIA, *Politica criminale e riforma del sistema penale*, Napoli, 1984, 88 e 102 ss.

¹⁴ Cfr. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, I, Ristampa, Milano, 1950, 148.

¹⁵ Nello studio dei meccanismi sociali di criminalizzazione in una prospettiva di politica criminale si segnala HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, Frankfurt am Main, 1973.

¹⁶ Cfr. AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt am Main, 1972 e più di recente *Der Begriff des Rechtsguts in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz*, in AA.VV., *Die Rechtguttheorie*, Baden Baden, 2003, 155 ss.

¹⁷ Cfr. AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, cit., 394; nonché *Der Begriff*, cit., loc. cit., e, per le con- clusioni, 182, prospettando di nuovo la concezione secondo la quale il reato offende le condi- zioni organizzative della convivenza umana.

Quale che sia il metodo utilizzato, peraltro, non si può non rilevare quanto diversi e mutevoli nel tempo e nello spazio siano i fattori della qualificazione giuridico-penale. Non è qui possibile un esame sia pur sommario della vastissima problematica. Certo si è che una concezione sussidiaria del diritto penale può dirsi operante soltanto se il reato presupponga un'offesa "ai più fondamentali interessi di una società in un determinato momento storico"¹⁸.

C) Su un piano molto diverso si colloca chi collega la previsione del reato alle **caratteristiche proprie delle conseguenze giuridico-penali**¹⁹. La soluzione del problema non starebbe tanto o (meglio) solo nell'individuare i particolari fattori sociali che conducono a valutare un fatto più o meno grave tanto da farlo apparire bisognoso di pena; quanto nel cogliere che in determinati casi soltanto la pena (in senso stretto) è strumento giuridico adatto alla regolamentazione di una determinata materia.

L'orientamento non si può condividere almeno nella misura in cui sembra disgiungere l'applicabilità della pena in senso stretto dalla valutazione della gravità del fatto cui collegarla (meritevolezza di pena); facendone un problema almeno in certi casi, di sola efficienza sanzionatoria (esigenza pratica della pena).

In sintesi, come per la previsione del *genus* "reato", anche in ordine alla distinzione tra le *species* "delitto" e "contravvenzione" la dottrina si è impegnata inutilmente nel tentativo di rinvenire un fattore sostanziale decisivo che illustrasse il "perché" la legge propenda di volta in volta per l'una o per l'altra configurazione.

Quel che può dirsi, almeno in linea di principio, è che la legge dovrebbe configurare come reati solo i fatti muniti di sufficiente gravità (proporzione tra fatto e pena), rispetto ai quali il ricorso alla pena appaia necessario (v. *retro*, parte I, cap. I, sez. I, par. 4); e a qualificare come delitti i fatti più gravi e come contravvenzioni quelli meno gravi che siano tuttavia 'meritevoli di pena' (sempre che sia sicura la necessità pratica della pena medesima)²⁰.

Risultati chiarificatori si possono sicuramente conseguire ove si sviluppi la definizione sostanziale del reato con riferimento alla ricordata, ben diversa e positiva problematica dei principi posti dalla legge ordinaria e costituzionale ai fini della valutazione della meritevolezza di pena e, ancor più, con riferimento ad una analisi della "struttura" dell'illecito penale che tenga conto delle componenti del suo contenuto complessivo di disvalore. È questa la prospettiva di definizione sostanziale che sembra meritevole di approfondita analisi (v. *infra*, parte II).

¹⁸ In tale offesa rinviene l'*ubi consistam* sociologico del reato il GRISPIGNI, *op. cit.*, II, 11; nello stesso senso I, 283 s.

¹⁹ Cfr. FROSALI, *Sistema penale italiano*, I, Torino, 1958, 339 s.; III, 193 ss.

²⁰ Per la relatività di questo criterio si esprime anche la circ. Presidenza del Consiglio dei ministri 5 febbraio 1986, n. 1.1.2/17611/4.6 (in *G.U.* 18 marzo 1986, n. 64) sui "Criteri orientativi per la scelta tra delitti e contravvenzioni e per la formulazione delle fattispecie penali", pubblicata anche in *Cass. pen. mass.*, 1986, 626.

Sezione II

Storia, scopi e prospettive del diritto penale

SOMMARIO: 7. Il codice Rocco. Le radici 'illuministiche'. La Scuola classica e la Scuola positiva. Il sistema del doppio binario. Il diritto penale in divenire. – 7.1. Le ragioni della longevità del codice Rocco. Le riforme. Declino del diritto penale? – 7.2. Correzione del sistema e cause dei ritardi nella generale riforma. La 'Torre di Babele'. – 8. *Segue*. Il difficile adattamento del sistema alle novità legislative. La supplenza giurisprudenziale. – 8.1. Gli scopi della pena. Premesse definitorie. – 9. Perché e in quali limiti punire? Vivo e morto nella definizione degli scopi classici della pena. – 9.1. *Segue*. Ulteriori considerazioni sui rapporti tra retribuzione e prevenzione. – 9.2. *Segue*. Ancora sui limiti dell'idea 'preventiva'. – 9.3. Il problema della 'neutralizzazione' del reo. – 10. Umanità e rieducatività della pena. Il 'castigo' quale istanza profonda dell'agire collettivo. – 11. I tentativi di limitare il ricorso alla pena. I nuovi rimedi: dalla repressione del reato alla prevenzione del medesimo mediante presidi cautelari. – 12. Gli indesiderati effetti pratici dell'eccesso nel ricorso allo strumento della pena. La depenalizzazione in astratto e in concreto. Un 'recente' progetto di riforma e la l. 28 aprile 2014, n. 67. – 13. Le cause estintive, in particolare quelle legate all'adempimento. Le c.d. misure 'svuota-carceri'. – 14. 'Minaccia' e 'conciliazione', 'sanzione' e 'premio'. Le contraddizioni del diritto penale in trasformazione. *Segue*. L'esecuzione 'concordata' e la risocializzazione del reo. Il ritorno alla legalità. Il problema delle misure di sicurezza. – 15. Rassegnazione al 'caos' o reazione costruttiva? I progetti di riforma del codice penale. – 16. *Segue*. La 'persona umana' al centro del nuovo sistema. – 17. *Segue*. In particolare, l'evoluzione del sistema delle interdizioni e delle pene prescrittive.

7. Il codice Rocco. Le radici 'illuministiche'. La Scuola classica e la Scuola positiva. Il sistema del doppio binario. Il diritto penale in divenire

Così identificato in sintesi l'attuale ambito del 'diritto penale', nei suoi criteri di definizione formali e sostanziali, chiediamoci quali ne siano le fonti storiche e quali siano gli sviluppi *in itinere*, che ne influenzano la comprensione.

Storicamente richiameremo solo alcuni dati per cogliere le radici dei contenuti basilari del vigente codice penale.

Le sue origini vanno collegate all'imponente movimento nato con l'Illuminismo (sec. XVIII), che segna il passaggio dall'epoca del diritto penale arbitrario e disumano a quella moderna di una 'razionale' politica criminale ispirata al principio di stretta legalità e alla progressiva 'umanizzazione' della pe-

na, concepita nel senso, e nei limiti, di una 'utilità', da contenere nel rispetto dei diritti dell'uomo.

Una *summa* del pensiero penale illuministico è contenuta nel volume '*Dei delitti e delle pene*' di Cesare Beccaria (1764) che ebbe un'influenza profonda sul pensiero penalistico del tempo.

I riflessi del pensiero penalistico illuministico si produssero sulla legislazione Napoleonica e sui codici dell'Italia preunitaria.

Le linee fondamentali di sviluppo della politica penale hanno riguardato il problema se e in che limiti il reato trovi la propria essenza nel '**fatto**' o nell'**'autore**'; se cioè il diritto penale voglia punire il reo:

(a) per il singolo '**fatto**' (materiale e psicologico) da lui commesso, o

(b) per la propria '**personalità**' in sé e per sé presa (*responsabilità per il tipo d'autore*).

Alla metà dell'800 si delineò un movimento definito '**Scuola classica**', il cui maggior esponente è stato Francesco Carrara, e che non concepì più la pena in senso utilitaristico, ma '**etico-retributivo**'. Si concepì il reato come un'espressione del riprovevole esercizio della libertà dell'uomo. Per questa concezione la pena si fondava sulla responsabilità individuale per il '**fatto commesso**'.

La prima vera unificazione della legislazione penale italiana si ebbe con il codice Zanardelli (1889). In precedenza avevano trovato applicazione nell'Italia unita sia il codice penale piemontese (o sardo) del 1859 (la cui vigenza era stata progressivamente estesa ai territori annessi allo Stato sabaudo: nel 1861 ai territori del Regno delle due Sicilie; nel 1866 al Veneto e al Mantovano; nel 1870 allo Stato Pontificio) sia il codice penale toscano del 1853, con vigenza limitata al territorio del Granducato di Toscana.

Il codice Zanardelli che, dunque, ha rappresentato l'originario codice penale dell'Italia unificata, si ispirava ai principi della Scuola classica.

Intanto era iniziato un nuovo movimento di pensiero, denominato '**Scuola positiva**', che sovvertiva le convinzioni della Scuola classica. L'iniziatore fu un medico, Cesare Lombroso, che riteneva il reato frutto non di una libera scelta dell'uomo ma il prodotto fatale (determinismo) dell'inclinazione (pericolosità) criminale dell'uomo (delinquente nato). Due eminenti giuristi, Raffaele Garofalo ed Enrico Ferri, portarono gli assunti di Lombroso alle naturali conseguenze. La sanzione penale non sarebbe più potuta consistere in una pena quale retribuzione per il male (reato) arrecato, ma in una '**misura**' atta a neutralizzare la pericolosità dell'autore. La sua durata sarebbe dovuta essere indeterminata, perché da rapportare al permanere della pericolosità dell'autore.

Il nuovo movimento ebbe fortissima risonanza nel dibattito internazionale e condusse in Italia (1919) alla nomina di una Commissione presieduta da Ferri che presentò un progetto (1921), che tuttavia non ebbe successo.

Un movimento intermedio, detto ‘Terza scuola’, cercò di conciliare le istanze della Scuola classica e della Scuola positiva proponendo un sistema a “doppio binario” (pene per il fatto e misure di sicurezza per l’autore); favorita, nell’opera di mediazione, dall’affacciarsi sulla scena dell’indirizzo cosiddetto tecnico-giuridico fondato da Arturo Rocco (1910), che nell’analisi del diritto penale combatteva le tesi astrattizzanti della Scuola classica.

Dopo l’avvento in Italia del Fascismo (1922) l’avvertita esigenza di un nuovo codice portò alla nomina di un Comitato diretto da Arturo Rocco che presentò un progetto di codice, poi trasformato in legge col r.d. 19 ottobre 1930, n. 1399.

Il codice Rocco²¹, dando seguito al compromesso tra Scuola classica e Scuola positiva, concepì il c.d. *sistema a doppio binario*, perché accanto alle pene prevede le misure di sicurezza. Pene per il fatto e misure di sicurezza per l’autore pericoloso.

Ormai in vigore da quasi novanta anni, il codice Rocco è stato corretto nel tempo con una serie di interventi parziali e frammentari che ne hanno pregiudicato non solo la compostezza e la coerenza, ma hanno reso vieppiù incerta l’efficacia dell’intero sistema. L’insoddisfazione per l’attuale disarmonia dell’ordinamento penale viene considerata ormai al suo ‘diapason’.

Particolarmente in crisi è il **sistema delle sanzioni**, tenendo anche conto della non appagante articolazione delle pene e l’insufficiente integrazione tra settori di ordinamento diversi (pene e sanzioni amministrative, pene per i maggiorenni e pene per i minorenni, sanzioni sostitutive e misure alternative alla detenzione, sistemi sanzionatori c.d. premiali, sistema penale meritorio, ecc.). In ogni caso non soddisfa l’attuale congegno del sistema a doppio binario, per la sfiducia ormai chiara nelle misure di sicurezza, incrinatasi la convinzione che siano ‘giusti’ rimedi di ordinamento. Quale sarà il futuro dell’ordinamento al proposito?

Nessuno può dimenticare che il codice Rocco va corretto alla luce del ‘volto’ ormai impresso alla norma penale e al reato dalla Costituzione repubblicana entrata in vigore nel 1948, portando a pieno compimento i principi basilari già ricordati: della *stretta legalità* (art. 25, comma 2, Cost.), della *materialità* e *offensività* del reato (artt. 25, commi 2 e 3 e 27 comma 3), della *personalità* della responsabilità penale (dunque della dominabilità e riprovevolezza della condotta umana) (art. 27, comma 1, Cost.).

Dando particolare risalto ai principi di *umanità* e *rieducatività* della pena (art. 27, comma 3, Cost.), che influenzano la fisionomia dell’intero sistema sanzionatorio, nell’ottica prevalente del reinserimento del condannato nel contesto sociale.

²¹ Il codice Rocco, entrato in vigore il 1° luglio 1931, è così definito per il nome del Ministro Guardasigilli del tempo, Alfredo Rocco, fratello di Arturo.

7.1. *Le ragioni della longevità del codice Rocco. Le riforme. Declino del diritto penale?*

Senonché, a fronte di un significativo ‘volto’ del reato imposto dalla Costituzione, può apparire sorprendente la longevità del codice Rocco, il cui concepimento ed entrata in vigore si legò storicamente, come detto, all’assetto statuale voluto e forgiato dal regime fascista, crollato con la seconda guerra mondiale; visto che è dalle ceneri di quel regime che ha preso corpo, in netta antitesi, lo Stato democratico scolpito dalla Costituzione repubblicana, con la posizione dei richiamati, stringenti principi penalistici che hanno imposto e impongono incisive correzioni all’impianto originario del nostro codice.

Non può non farsi viva la domanda come si spieghi una così straordinaria longevità. È vero: il codice Rocco era anche portatore di importanti valori liberali. Non dobbiamo dimenticare che esso confermò, e, se si vuole, ulteriormente valorizzò il principio di stretta legalità. Presa di posizione radicalmente diversa da quella assunta, in Germania, dal sistema penale nazional-socialista. È anche vero che il codice Rocco si impose e caratterizzò per la sensibilità verso il principio di offensività e di colpevolezza, ma con eccezioni molteplici e significative: si caratterizzò anche per una raffinatissima sapienza tecnica. Occorre però chiedersi se sia ciò sufficiente a giustificare la sua longevità. A me non sembra.

Si sente parlare da più parti – formula sotto alcuni profili paradossale – del “declino” del diritto penale; prospettandosi anche un diritto delle misure di reinserimento sociale senza più la pena, ritenuta ormai anacronistica. Visione illuminata e generosa, ma, purtroppo, utopistica. Mi chiedo allora quale sia il residuale senso concreto che possa connettersi all’idea di un declino del diritto penale. Può indicare la crisi che attraversa la nostra disciplina per le difficoltà in cui si dibatte il legislatore nel tentativo di renderla effettiva ed efficace; non può avere certo il senso di mettere a nudo una volontà sociale e/o politica di rinuncia all’intervento punitivo, a vantaggio di misure di diverso genere. La rinuncia è frontalmente smentita dalla crescente domanda di “pena” soprattutto per settori nevralgici della nostra patologia sociale. Basti pensare alla criminalità organizzata o alla nuova epopea dell’immigrazione e a tutti i fenomeni che vi sono collegati; ovvero alle distorsioni dell’economia, con fenomeni all’attenzione di ognuno e che hanno un rilievo non soltanto nazionale. Tutt’altro! Semmai il penalista è spesso costretto a pigiare sul freno della macchina dell’intervento punitivo, ribellandosi all’uso improprio dello strumento penale, al quale troppo spesso la legge consegna uno scopo puramente simbolico, ignorando il principio di un impiego della pena soltanto quale *extrema ratio*, là dove ogni altro tipo di sanzione o disciplina praticabile sarebbe destinato all’insuccesso. Non ha senso dunque parlare di declino o comunque prospettare un declino che escluda l’esigenza della massima attenzione verso una riforma dell’intero sistema del Diritto Penale. Anzi, ove di declino si parli nel senso di una difficoltà di affermazione effettiva della disciplina, dovrebbe anche convenirsi che quell’esigenza di riforma risulti oggi esaltata.

7.2. *Correzione del sistema e cause dei ritardi nella generale riforma. La ‘Torre di Babele’*

Quali sono state allora le cause che hanno ritardato il soddisfacimento delle istanze riformatrici? Molteplici.

Certamente il legislatore nell'immediato dopoguerra non ha demeritato mostrando spirito pratico; concependo aggiustamenti che si sono rivelati non insignificanti. Al di là delle modifiche di strutture ordinamentali del fascismo (come l'eliminazione del Tribunale speciale per la difesa dello Stato), realizzate subito dopo la caduta del regime a partire dal 1943, il legislatore del dopoguerra corresse incisivamente il volto antidemocratico del diritto penale. Reintrodusse la scriminante della reazione agli atti arbitrari del pubblico ufficiale; riuscì a mitigare il sistema sanzionatorio rigido e severo del codice Rocco, con l'abolizione della pena di morte e con sapienti innesti come quello delle "attenuanti generiche". Né il legislatore smise nel suo cammino virtuoso, provvedendo negli anni '70 a estendere le ipotesi di bilanciamento tra circostanze eterogenee nonché il cumulo giuridico delle pene alle figure di concorso formale e di reato continuato per violazione di diverse disposizioni di legge (che venne così ad aggiungersi alla continuazione riguardante la stessa disposizione). Le riforme portarono inoltre al più mite regime della recidiva e all'ampliamento del raggio d'azione della sospensione condizionale della pena. Questi interventi mitigatori, che taluno considerò un pregiudizievole rammollimento del diritto penale, resero invece questo più flessibile, più pronto a ricevere gli stimoli della società del nostro tempo e in ogni caso modificarono nella sua essenza il tetragono sistema sanzionatorio del codice Rocco e dunque la fisionomia del sistema nel suo complesso.

All'ammodernamento del diritto penale hanno contribuito anche altre riforme salienti come quella legata al movimento per la depenalizzazione, alla previsione di sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi e alla modifica dell'ordinamento penitenziario, che ha mirato a impiantare, anche con le misure alternative alla detenzione, un sistema punitivo che pure nella sua fase esecutiva realizzasse il principio costituzionale orientato alla umanizzazione della pena e al reinserimento sociale del condannato. Né possono dimenticarsi gli interventi della Corte costituzionale che hanno corretto gli anacronismi del codice Rocco, nella sua parte generale e speciale, rendendo l'illecito penale meno distante dalla nuova figura che al medesimo ha voluto imprimere la Costituzione repubblicana. Paradigmatica, quanto ai principi generali, è la giurisprudenza costituzionale sulla "personalità" della responsabilità penale, e, quanto alla parte speciale, la giurisprudenza sulle fattispecie di serrata e di sciopero originariamente previste dal codice Rocco. Ogni adattamento alla nuova realtà costituzionale, sociale e politica ha reso meno urgente la riforma del codice Rocco, favorendone la resistenza al nuovo; al contempo però rendendo più chiaro che l'originario impianto del codice partecipava sempre meno alla definizione dell'attuale sistema penale. L'insieme dell'ordinamento ne soffriva in termini di coerenza, completezza, efficacia e intelligibilità.

Nel valutare le ragioni della longevità del codice Rocco, nessuno può d'altronde ignorare le difficoltà oggettive nel portarne a compimento una sua riforma organica. A nessuno può sfuggire la imponente conflittualità sociale dal dopoguerra fino ai nostri giorni, con fenomeni disestanti come quello del terrorismo; né può sfuggire la conflittualità politica né quella che ha talvolta investito gli stessi poteri dello Stato. Né alcuno può sottovalutare gli effetti del mutare degli scenari internazionali, e in genere le incertezze nelle scelte che hanno minato l'orientamento del legislatore proprio perché il quadro di riferimento normativo, nazionale, sovranazionale e internazionale, di rilevanza anche penale o peculiarmente penale, veniva continua-

mente a modificarsi. I grandi problemi si sono riversati nella gestione del contingente, ingolfando il lavoro legislativo, con ogni consequenziale, crescente difficoltà nel prendere in considerazione e soprattutto realizzare una riforma complessiva dell'ordinamento penale.

Per questi ritardi si sono formati corpi normativi estravaganti che, non ben assimilati nel pregresso, hanno reso instabile il vecchio equilibrio sistematico. Con un andamento contraddittorio, la legislazione del dopoguerra, mentre – come ricordavo – si è proposta di rendere più mite il sistema congegnato dal codice Rocco, puntando anche alla depenalizzazione, al contempo non ha saputo o potuto resistere alle spinte contrapposte che hanno portato all'inasprimento delle pene e all'estensione del punibile, con debordante immissione di nuove fattispecie incriminatrici. Ma i metodi di contrasto della criminalità hanno dovuto prendere atto di difficoltà operative che hanno pragmaticamente suggerito di modificare essenzialmente l'approccio del sistema penale rispetto alla logica originaria del codice Rocco. Questo non era certo strutturato per ricevere senza traumi misure di "rientro nella legalità", conciliazione o addirittura di patteggiamento premiale con il reo, con effetti anche esclusori o almeno estintivi della pena. In particolare la lotta al terrorismo, con la connessa legislazione dell'emergenza, e in generale la lotta alla criminalità organizzata, con la disciplina del "pentitismo" e "dissociazionismo", hanno svelato un'immagine del sistema inedita, vòlta al risultato pratico, e profondamente correttiva delle misure di valore che avevano ispirato la commisurazione della pena nel codice Rocco. Anche le innovazioni processuali, soprattutto con l'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale del 1988, hanno contribuito a modificare sostanzialmente l'immagine complessiva del sistema penale. Particolare rilievo hanno avuto sotto il profilo che qui interessa gli istituti di giustizia patteggiata. Ma non meno rilevanti sono stati gli interventi che, con significative ricadute anche sul sistema sanzionatorio, hanno mirato a strutturare forme, per così dire, di giustizia semplificata (come è accaduto con quella congegnata dalla disciplina sul giudice di pace), per ragioni riconducibili ad esigenze di economia o efficienza processuale.

Il difetto fondamentale sta in che il nuovo sistema penale, per i motivi più diversi, è venuto a costruirsi in modo caotico. Il che dimostra come il mancato riferimento ad un significativo sistema condiviso non aiuti e, con ciò e al contempo, non manchi di farsi sentire la assoluta necessità di riappropriarsi di una convincente tecnica di riformulazione delle norme. I deludenti riscontri concreti di una sempre più estesa legislazione penale hanno anche portato ad escludere che il diritto penale si possa affermare soltanto e propriamente attraverso la estensione dell'area delle incriminazioni e l'inasprimento della pena. Si tratta di un palliativo o peggio di un mero espediente che, non rimuovendo le cause del male, finisce con il favorirne l'aggravamento.

Le nuove esigenze di tutela, di armonizzazione e ravvicinamento delle legislazioni penali nazionali, che sono connesse alla integrazione europea come pure le spinte verso la formazione di un diritto internazionale penale (con le relative importanti realizzazioni, con le relative necessità di adattamento del diritto nazionale), unitamente alle crescenti esigenze e sensibilità di cooperazione penale internazionale, hanno "premutato" sul sistema italiano imponendo modifiche rilevanti, spesso con interventi affrettati. Ne sono derivate difficoltà di assestamento per aderire a strumenti normativi sovranazionali o internazionali non sempre chiari né tecnica-

mente corretti neanche dal punto di vista linguistico. Il che ha rafforzato l'idea di una preoccupante "Torre di Babele". Insomma il codice del '30 non ha metabolizzato adeguatamente le novità legislative che ne mutavano così profondamente l'ispirazione di fondo. Si andava delineando in realtà un nuovo sistema che nasceva dal superamento del codice del '30 senza che il legislatore riuscisse ad imprimere un disegno sufficientemente intelligibile dell'illecito penale in divenire.

8. Segue. *Il difficile adattamento del sistema alle novità legislative. La supplenza giurisprudenziale*

A nessuno può dunque sfuggire come, a fronte di una realtà che spinge tumultuosamente in avanti, il sistema reagisca lentamente perché è sovraccarico di impurità. Mostra evidenti difficoltà nell'assorbire e organizzare le innovazioni. Il legislatore ha perso il filo conduttore. Sorge perciò immediata e incoercibile la domanda a chi spetti di porre rimedio alla realtà disastrosa della legislazione, per evitare che il motore si inceppi definitivamente. Prendendo atto che il legislatore non riesce a stare al passo con le esigenze dei tempi e tanto meno del caso concreto, taluno ritiene inevitabile che alle lacune provveda la giurisprudenza. A maggior ragione – si pensa – su ciò dovrebbe convenirsi, se, come alcuni ritengono, il potere politico dovesse considerarsi non più credibile. Chi si sentirebbe di applicare una legge non più considerata giusta? Non dovrebbe allora essere il giudice a correggerla? Alcuni pensano che egli lo debba o almeno lo possa fare.

È in questo quadro che meglio si colloca un importante fenomeno che va osservato con attenzione per progettare una riforma che sia veramente effettiva ed efficace. Intendo riferirmi alla c.d. "supplenza giurisprudenziale". Al di là del notissimo problema dei limiti in cui il magistrato possa far pesare nell'esercizio delle sue funzioni la propria convinzione ideologica, vanno senz'altro riconosciuti alla magistratura intenti apprezzabili e grandi meriti; ma sta di fatto che, in alcuni ambiti, non esclusi settori delicatissimi, come quello della criminalità organizzata, dei reati dei pubblici agenti contro la pubblica amministrazione o dei reati societari, sembra che la giurisprudenza abbia talora opinato di cogliere, nello squilibrio generale delle istituzioni, sacche vuote di "legislazione giusta" che non potesse esimersi dal colmare. Né manca chi – non certo rendendo un buon servizio alla magistratura – ha pensato di leggere in questo atteggiamento l'espressione di una sorta di contropotere giudiziario, antagonista di quello legislativo, o almeno una sorta di potere legislativo parallelo. Viene addirittura tacciato di "ingenuità" chi maldestramente s'incaponisca nel pensare che la legalità sia un vincolo per il giudice²². Alla legalità della legge andrebbe sostituita la legalità del giudizio nel caso concreto. Sennonché l'opera di supplenza giurisprudenziale, se da una parte può apparire come un intervento ispirato a ineludibili esigenze pratiche trascurate dal legislatore (una sorta di stato di necessità normativo?), per definizione, oltre a collidere con ogni evidenza con la riserva di legge costituzionalmente garantita, non si presta a stabilizzare l'equilibrio complessivo dell'ordinamen-

²² Sul dibattito, cfr., in particolare, RAMPIONI, *Dalla parte degli "ingenui"*, Padova, 2008, *passim*.

to. In un sistema come il nostro che non si fonda sull'autorità vincolante del precedente giudiziario, è impossibile pensare che la decisione del giudice possa stabilizzare il sistema. Per definizione quel punto di riferimento oscilla, una nuova pronuncia modifica quella precedente, sicché si è assistito e si assiste ad un continuo oscillare dei precedenti giurisprudenziali. L'oscillazione entro certi limiti è fisiologica e ad essa non sono rimaste talora estranee neppure le Sezioni Unite della Cassazione. Ma, se la giurisprudenza prescindesse dal costante richiamo alla legge, si genererebbe un fattore di radicale incertezza dell'intero sistema, che lo priverebbe di ogni conoscibilità e calcolabilità.

Per quanto si voglia considerare la c.d. supplezza giurisprudenziale una possibilità (da valutare con attenzione critica) che scaturisca dalle incertezze o dalle opinabili scelte interpretative, mai può avallarsi l'idea che essa costituisca un vero e proprio indirizzo di "politica giudiziale". Non si può accettare la posizione di chi accrediti un'immagine della magistratura come quella del vero plenipotenziario dello Stato. Di una magistratura che attraverso il pubblico ministero ricerchi la prova ed eserciti l'azione penale, attraverso il giudicante conosca del caso e condanni o assolva; ma che, ancor prima, attraverso la sua opera di supplezza, creerebbe addirittura la legge cui poi essa stessa darebbe applicazione. Non deve allora sorprendere che una certa pubblicistica cerchi di consacrare le decisioni, anche se oscillanti, della giurisprudenza, come una sorta di "accademia" del caso singolo; attribuendo alla giurisprudenza un'ispirazione "creativa" non controllabile da alcuno, una sorta di variabile indipendente, che condurrebbe ad accostarla decisamente ad un'autorità dotata d'un potere demiurgico. Io penso che la magistratura non abbia alcun interesse ad essere "sovraesposta"; mentre sta al potere politico assumersi tutte le proprie responsabilità. Occorre prenderne atto, cercando di contribuire a una virtuosa immagine del sistema complessivo. Il rischio è altrimenti di dar l'idea di un potere giudiziario che richiamerebbe alla mente una sorta di monade leibniziana senza finestre; che resterebbero chiuse non solo verso l'esterno degli altri poteri dello Stato, ma anche verso la società civile che formulerebbe verso di lei istanze inascoltate.

All'opera di supplezza giurisprudenziale il potere politico e legislativo, al di là della riaffermazione del dovere di rispettare la legge (v. art. 2, d.lgs. 23 febbraio 2006, n. 109), ha reagito con quella legislazione o con quel metodo di formulazione della stessa che mi sembra appropriato definire come di "bulimia dei vincoli di fattispecie". Dinanzi cioè alla sfiducia che i propri provvedimenti legislativi fossero realmente applicati dal giudice, il potere politico si è posto il problema di come vincolarlo, e le modalità di vincolo del giudice è sembrato dovessero passare attraverso un infoltimento dei vincoli di fattispecie. Pensiamo all'abuso di ufficio, pensiamo alle false comunicazioni sociali. In tali casi la tecnica scelta si è presentata come un modo di imporre canali molto rigidi al magistrato per evitare che deviasse, esercitando quel ritenuto potere legislativo parallelo che si vorrebbe tamponare. Ma si badi bene che in questo modo, sia pur promossa dalle ravvisate necessità pratiche, ad una patologia si finisce con l'aggiungere solo un'altra patologia rappresentata dalla produzione di leggi di difficile o insufficiente applicazione.

È noto che le ragioni di attrito tra poteri dello Stato si radicano in un recente passato, che viene chiamato con un nome che può piacere o non piacere, ma è quello della "Tangentopoli" nostrana. È lì che si è incrinata la fiducia tra il potere legislativo e il giudiziario o, se volete, si è approfondito e si è stabilizzato il rapporto di sfi-

ducia. In quel momento il potere legislativo, modificando l'art. 68 Cost. (l. cost. n. 3/1993), rinunciò all'immunità parlamentare intesa come necessità di un'autorizzazione a procedere nell'accertamento giudiziario dell'eventuale reato. A mio avviso la riforma non fu ben congegnata. Secondo i padri della nostra Costituzione in quell'immunità risiedeva una chiave di volta dell'equilibrio tra poteri dello Stato. A mio avviso su quell'immunità occorrerebbe tornare a riflettere, con la massima attenzione al modo in cui disciplinarla (in particolare concepirla non come privilegio, ma come sistema di garanzie processuali), ristabilendo un veicolo di consolidamento di rapporti non conflittuali tra poteri dello Stato. Altrimenti dovrebbero ripensarsi più ampiamente i meccanismi che dovrebbero garantire autonomia ai (e controllo sui) poteri dello Stato.

8.1. Gli scopi della pena. Premesse definitorie

Sullo sfondo dei conati della riforma complessiva occorre stabilire in qual misura oggi il diritto penale rimanga lo stesso o debba progredire nella prospettiva dei suoi scopi rispetto alle acquisizioni tradizionali. Ciò soprattutto tenendo conto dei ricordati caratteri che alla pena imprime la Costituzione repubblicana.

Chiariamo alcuni concetti fondamentali.

“Scopo della pena” è l'obiettivo cui la sanzione criminale tende o dovrebbe tendere e, per il quale, è prevista e applicata.

Il problema dello scopo della pena può essere affrontato da due diversi punti di vista: da un lato, in ottica descrittiva, ossia proponendosi di verificare quali risultati, di fatto, la pena consegue; dall'altro, in ottica prescrittiva, ossia cercando di individuare quali sono le finalità cui la pena, in astratto, dovrebbe tendere.

Le pagine che seguono affrontano il problema dello scopo della pena *in un'ottica descrittiva, nel senso di evitare che l'attenzione si distolga da ciò in cui finisce col consistere l'applicazione della pena*; ciò nondimeno, pare opportuno, ai fini di una migliore comprensione di quanto verrà esposto in seguito, far precedere la trattazione da una breve digressione, in cui verranno illustrate quelle che sono le finalità cui tradizionalmente si ritiene che la sanzione criminale debba essere orientata.

Per tradizione sono tre gli scopi fundamentalmente assegnati alla pena: la retribuzione, la prevenzione e l'emenda.

Concezioni *assolute* e *relative*:

A) Se fine della pena è la retribuzione, il risultato cui tende la sanzione criminale è la compensazione del male in cui si risolve il reato.

La teoria retributiva si fonda sull'idea che al male debba seguire altro male; il reato deve produrre, come conseguenza, una reazione ad esso uguale e contraria.

La retribuzione si inserisce tra quelle teorie giustificative che permettono

di attribuire alla sanzione criminale una legittimazione di tipo assoluto. Nell'ottica retributiva, infatti, la pena si giustifica in sé e per sé, a prescindere da quale sia la sua attuale configurazione, in quanto ciò che rileva è che al reato segue sempre la sua punizione.

L'opzione retributiva offre indubbi vantaggi in sede di costruzione del sistema penale, in virtù di quelle che sono le sue implicazioni teoriche che si risolvono in altrettante importanti garanzie di libertà.

In primo luogo, la retribuzione postula i principi di offensività e colpevolezza. La pena non si giustifica se non come conseguenza di un male, ossia di un fatto colpevole e lesivo di determinati beni. Affinché possa dirsi giustificata l'astratta comminazione e la necessaria, concreta irrogazione della pena è necessario, da un lato, l'effettiva offesa di determinati interessi e, dall'altro, che l'autore sia rimproverabile e dunque colpevole.

In secondo luogo, l'idea retributiva richiede che destinatario della sanzione sia l'autore del reato e non persona diversa, che l'autore sia rimproverabile e dunque colpevole; postula, in altri termini, il principio di personalità della responsabilità, che costituisce formidabile argine contro qualsiasi strumentalizzazione dell'individuo in nome di finalità ad esso estranee.

Infine, la retribuzione impone che vi sia proporzione tra reato e pena, tra azione e reazione. La proporzionalità è, dunque, un portato tipico della teoria retributiva.

Il principale difetto che viene imputato alla idea della retribuzione come scopo della pena consiste, invece, nel favorire una generale e radicale confusione tra le sfere del diritto e della morale; confusione che inevitabilmente è favorita dal fondamento etico su cui poggia la classica concezione retributiva (al male deve seguire altro male).

La commistione tra diritto e morale, oltre a comportare il rischio di fare dello Stato il garante di un determinato sistema di convincimenti morali o di una particolare confessione religiosa, non permette di dare giustificazione a quelle norme penali che puniscono fatti che, da un lato, turbano l'ordinata e la pacifica convivenza ma, dall'altro, difficilmente possono considerarsi moralmente riprovevoli.

B) In ragione delle indesiderabili conseguenze cui può condurre l'incondizionato accoglimento della teoria retributiva, numerosi filosofi e studiosi del diritto penale preferiscono individuare nella *prevenzione* lo scopo cui dovrebbe tendere la pena.

Se scopo della pena è la prevenzione, il risultato cui essa tende consiste nell'impedire alla generalità dei consociati o, più in particolare, a chi ha già commesso un reato, di commettere in futuro altri reati.

La prevenzione può essere, dunque, generale o speciale, a seconda che riguardi il complesso dei cittadini o singoli, individuati dalla circostanza di essersi già resi colpevoli di un illecito penale.

La teorie giustificative basate sulla idea della prevenzione permettono di dare alla pena una legittimazione di tipo relativo e non assoluto. A differenza di quanto detto in riferimento alla retribuzione, in un'ottica preventiva la pena non si giustifica in sé, come conseguenza necessitata di un fatto di reato, ma solo nei limiti in cui è in grado di raggiungere il prescritto risultato di prevenzione.

Il fondamento utilitaristico delle teorie preventive (la pena si giustifica solo se è utile) evita la confusione tra diritto e morale che è, invece, un portato tipico delle teorie retributive. Accanto a questo dato, vi sono poi altri fattori che suggeriscono di attribuire alla pena finalità preventive. Anche all'idea della prevenzione conseguono, infatti, corollari che si risolvono in fondamentali garanzie di libertà.

Stando all'opinione dei suoi sostenitori, la prevenzione, per poter operare, richiede che i precetti la cui osservanza dovrebbe essere garantita tramite la minaccia di una pena, siano predeterminati secondo schemi formali che permettano ai consociati di comprendere con precisione quali siano i confini del punibile e del lecito. L'idea della prevenzione sarebbe, in altri termini, inscindibilmente legata al principio di legalità ed alla necessaria conoscibilità dei precetti da parte dei loro destinatari.

Inoltre, lo schema preventivo presupporrebbe necessariamente la irretroattività della legge penale. La prevenzione è, infatti, un principio che guarda al futuro e non al passato, e ciò sulla base della elementare considerazione secondo cui non si può prevenire qualcosa che è già accaduto, ma solo qualcosa che è in là da venire.

Infine, ma non da ultimo, l'idea della prevenzione dovrebbe assicurare che i precetti a cui presidio è posta la pena, siano concretamente osservabili dai consociati. Non si può, infatti, cercare di prevenire per via della semplice coazione psicologica, ciò che è al di là della sfera di controllo dell'uomo.

Di tutti questi corollari, a ben vedere, solo l'ultimo appare, tuttavia, il vero portato dell'idea preventiva in sé considerata. Gli altri due (legalità ed irretroattività del precetto) sono sviluppi dello schema preventivo tipici soltanto di un particolare modello statale, che è lo Stato di diritto. Al di fuori di questo modello, non vi è garanzia che dall'affermazione dell'idea preventiva discenda necessariamente un'opzione di sistema favorevole alla legalità ed alla irretroattività.

Principalmente due sono, invece, gli inconvenienti legati al modello della prevenzione.

In primo luogo, la scelta di sistema a favore della prevenzione non consente di fissare, in astratto, un limite massimo alla pena. Se il fine ultimo cui tende la sanzione criminale è dissuadere i consociati dal commettere reati, ogni pena, anche la più severa, può apparire utile allo scopo. Così, per esempio, la pena di morte appare pienamente compatibile con il modello preventivo, nell'ambito del quale possono trovare giustificazione anche tecniche punitive finalizzate a garantire il controllo generalizzato dei cittadini.

E ciò, in quanto il modello della prevenzione, in sé considerato, non implica che destinatario della pena debba essere necessariamente ed esclusivamente il soggetto autore del reato. Quest'ultima implicazione – come visto – è, infatti, propria della sola idea retributiva. La prevenzione comporta, dunque, il rischio di strumentalizzazione dell'individuo in nome di finalità ad esso estranee (la punizione viene irrogata affinché altri non commettano reati).

C) Apparentemente distante dall'idea preventiva, *la teoria dell'emenda* individua come risultato cui deve tendere la pena, la risocializzazione o rieducazione del condannato. Il modello dell'emenda parte dal presupposto che il reo, commettendo il reato, si è mostrato ostile nei confronti della società, agendo con ogni probabilità perché motivato dalla incapacità di comprendere i valori che sono a fondamento della ordinata e pacifica convivenza. Per tale motivo, si ritiene che la sanzione criminale debba operare come veicolo di trasmissione e successiva interiorizzazione dei valori violati dal reo.

L'emenda è l'unico tra gli scopi classici della pena ad essere oggetto di espressa considerazione da parte della Costituzione – che, per il resto, poco o nulla dice in merito a quelli che sono i fini cui dovrebbe tendere la sanzione criminale – ed è comunemente avvertita come componente principale della pena nella fase della sua esecuzione.

La teoria dell'emenda storicamente si afferma come alternativa a quella della prevenzione, ma, già ad una prima riflessione, non possono non apparire evidenti i punti di contatto tra le due visioni. A ben vedere, infatti, l'emenda altro non è che una particolare espressione dell'idea di prevenzione speciale. Sono due, invero, i metodi utili ad impedire che il reo commetta altri reati: l'eliminazione fisica, sotto il profilo, almeno, di una neutralizzazione pratica del reo mediante detenzione, o la rieducazione, della quale l'emenda non è che una possibile forma. Come tecnica di prevenzione speciale, l'emenda si lascerebbe per molti versi preferire alle altre astrattamente ipotizzabili, perché si fonda sull'assunto per cui il reo è essere senziente, capace di discernere il bene dal male, e che, per mezzo degli stimoli giusti, è in grado di orientare la propria condotta verso fini virtuosi. Quindi l'idea dell'emenda contiene l'altra del miglioramento profondo e della responsabilizzazione del soggetto. Nella prospettiva dell'emenda, il condannato conserva la propria dignità di persona e rappresenta un valore che la società, lungi dal voler eliminare, ha interesse a recuperare. Il modello dell'emenda è, dunque, incompatibile, in via di principio, con ogni forma di strumentalizzazione della persona, individuando nella pena una sofferenza che è nell'interesse dello stesso condannato espriare.

Nonostante i suoi pregi, anche la teoria dell'emenda, al pari delle altre sopra esposte, non manca di evidenziare alcune criticità. Si evidenzia in primo luogo come la teoria dell'emenda, a rigore, presupponga un sistema san-

zionatorio non predeterminabile, se non in termini generalissimi. Le esigenze rieducative variano da soggetto a soggetto e la pena, se deve perseguire il fine della rieducazione, non può che adattarsi alle esigenze del caso concreto. Questa generale indeterminazione del contenuto della pena, oltre a prestarsi a facili strumentalizzazioni e distorsioni di ogni genere, si ritiene incompatibile con il principio di legalità, rendendo difficile l'incondizionato accoglimento dell'idea dell'emenda, almeno negli ordinamenti organizzati nelle forme dello Stato di diritto.

Inoltre, il modello dell'emenda, se portato alle sue estreme conseguenze, può facilmente entrare in rotta di collisione con la libertà di coscienza degli individui. Negli ordinamenti di ispirazione liberale – come noto – è consentito ai consociati pensare il male, essendo vietata solo l'attuazione dei propri pensieri malvagi a danno degli altri consociati. L'idea dell'emenda non necessariamente va incontro a questo principio, potendo invece essere utilizzata per giustificare sistemi massivi di manipolazione delle coscienze, tipici degli ordinamenti totalitari contemporanei.

9. Perché e in quali limiti punire? Vivo e morto nella definizione degli scopi classici della pena

Nel tentativo di una migliore definizione del cammino attuale e futuro della legislazione in tema di sistema sanzionatorio e del suo possibile sviluppo, non ci si può non chiedere in premessa cosa rimanga oggi degli scopi classici della pena appena ricordati.

Ora, a me non sembra dubbio che allo stato l'appellarsi all'idea kantiana della necessità in sé della pena, con tutti i suoi corollari, avrebbe il sapore di una mera visione formale, e comunque di un chiaro anacronismo per chiunque volesse cogliere le ragioni pratiche per le quali la pena venga comminata e irrogata, e lo stesso varrebbe se ci si volesse fermare all'idea hegeliana della funzione della pena come riequilibrio del sistema²³. Quanto alle citate fondamentali funzioni, per come storicamente individuate, della retribuzione e della prevenzione (generale e speciale), nonostante le molteplici e autorevoli prese di posizione che permangono a favore dell'idea della retribuzione, non resterebbe – a me pare – per l'attuale maturazione del dibattito, che indicare nella prevenzione la finalità essenziale della pena, in un'ottica in cui la stessa rieducazione dovrebbe apparire una forma della prevenzione speciale. In particolare, volendo puntualizzare una ragionevole visione del sistema, sotto questo profilo, dovrebbero tenersi distinti, per chiarezza, i presupposti ed i criteri di misura della responsabilità dalla funzione della pena, il

²³ In tema cfr. le lucide osservazioni di KLUG, *Il commiato da Kant e da Hegel*, in *La funzione della pena: il commiato da Kant e da Hegel*, a cura di Luciano Eusebi, Milano, 1989, 3 ss.

che invece non fanno le teorie retributive (c. d. teorie della *Vergeltungsstrafe*), che, nella concezione più stretta e rigida, finiscono col prescindere dall'idea di scopo, caratteristica invece delle teorie di opposto indirizzo (c.d. teorie della *Zweckstrafe*). Soprattutto non sembra essere nel giusto chi ravvisa un insanabile contrasto tra i due concetti di retribuzione e prevenzione, come se l'uno dei due escludesse senza meno l'altro²⁴. Per chi abbia, infatti, una visione propriamente giuridica della pena, del diritto una visione non trascendente gli interessi storicamente dati dell'uomo, e non voglia dare una giustificazione della pena che non sia semplice teoria, a me sembra consequenziale partire da un'idea di scopo e assegnare alla pena una funzione preventiva, generale o speciale (comprendendo, come detto, in una accezione ampia della prevenzione speciale anche la funzione rieducativa). In questa prospettiva, però, il principio di retribuzione lungi dal perdere significato vale a giustificare l'intervento dello Stato contribuendo ad indicare i presupposti (fatto proprio, colpevolezza, imputabilità, ecc.) ed i criteri di misura (gravità del reato, capacità a delinquere) della responsabilità penale²⁵.

9.1. Segue. *Ulteriori considerazioni sui rapporti tra retribuzione e prevenzione*

Volendo approfondire come si configuri più compiutamente e meglio l'interazione delle prospettive in gioco in un'analisi degli scopi della pena a me sembra che la denuncia del 'pregiuridismo' nella scienza penalistica conduca a denunciare anche il rischio dell'"ontologismo-etico" spesso collegato all'idea della pena come retribuzione. È da evitare però, al contempo, l'eccesso opposto di tutto sacrificare all'idea della pena come prevenzione, dimenticando gli importanti corollari di garanzia e di giustizia discendenti dalla concezione retributiva, sia pur vista, come detto, non nel senso di individuare la 'funzione' della pena, ma i suoi presupposti ed i criteri di misura. Esigenze di chiarezza suggeriscono di precisare che, quando si contrappongono i due concetti di prevenzione e di retribuzione, è bene che si tenga conto di due diverse coppie di concetti sottintesi dalla contrapposizione medesima e dei termini in cui essa realmente si pone.

Se da una parte si pone a confronto la prevenzione intesa come momento di 'scopo' (con riferimento ai reati che si vogliono evitare) con la retribuzione intesa come 'limite' (con riferimento al fatto accaduto che funge come presupposto e limite della pena); dall'altra, evitando le assolutizzazioni, non può ignorarsi che il momento di scopo può non apparire esclusivo della prevenzione, perché anche il principio di retribuzione può avere ed ha lo scopo di convincere a rispettare la legge (giusta).

²⁴ Sulle relazioni possibili della funzione di tutela e di quella propria della retribuzione, cfr. EXNER, *La funzione di tutela e la funzione retributiva della pena*, in *La funzione della pena* (ecc.), cit., 11 ss.

²⁵ È in questo senso che, a mio avviso, vanno valorizzate le belle pagine di RONCO (*Il problema della pena*, Torino, 1996, 198), in particolare là dove osserva che la pena, in quanto conseguenza che promana dal giudizio giuridico "non può non possedere un'essenza retributiva e non postulare una fondazione etica ...".

Altra coppia di contrari è quella della prevenzione intesa come espressione di un'idea di 'efficienza' (nel senso di finalità coltivata allo scopo di rendere ottimale l'efficienza del sistema penale) e della retribuzione intesa come espressione del principio di giustizia (che vuole che la pena sia proporzionata al fatto commesso e quindi alla colpevolezza). Senonché anche in tal caso l'assolutizzazione va respinta. L'efficienza non è un connotato esclusivo della prevenzione. Anche la retribuzione intesa come giustizia rende efficiente il sistema, perché, evitando gli eccessi, costituisce il fattore insostituibile di un equilibrato intervento normativo. D'altro canto nemmeno la 'giustizia' è un portato esclusivo dell'idea retributiva; perché anche la prevenzione intesa come efficienza 'giustifica' la pena, in quanto mezzo adeguato al conseguimento del fine: se la pena fosse inutile, diverrebbe per ciò stesso (sostanzialmente) ingiusta.

Non è detto che in specie la prevenzione generale sia da prendere in considerazione in una visione necessariamente meccanicistica, tale da trasformare la condanna dell'uomo in un semplice 'esempio' per il futuro. Il significato della prevenzione generale va colto con riferimento al sistema complessivo. Quindi non necessariamente nel quadro della detta concezione puramente meccanicistica, ma con riferimento alle istanze di individualizzazione che non hanno bisogno di radicarsi nell'etica, in sé per sé presa, ma possono ben trovare fondamento in principi 'giuridici' di orientamento normativo che garantiscano il pieno sviluppo della personalità umana nel rispetto dei valori della rieducatività e dell'umanità della pena.

Valutando pienamente quanto precede, nel dire che le esigenze della prevenzione non debbono soffocare le esigenze della retribuzione, quando si definiscono i presupposti dell'imputazione, i limiti della pena e della sua esecuzione, deve anche precisarsi che non è la prevenzione in assoluto, quanto piuttosto la prevenzione intesa come 'idolatria dell'efficienza' a non dover essere sopravvalutata tanto da ignorare quelle esigenze.

Ora, molto spesso il tono del dibattito in materia è nel senso che, posto il cardine della prevenzione, all'idea della retribuzione e dei suoi corollari si potrebbe concedere un'influenza del tutto marginale, non credendo in definitiva al significato che il profilo della retribuzione contiene, almeno non prestando fede sino in fondo o non avendo consapevolezza della pari dignità che l'idea di efficienza e l'idea di giustizia hanno nella definizione delle strutture del diritto penale.

La concezione della reciproca interdipendenza e limitazione dell'idea preventiva e retributiva va non solo pienamente condivisa in linea programmatica, ma anche seguita coerentemente per evitare deviazioni contraddittorie, comunque pericolose; e ciò anche sul piano dell'esecuzione della pena.

In sintesi e in definitiva, una sensibilità attenta ai principi conduce a evitare che la pur fondamentale istanza 'preventiva' significhi incontrollato inasprimento della pena; e in ogni caso, ove anche una visione 'utilitaristica' spingesse in tal senso, la legge e la sua riforma non dovrebbe esserne influenzata, se non altro perché la nostra Costituzione impone la 'rieducatività' e, soprattutto, la 'umanità' della pena.

9.2. Segue. Ancora sui limiti dell'idea 'preventiva'

Occorre, in altri termini, un ulteriore passo avanti nel cogliere in quali limiti operi l'idea della prevenzione. Analizzando la funzione della pena non

può farsi a meno di constatare che nella legislazione penale moderna, seppure con incertezze e regressi a posizioni di maggiore 'rigore', anche da altra angolazione si è fatta strada una sfiducia crescente per la pena quale puro strumento di intimidazione²⁶. In questa tendenza si situa, recependo tutti gli stimoli precedenti, proprio l'art. 27, comma 3, Cost., là dove stabilisce che le pene non debbono essere contrarie al senso di umanità, altresì prevedendo che esse "devono tendere" alla rieducazione del condannato. La norma sembra sintetizzi sul punto lo spirito dell'intero sistema: conservare l'energia intimidativa della pena nello stretto necessario, indirizzandola per il resto alla funzione di orientare (ovviamente ove ce ne sia bisogno, e nel pieno rispetto delle libertà costituzionali), il comportamento del condannato secondo le esigenze sociali.

Ora, visto che l'azione intimidativa della pena va esercitata nel solo limite dello stretto necessario e che la pena rieducativa presume un soggetto da rieducare, deve dunque puntarsi l'attenzione su quei caratteri che fanno del comportamento e della volontà un comportamento ed una volontà realmente antisociali; in altri termini, dovrebbe convenirsi che pure la funzione della pena nel nostro diritto penale positivo indichi la necessità di accertare le effettive esigenze di rieducazione, con corrispondenti strumenti risocializzanti, circoscrivendo al contempo il raggio d'azione dell'intervento punitivo, non ignorando anzi esaltando il principio di 'umanità'. Dovendo poi tener conto che nell'idea della rieducazione dovrebbe in ogni caso assorbirsi l'altra idea della 'emenda' del reo (spogliata o meno dei riflessi più intimi della 'conversione' dell'uomo al 'bene').

9.3. Il problema della 'neutralizzazione' del reo

Quanto alla finalità di una 'neutralizzazione' del reo²⁷, come espressione della prevenzione speciale, si può anche continuare a negarne il fondamento. Non potendo nondimeno prescindere dalla constatazione che, a fronte del consueto modo di ragionare, la pena viene spesso percepita nell'immaginario collettivo e nella realtà operativa quale strumento da utilizzare perché il 'reo' non venga lasciato libero di circolare, rappresentando un pericolo. Della neutralizzazione sembra nutrirsi la stessa prevenzione speciale, sempre secondo il normale modo di intendere quest'ultima, in particolare in riferimento alle pene accessorie e a ogni sanzione interdittiva.

Come sfuggire d'altronde alla presa di coscienza di una visione 'inquinata' della pena sotto il profilo della 'neutralizzazione' quando si guardi in

²⁶ Per un quadro interessante degli sviluppi della politica penale in materia cfr. NAEGELI, *Il male e il diritto penale*, in *La funzione della pena*, cit., 57 ss.

²⁷ Sulla 'fortuna' attuale dell'idea di 'neutralizzazione' cfr. VIGANÒ, *La neutralizzazione del delinquente pericoloso nell'ordinamento italiano*, in *Riv. it.*, 2012, 4, 1334 ss.

particolare alla consueta esperienza giudiziaria e al comune modo di concepire la custodia cautelare, in particolare quella carceraria?

Occorre perciò tornare a riflettere sul modo e i limiti in cui ci si possa davvero emancipare dalle ritenute esigenze di ‘neutralizzazione’ del reo.

10. Umanità e rieducatività della pena. Il ‘castigo’ quale istanza profonda dell’agire collettivo

Al di là degli scopi di prevenzione (generale e speciale) – e dei limiti imposti dall’idea retributiva – quel che è però sempre in ogni caso da rimarcare è un interrogativo di fondo. Quanto di ‘vivo’ resterebbe di quanto precede (teoricamente pensato o concretamente praticato) ove si assumesse una prospettiva autenticamente innovativa che tenesse davvero conto, come detto, della sanzione penale quale rimedio estremo per finalità compatibili con la rieducazione e comunque non desocializzanti, nel rispetto della ‘umanità’ della sua concezione, previsione ed esecuzione?

L’idea stessa della pena, così come ancor oggi comunicata e discussa, lascia percepire un aspetto ‘primitivo’ della c.d. società evoluta: ancora e sempre “il meccanismo della vendetta” al quale è immanente il profilo essenziale della violenza sul reo e della ‘sua sofferenza’²⁸. Ma: come può l’uomo ‘civilizzato’ davvero insistere nella credenza che il ‘castigo’ in quanto tale sia il rimedio del male? Qualcuno potrebbe meravigliarsi risalendo nei percorsi della sua memoria penalistica all’icastica osservazione di Cesare Beccaria che duecentocinquanta anni fa sentenziava: “il fine della pena non è di tormentare e affliggere un essere sensibile”²⁹; indirizzando invece egli decisamente l’attenzione dei suoi lettori agli scopi preventivi della sanzione.

Il ‘castigo’ in sé trova una sua motivazione convincente soltanto se lo si consideri nell’ottica delle esigenze più profonde e irrazionali dell’uomo. Nel che si annida anche l’idea di una sua qualche ‘giustificazione’. D’accordo, ci si può chiedere al proposito chi possa prescindere da simili istanze profonde. Chi possa depurare la pena da questa ‘sostanza maligna’, per analizzare razionalmente fino in fondo in quali limiti la prevenzione mediante pena abbia senso e con quali strumenti debba essere perseguita. Sennonché, pur non potendo ignorare i contenuti (più o meno) afflittivi connaturati all’applicazione di una pena, e scartata comunque la difficoltà di una risposta edificante all’interrogativo, non dovrebbe al contempo negarsi che la ‘ragione’ imporrebbe un ‘colpo d’ala’. L’uomo del presente e del futuro dovrebbe pensare essenzialmente al modo in cui si possa favorire l’‘adeguamento’ alla regola della condotta che abbia ‘deviato’; a meno di ritenere giusta in sé l’inflizione e

²⁸ Incisivamente sul punto, di recente, cfr. CURI, *I paradossi della pena*, in *Riv. it.*, 2013, 3, 1073 ss.

²⁹ BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Milano, 1973, Ristampa, 53.

quindi la soddisfazione delle istanze proprie della vendetta; oppure non si consideri accettabile il semplice scopo di neutralizzare il 'reo', nell'ipotesi estrema applicando persino la pena di morte.

Viene da osservare che, già ponendosi sul piano delle istanze più profonde (e meno apprezzabili) dell'uomo, dovrebbero quantomeno differenziarsi i casi più rilevanti, collegati alle offese alla vita, all'incolumità ovvero alla libertà personale, rispetto alle quali la reazione sociale può più strettamente portare all'avvertita esigenza della 'detenzione' – se corretto e possibile, non in carcere – rispetto invece a una grande quantità di diverse fattispecie in ordine alle quali la risposta esecutiva potrebbe essere fronteggiata prevedendo sanzioni diverse, come quelle interdittive o prescrittive di cui parleremo in seguito. Molte altre e calzanti osservazioni potrebbero proporsi sul punto. Lo scenario ideale del futuro dovrebbe esser quello del superamento delle condizioni che hanno cagionato il comportamento criminoso, anche imponendo al reo itinerari virtuosi³⁰.

Se tuttavia si prescinde (come occorre prescindere) dall'ipotesi estrema di un intervento legislativo contro il crimine che sia motivato dal puro spirito 'vendicativo', è allo stesso tempo da percorrere la strada che respinga comunque la misura non rieducativa e ancor più quella desocializzante, ma soprattutto la pena e il trattamento che siano contrari al senso di 'umanità'. È questo il limite assoluto di ordinamento. La pena e la sua esecuzione 'inumana' è sicuramente estranea a qualsiasi ragionevole e legittima visione dell'intervento punitivo che sia compatibile con i principi costituzionali.

È in questo senso che si sono mossi i più importanti tra i progetti di riforma, in particolare i progetti di riforma del codice penale dal 1991 in poi (v. *infra*, parte I, cap. I, sez. II, par. 15 ss.).

Il 'morto' delle vecchie idee sulla funzione della pena risiede, come minimo, nel concepirla senza tener conto della esecuzione e del suo significato. La detenzione carceraria è un male per il reo e per la società che la esprime. Solo in *extremis* si dovrebbe ricorrere ad essa. Muovendo dall'esigenza di ristorare la vittima, dovrebbe imporsi 'realmente' ogni misura riparativa; ma,

³⁰ Osserva EUSEBI, *La pena in crisi*, Brescia, 1989, 54: "Liberata la pena dal compito di motivare con la sua afflittività la condotta dei cittadini, verrebbe meno, innanzitutto, l'ostacolo principale che si frappone ad una reale diversificazione delle risposte sanzionatorie e ad una conseguente utilizzazione del carcere, entro l'ambito di tali risposte, come effettiva *extrema ratio* (cui fare ricorso, essenzialmente, per un'esigenza di difesa sociale, allorché, nel caso di reati gravi, sussista il pericolo di una reiterazione delle condotte criminose). Nel medesimo contesto, le sanzioni potrebbero assumere forme orientate in senso *sostanziale* – e non puramente *ideologico* – alla composizione della frattura indubbiamente prodotta dal reato, con riguardo ai rapporti interpersonali e all'affidamento riposto dai cittadini nell'osservanza del diritto. E ciò, fra l'altro, potrebbe condurre a rivalutare gli interessi stessi della vittima (paradossalmente, la 'grande trascurata' del diritto penale retributivo), come pure a valorizzare, in un'accezione lontanissima dalla logica tradizionale, quella disponibilità all'*espiatione* – vale a dire ad un impegno costruttivo per la promozione del bene giuridico offeso – che spesso il condannato addirittura rivendica rispetto alla avvilente inutilità della pena inflittagli".

ciò premesso, la regola dell'intervento dovrebbe essere nel senso di privilegiare la misura non detentiva, escludendo ogni profilo di una superata visione della retribuzione 'vellicante' lo spirito vendicativo dei singoli e della collettività.

Ma, ancora una volta, questo può essere soltanto l'auspicabile futuro, rimanendo fermo l'interrogativo, che il presente legittima, di quali siano le prospettive concrete del nostro sistema.

11. I tentativi di limitare il ricorso alla pena. I nuovi rimedi: dalla repressione del reato alla prevenzione del medesimo mediante presidi cautelari

Allo scopo di limitare il ricorso alla pena, con vantaggi per il contrasto della criminalità, lodevoli iniziative anche recenti del legislatore fanno accompagnare (anzi precedere) la disciplina repressiva da altra di natura preventiva. Basterebbe richiamare due esempi di centrale importanza: il diritto penale del lavoro, con i relativi decreti legislativi (da ultimo il d.lgs. n. 81/2008 con relative integrazioni) e il diritto penale della pubblica amministrazione con la l. n. 190/2012 in materia dei reati dei pubblici ufficiali. Altro esempio di grande impatto sotto il profilo della prevenzione va considerato il d.lgs. n. 231/2001 nel sollecitare la corretta organizzazione preventiva degli enti configurandola come causa di esclusione della responsabilità da reato.

Di certo, se la disciplina che punta alla prevenzione dei fatti di reato mediante la predisposizione di presidi cautelari fosse ben concepita, impiantata e desse buoni risultati, il problema della 'pena' quale strumento di repressione, sarebbe fortemente ridimensionato. Allo stato mancano riscontri conclusivi nel senso di un'efficacia davvero significativa in tal senso dei sistemi preventivi concepiti dalla legge.

In altri termini, lo stesso impianto delle misure preventive deve essere debitamente 'misurato', anche se la strada tracciata dalla idea della prevenzione rimane essenziale, ma apparendo molto lunga da percorrere. Essa presuppone una capacità organizzativa rilevante con l'esigenza di fronteggiare ostacoli consistenti e di superare se non rifondare radicalmente, strutture assolutamente inadatte. Il mutamento di mentalità, che pregevolmente essa promuove, richiede molto tempo perché possa radicarsi con risultati sensibili. A meno di sorprese (piacevoli), è da respingere l'illusione che nel breve termine la legislazione preventiva dia un contributo risolutivo al programma di riassetto del sistema dal punto di vista della previsione e applicazione della pena, con i relativi gravissimi problemi dal punto di vista della sua esecuzione. La mancata soluzione dei quali ha portato alla condanna dell'Italia da parte della Corte Edu, da ultimo con la nota sentenza *Torreggiani*.

12. *Gli indesiderati effetti pratici dell'eccesso nel ricorso allo strumento della pena. La depenalizzazione in astratto e in concreto. Un 'recente' progetto di riforma e la l. 28 aprile 2014, n. 67*

Al di là del rispetto del principio della pena intesa quale *extrema ratio*, l'eccesso nel ricorso alla medesima ha condotto a effetti pratici indesiderati e deplorabili, in particolare all'intasamento della giustizia penale e all'ingolfamento delle carceri con la conseguenza di esecuzioni in contrasto con il senso di umanità e i diritti del detenuto.

Come risaputo da ognuno, più volte il legislatore ha cercato di risolvere il problema del sovraccarico dei procedimenti penali e delle esecuzioni corrispondenti, concependo un'opera più o meno estesa di depenalizzazione. Importanti Commissioni ministeriali si sono occupate della revisione della materia penale, con progetti di attenti ed ampi interventi, ma gli stessi non hanno avuto seguito in misura soddisfacente.

I corpi normativi, che sono stati varati, non hanno se non marginalmente (o quasi) intaccato la estensione del 'penale'; anzi, quest'ultima è forse complessivamente aumentata per effetto di ripenalizzazioni e/o nuove penalizzazioni.

A meno dall'essere smentiti dai prossimi sviluppi del sistema non può negarsi che il legislatore solo 'teoricamente' sia apparso finora interessato a una vera e significativa depenalizzazione. Il legislatore si è in realtà mostrato poco incline ad astenersi dal brandire un'arma di facile 'pubblicizzazione'. Poco conta, almeno nell'immediato, l'espressione di una volontà di cambiamento priva di veri riscontri; rimanendo perciò intoccato l'uso tradizionale della norma penale, che è quello della minaccia, dello 'spauracchio'. Gli effetti che ricadono sull'imputato sono sbilanciati, non poche volte eccessivi, estranei a una logica costruzione del sistema delle sanzioni, conforme a Costituzione.

Da ultimo, tuttavia, un progetto in materia³¹ ha cercato di inaugurare una nuova stagione del sistema penale.

Sotto il profilo della c.d. depenalizzazione in astratto il progetto faceva riferimento anzitutto alle fattispecie che già per la tipologia delle pene appaiono prive della gravità necessaria per definirle 'penali' in senso stretto; escludendo altresì le figure "desuete o non più conformi ai principi di laicità e pluralismo del nostro ordinamento costituzionale". Sotto l'altro profilo della c.d. depenalizzazione 'in concreto' il progetto prevedeva un'estensione della punibilità a querela, l'esclusione della procedibilità per la particolare tenuità del fatto, l'estensione dell'oblazione ai delitti, l'estinzione del reato a seguito del compimento di condotte riparatorie e all'adempimento di prescrizioni.

³¹ Mi riferisco al progetto presentato dalla Commissione Fiorella nominata dal Ministro della Giustizia, Prof.ssa Severino, per la revisione del sistema penale (23 aprile 2013).

Questa linea di sviluppo del sistema ha ottenuto un esito importante che la concretizza e la valorizza. Con la nuova legge in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio (l. n. 67/2014), il legislatore ha mostrato di voler percorrere con maggiore decisione la strada, tracciata dal ricordato progetto ministeriale del 2013, di un intervento che ha condotto, davvero e incisivamente, a dare inizio a una politica di decarcerizzazione. Non è stata ancora attuata la delega avente ad oggetto la previsione di sanzioni diverse, in particolare della reclusione e dell'arresto domiciliari, nonché del lavoro di pubblica utilità; ma è stata seguita la scelta di prevedere la non punibilità di condotte sanzionate anche con pene detentive elevate (non superiori nel massimo a cinque anni) "quando risulti la particolare tenuità dell'offesa e la non abitudine del comportamento"; della abrogazione di alcuni reati, con trasformazione di altri in illeciti amministrativi o civili; della possibilità di estinguere il reato per il quale sia irrogata la sola pena pecuniaria mediante il pagamento, anche rateizzato, di un importo pari alla metà della stessa; viene prevista anche la sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato.

La recentissima l. 23 giugno 2017, n. 103 (c.d. Riforma Orlando) ha da ultimo portato avanti il progetto ministeriale del 2013 prevedendo l'effetto estintivo delle condotte riparatorie (v. *infra*, parte IV, cap. II, par. 6 b) in ciò facendo ulteriormente maturare il percorso 'depenalizzante' (in concreto) del nostro sistema, delegando, nella stessa direzione di marcia, il governo ad estendere l'area della procedibilità a querela di parte, con altre misure sempre tendenti a render possibile la fuoriuscita dell'imputato dal circuito 'penale' [v. al proposito la delega alla riforma del casellario giudiziale, con esclusione dell'iscrizione della causa di non punibilità prevista dall'art. 131 *bis* c.p. (v. *infra*, parte IV, cap. II, par. 4)], mostrando molta sensibilità verso una revisione profonda e 'garantistica' del sistema delle misure di sicurezza, con delega al riguardo al Governo, ma, al contempo, ha previsto aumenti di pena per alcune fattispecie incriminatrici, ha inasprito la disciplina della prescrizione, confermando il già rilevato orientamento 'ondivago' delle riforme.

Tuttavia sembra pregevole che il riformatore del 2017 abbia comunque conservato una qualche coerenza tra spinte verso un alleggerimento e altre verso un inasprimento del sistema. Con una serie di provvedimenti che supportano la tendenza a governare il sistema penale prospettando all'imputato vie significative di regresso dal meccanismo punitivo; in ciò realizzando o iniziando a meglio realizzare il fine rieducativo della pena.

Sempre nell'ottica della depenalizzazione in concreto, la riforma Orlando contiene una delega al Governo per un'estensione della procedibilità a querela per alcuni reati contro la persona e il patrimonio.

In ogni caso e in conclusione rimane che una simile lodevole direttrice di marcia non può appagare, ma deve far da staffetta per un "nuovo dise-

gno del sistema complessivo”, evitando di costituire un intervento settoriale, con effetti insufficienti.

13. *Le cause estintive, in particolare quelle legate all'adempimento. Le c.d. misure 'svuota-carceri'*

Sulla strada virtuosa del cambiamento di sistema si incontrano i rimedi che dovrebbero essere 'eccezionali', vale a dire le 'cause estintive' del reato e della pena diverse da quelle legate allo scopo di una rieducazione del reo (artt. 150 ss. c.p.); mezzi tradizionalmente utilizzati per combattere l'ingolfamento delle carceri, rinunciando all'accertamento del reato e/o alla punizione.

In particolare, sono storicamente utilizzate l'amnistia e l'indulto, con le costanti e conosciute polemiche al proposito. Né, al momento, mancano voci, ispirate a sano realismo, che mettono in rilievo come il problema specifico posto dalla sentenza Torreggiani vada intanto fronteggiato con un procedimento di amnistia e/ o indulto.

Tra le cause estintive, la più importante (e forse la più discussa) rimane quella della prescrizione, per la quale sono state formulate diverse ipotesi di una nuova disciplina. È stato varato nel 2013 un progetto del Ministero della Giustizia che cercava di bilanciare al meglio l'esigenza dell' 'estinzione' (al decorso di un tempo congruo) con l'altra di evitare che la prescrizione impedisca la celebrazione e l'ultimazione dei processi, soprattutto quando si tratti di reati la cui repressione e prevenzione sia di grande importanza sociale³². La Legge Orlando, nel far propri aspetti qualificanti del progetto, non ne riprende però il disegno complessivo, concependo per lo più un'estensione dei tempi di prescrizione (v. *infra*, parte IV, cap. II, sez. II)³³.

Ma, in ogni caso, nessun commentatore che voglia rimanere aderente alla realtà può ragionevolmente negare che il ricorso alla prescrizione resta nel nostro sistema una delle modalità principali di contenimento del carico giudiziario penale. Anche coloro che astrattamente combattono la disciplina che ammette la prescrizione, finiscono con il dover ammettere, allo stato, che tale causa estintiva è assolutamente necessaria alla sopravvivenza del sistema.

Tra le cause estintive, appaiono concepite utilmente quelle che si fondano sull'adempimento di prescrizioni 'risanatrici' imposte dall'autorità.

Per risolvere il problema del sovraffollamento il legislatore si è servito da ultimo anche del noto provvedimento c.d. 'svuotacarceri' (d.l. 23 dicembre 2013, n. 146 – l. conversione, 21 febbraio 2014, n.10), in particolare con effetti sulla 'liberazione anticipata'; ma la riduzione del sovraffollamento ha prodotto un risultato considerato del tutto inadeguato dalla citata sentenza Torreggiani della Corte di Strasburgo.

Altri provvedimenti escludono il ricorso al carcere, per l'estensione delle ipotesi di detenzione domiciliare e altre misure, secondo quanto è previsto anche dalla l. n. 67/2014 prima ricordata.

³² Si tratta del progetto elaborato dalla Commissione presieduta dal Prof. Fiorella, che il 23 aprile 2013 presentò una proposta di riforma della disciplina vigente in tema di prescrizione del reato.

³³ È peraltro da osservare che la riforma Orlando introduce alcune disposizioni che sono funzionali al rispetto del principio di ragionevole durata del processo.

14. 'Minaccia' e 'conciliazione', 'sanzione' e 'premio'. Le contraddizioni del diritto penale in trasformazione. Segue. L'esecuzione 'concordata' e la risocializzazione del reo. Il ritorno alla legalità. Il problema delle misure di sicurezza

Per stabilire più esattamente il da farsi, occorre anche pragmaticamente porsi il problema dei limiti di attivazione di procedimenti di 'conciliazione' e 'mediazione'³⁴, più in generale dei limiti in cui sia di pratica utilità cercare una sorta di 'accordo' con il reo, nelle diverse fasi e prospettive.

C'è da dire che al fondo dei significati del nostro sistema penale "allo stato" sembra spesso in definitiva emergere, per la sua pratica applicazione, una sorta di dialettica che corre tra la minaccia sempre più esasperata della pena e il 'patteggiamento' con il reo, inteso in senso ampio, nella sua applicazione ed esecuzione.

Insomma, il diritto penale in trasformazione appare spesso in contraddizione con se stesso. La realtà è che, continuando a far capolino la logica del 'terrore', come detto, il sistema sembra irrigidirsi e spesso far la faccia feroce, come accade anche con la legge Orlando, pregevole per altri versi, con figure di reato in aumento e pene metodicamente innalzate. Tanto che lo sguardo arcigno dello stato totalitario, che dovrebbe trasparire in controluce nel sistema originario del codice Rocco, rischia di dover essere persino rivalutato sullo sfondo della inclemente progressione geometrica dell'aumento dei limiti edittali delle sanzioni cui spesso fa ricorso il legislatore democratico; fatti salvi, poi, gli interventi di depenalizzazione e di diversa correzione del sistema sanzionatorio che talvolta, come oggi appare, allentano la stretta sanzionatoria, talvolta la ripropongono, ripenalizzando o aggravando la pena.

La difficoltà giudiziaria nel fronteggiare le esigenze di celebrazione dei procedimenti induce a ulteriori aumenti delle pene, per ottenere l'effetto parallelo di un allungamento dei termini della prescrizione. Al medesimo effetto induce la ritenuta esigenza di innescare i presupposti delle misure cautelari.

Ma al contempo – come detto – le contrapposte esigenze della gestione dei processi inducono a servirsi della prescrizione come 'valvola di sicurezza', per evitare il collasso degli uffici, a selezionare i procedimenti in deroga al principio di obbligatorietà dell'azione penale, a 'contrattare' con il reo la rapida conclusione dei procedimenti e, sul piano esecutivo, a patteggiare sulle modalità e durata della detenzione per riuscire a governare un sistema che altrimenti esploderebbe, con conseguenze ancor più devastanti di quelle che normalmente vengono pubblicizzate.

All'insostenibile carico delle esecuzioni con i noti problemi di alloggiamento e trattamento che hanno condotto all'esito della sentenza Torreggiani, si reagisce con un moto di sorpresa che manca di considerare la necessità di abbandonare la logica della detenzione, per affrontare finalmente in modo razionale il futuro della 'pena'. Non dimenticando naturalmente i problemi conseguenti, i tentativi di congegnare sanzioni diverse dalla pena finiscono spesso con l'infrangersi già nella difficoltà di rinvenire gli organi giudicanti preposti alla loro applicazione, e poi, nella man-

³⁴ Le prospettive della giustizia riparativa e della mediazione sono ben segnalate dalla monografia della MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, 2003.