

IL PERCHÉ DI QUESTA INTRODUZIONE AL DIRITTO PENALE: CONFESSIONI DI UN VIGENTISTA

Le pagine che seguono nascono da un'esigenza che nel tempo, soprattutto a livello didattico, si è fatta sempre più pressante, e cioè dalla necessità di delineare l'essenza di ciò che caratterizza la reazione sanzionatoria afflittiva ad un illecito che esprime un disvalore significativo: insomma, occorre dare una risposta alla domanda "perché e cosa significa punire?".

Inizialmente, più di venti anni fa, l'indagine si è concentrata sul diritto penale, vale a dire su quella branca dell'ordinamento vigente che punisce una serie di illeciti (i reati) con le pene principali previste dall'art. 17 c.p. Tuttavia, muovendo proprio dal diritto vigente, ci si è resi immediatamente conto che la riflessione non poteva limitarsi al diritto penale, perché, a ben vedere, all'interno del nostro ordinamento sono presenti una pluralità di sottosistemi che impiegano sanzioni diverse dalla pena ma comunque afflittive: si pensi agli altri illeciti punitivi, come quello amministrativo e quello civile, oppure ai sistemi preventivi delle misure di sicurezza e delle misure di prevenzione. Da qui l'idea di fare riferimento al diritto punitivo come *genus*.

D'altra parte, una volta tracciato il sistema vigente, ci si è resi conto che l'indagine risultava ancora molto parziale e limitata. Da un punto di vista storico, infatti, l'impiego di sanzioni che affliggono i destinatari è sempre esistito e tuttavia ha mostrato caratteri e connotati ben diversi da quelli odierni, tant'è vero che si parla di vendetta, o, meglio ancora, di "sistemi di vendetta" contrapposti al nostro sistema "pubblico" caratterizzato dal monopolio della violenza nelle mani dello Stato. Si è imposta allora una ricerca a carattere anche storico non solo sulla vendetta, ma più in generale sul potere punitivo, ricerca dalla quale sono emersi due dati di grandissimo interesse. Da un lato, vendetta e pena, presentati modernamente co-

me diversi se non addirittura contrapposti, in realtà, nella loro essenza, risultano molto simili, e ciò che li assimila è l'impiego della violenza; dall'altro lato, nonostante questa affinità, si tratta comunque di sistemi diversificati, non foss'altro per la circostanza che la vendetta è tra privati o comunque è "gestita" dalla società, mentre la pena è impiegata da organizzazioni istituzionalizzate consistenti oggi nello Stato: insomma, vendetta e pena non si differenziano per la violenza, ma per la sua collocazione e gestione. Ecco allora emergere un risultato di grande rilievo per la nostra indagine orientata all'essenza: l'impiego della violenza è ciò che contraddistingue il potere punitivo, rispetto al quale si può distinguere tra un potere punitivo privato/sociale e un potere punitivo pubblico/statale.

Questo passaggio, se ha consentito di delineare con maggiore precisione l'oggetto della nostra indagine, si è rivelato ancora una volta del tutto parziale. Ed infatti, a ben vedere, proprio l'incontro "moderno" tra violenza e potere punitivo pubblico, se, da un lato, ha determinato un indubbio progresso nel limitare l'espansione incontrollata della violenza, dall'altro lato, però, è stato alla base delle grandi catastrofi del Novecento, vale a dire di un impiego così illimitato ed eccedente della violenza che ha indotto a qualificare tale utilizzo addirittura come criminale. Ecco allora che, tornando all'oggi, non ha molto senso parlare di violenza e potere punitivo senza confrontarsi con ciò che costituisce la vera, grande innovazione della modernità, vale a dire il costituzionalismo, nato proprio con l'obiettivo di porre limiti alla politica e al potere punitivo e quindi alla violenza. Da qui l'esigenza di interrogarsi sul significato del costituzionalismo per il diritto penale, un significato che va ben oltre l'enunciazione di principi di garanzia, ma che si fa controllo della politica e limite effettivo alla violenza ovvero giustiziabilità dell'esercizio del potere che implica violenza, potendosi forse arrivare addirittura ad affermare che la penalità si è configurata propriamente diritto nel momento in cui è divenuta suscettibile di un controllo che la delimita.

E tuttavia il percorso non era ancora esaurito. A ben vedere, infatti, proprio anche grazie al costituzionalismo, si deve osservare come tema di oggi sia un qualcosa che è destinato a gestire la conflittualità che sta alla base degli illeciti gravi in termini decisamente diversi dall'impiego della violenza: si tratta della giustizia riparativa, di un sistema cioè orientato alla conciliazione ovvero all'incontro effettivo tra i protagonisti della vicenda criminosa per superare le cause del conflitto e le ragioni di un'ostilità divenuta ormai reciproca.

Ecco allora che si è stagliata la seguente immagine, per cui l'essenza del punire, vale a dire ciò che chiameremo penalità, si compone a ben vedere di due grandi forze: da un lato, la forza che consiste nell'impiego della violenza, vale a dire una forza senza pari, potenzialmente illimitata e che quindi non esito a definire addirittura ingiusta in ragione del rischio di eccesso e di abuso che porta fisiologicamente in sé; dall'altro lato, si colloca la forza dei limiti a questa violenza, vale a dire il costituzionalismo, che proprio nel momento in cui pone limiti a questa violenza, la rende legittima creando giustizia e fondando addirittura un sistema di giustizia che è altro dalla violenza, vale a dire la giustizia riparativa.

Vedendo le cose da altra prospettiva, potremmo dire che oggi, sotto la grande custodia del costituzionalismo, la penalità è costituita da due grandi sistemi: la giustizia vendicativa basata sulla violenza e che conosce limitazioni, e quella riparativa, non più violenta.

Proprio perché orientato al tentativo di comprendere l'essenza del diritto penale, questo libro è destinato pertanto non solo agli allievi e agli studenti che si avvicinano per la prima volta al diritto penale; non solo agli operatori del diritto come avvocati, magistrati, appartenenti alla polizia giudiziaria o alle forze di pubblica sicurezza e, perché no, ai politici, vale a dire a coloro che ogni giorno concorrono alla gestione della penalità; ma anche alla singola persona che, pur sprovvista di strumenti rigorosamente tecnici, risultando potenziale destinataria della penalità sia come autore che come vittima, è intenzionata a capire cosa sia questa particolare forma del diritto basata sulla violenza, indispensabile per difendere la società dalle aggressioni offensive di beni significativi, ma dalla quale occorre anche difendersi contro possibili abusi da parte di coloro che la utilizzano proprio per difendere la società.

In conclusione, mi sia consentito ringraziare il prof. Francesco Cingari e i dottori Davide Bianchi, Federica Helferich, Marta Pascale e Federico Valente, non soltanto per il prezioso aiuto che mi hanno offerto nella revisione del lavoro, ma soprattutto per il dialogo che mi consentono di intessere quotidianamente con loro, sempre prodighi di curiosità e consigli.

Firenze, 28 febbraio 2022

Roberto Bartoli

CAPITOLO I

I CARATTERI DISTINTIVI DELLA PENALITÀ: SANZIONE AFFLITTIVA, TIPICITÀ, POTERE PUNITIVO

SOMMARIO: 1. Le peculiarità della penalità rispetto alle altre branche del diritto. – 2. Le peculiarità estrinseche. Inesistenza di una specifica materia della penalità. – 2.1. La penalità come sistema soltanto di norme negative ovvero di illeciti. – 3. Le peculiarità intrinseche: i caratteri distintivi delle norme negative ovvero dell'illecito della penalità. – 3.1. La sanzione afflittiva. – 3.2. La tipicità. – 3.3. Il potere punitivo.

1. Le peculiarità della penalità rispetto alle altre branche del diritto

La penalità, vale a dire la reazione sanzionatoria a fatti illeciti che esprimono un significativo disvalore (ad es. omicidio, furto, rapina, violenza sessuale), presenta alcune caratteristiche che la differenziano nettamente dagli altri settori giuridici (diritto civile, diritto amministrativo, diritto costituzionale, etc.).

In particolare, la penalità presenta tre peculiarità. Due si possono definire estrinseche, mentre una è intrinseca. Per quanto riguarda le due peculiarità estrinseche, da un lato, la penalità non è identificabile sulla base di una specifica materia che disciplina ovvero sulla base dell'oggetto di disciplina; dall'altro lato, la penalità è costituita soltanto da norme negative ovvero da illeciti, da fatti cioè che non si devono compiere.

La terza peculiarità, intrinseca, consiste nella circostanza che le norme negative che costituiscono la penalità presentano a loro volta tre caratteri distintivi e identificativi: una particolare sanzione sia sul piano del contenuto, che deve essere afflittiva, sia sul piano della funzione, definibile come polifunzionale; una peculiare formulazione della norma,

vale a dire del precetto, basata sulla descrizione analitica del fatto illecito e più precisamente sulla tecnica della c.d. tipicità forgiante il tipo criminoso; ed infine un particolare potere che “gestisce” la sanzione e il precetto e che quindi prevede applica ed esegue la penalità, potere oggi concentrato nelle mani pubbliche ovvero nelle mani dello Stato.

2. Le peculiarità estrinseche. Inesistenza di una specifica materia della penalità

La prima caratteristica estrinseca ha una consistenza – per così dire – in negativo e risiede nel fatto che mentre tutte le altre branche del diritto si identificano attraverso la materia che disciplinano e più precisamente sulla base del tipo di rapporto oggetto di normazione, la penalità invece non s’identifica sulla base della materia regolata dal divieto o dal comando. Ed infatti, nonostante una certa flessibilità e relatività dei confini, si può dire che il diritto civile ha ad oggetto i rapporti che intercorrono tra i soggetti privati; le relazioni tra soggetti pubblici sono disciplinate dal diritto pubblico o dal diritto costituzionale, mentre le relazioni tra soggetti privati e soggetti pubblici, nonché tra organizzazioni della pubblica amministrazione, sono regolate dal diritto amministrativo; il diritto internazionale disciplina i rapporti tra gli Stati, e così via.

Diversamente, non è possibile parlare di una “materia” specifica e identificativa della penalità. A ben vedere, la penalità si può occupare e si occupa di tutto, con la conseguenza che di per sé la materia non è in grado di identificarla. Così, ad esempio, nell’ambito del diritto penale vi sono norme che hanno ad oggetto le relazioni tra privati (si pensi ai delitti contro la persona o contro il patrimonio), come vi sono norme che riguardano il rapporto tra funzionari pubblici e pubblica amministrazione oppure tra quest’ultima e soggetti privati (si pensi ai delitti contro la pubblica amministrazione). Ancora più a fondo, non solo la penalità si occupa di tutto, ma a ben vedere si occupa di tutto perché in realtà non ha ad oggetto alcun rapporto tra soggetti, caratterizzandosi piuttosto per il modo particolare di disciplina: la penalità è costituita soltanto da illeciti, vale a dire da fatti che non si devono compiere. E non da qualsiasi illecito, ma da un illecito caratterizzato da una particolare san-

zione e da particolari modalità di lesione, come avremo modo di vedere quando parleremo dei caratteri distintivi intrinseci dell'illecito della penalità.

2.1. La penalità come sistema soltanto di norme negative ovvero di illeciti

In secondo luogo, sempre da un punto di vista estrinseco, la penalità si differenzia dalle altre branche del diritto perché mentre queste ultime sono costituite sia da norme positive che da norme negative, la penalità è costituita invece soltanto da norme negative.

1) Nell'affrontare questo punto occorre aprire una premessa/parentesi di teoria generale delle norme. Il diritto *tout court* ha come scopo quello di influire sui comportamenti dei consociati. Tale scopo viene perseguito mediante norme che indicano i comportamenti da tenere o non tenere, nonché le conseguenze derivanti dalla realizzazione o mancata realizzazione dei comportamenti indicati dalle norme, dovendosi osservare come sia proprio l'indicazione delle conseguenze che finisce per influire sui comportamenti.

In particolare, il diritto può utilizzare due modelli di norme che si basano su differenti modelli comportamentali come anche su differenti conseguenze. Da un lato, vi sono le norme positive che prevedono comportamenti che l'ordinamento ha interesse che si realizzino e che producono conseguenze positive; dall'altro lato, vi sono le norme negative che invece prevedono comportamenti che l'ordinamento ha interesse che non si realizzino e che producono conseguenze negative.

A) Le norme positive inducono i consociati a tenere il comportamento in esse descritto. Lo strumento che esercita questa forza induttiva è la prospettazione di conseguenze positive, per cui se il destinatario vuole conseguire determinati effetti positivi, deve adottare comportamenti conformi ai modelli prospettati. Non solo, ma se il soggetto adotta il comportamento indicato, l'ordinamento garantisce il vantaggio della tutela dell'interesse perseguito da chi ha operato secondo i modelli predisposti dall'ordinamento stesso. Esempio di norme positive sono i molteplici schemi contrattuali (compravendita, comodato, etc.): tenendo i comportamenti descritti nello schema contrattuale di compravendita un soggetto trasferisce la proprietà di una cosa verso il corrispettivo di un prezzo

(art. 1470 c.c.), determinandosi uno scambio e il soddisfacimento dei reciproci interessi. Inoltre, a chiusura del sistema, l'ordinamento garantisce una tutela, là dove l'interesse perseguito con il comportamento conforme al modello positivo venisse frustrato dall'altro contraente, attraverso la possibilità di attivare pubblici poteri a carattere anche coercitivo. E potremmo compiere molti altri esempi, per cui sono norme positive le modalità di redazione di un testamento o le norme che disciplinano un bando pubblico o una gara di appalto.

Il carattere positivo di queste norme è – per così dire – duplice. Da un lato, positivi sono gli effetti prospettati e che conseguono alla realizzazione del comportamento indicato dalle disposizioni; dall'altro lato, positiva è la valutazione compiuta dall'ordinamento sul comportamento che si incentiva. In particolare, sotto quest'ultimo profilo a carattere più sostanziale, si deve osservare come i comportamenti siano valutati in termini positivi perché essi consentono di soddisfare gli interessi di tutti i soggetti che tengono il comportamento indicato. I modelli positivi di comportamento orientano e garantiscono il temperamento degli interessi secondo linee predefinite proprio al fine di garantire tale temperamento. Insomma, le norme positive sono tali perché capaci di soddisfare gli interessi di entrambi i soggetti che entrano in rapporto. Se pertanto latente al rapporto tra i soggetti v'è nella sostanza un potenziale conflitto, questo potenziale conflitto viene – per così dire – composto anticipatamente attraverso modelli comportamentali positivi che agevolano accordi soddisfacendo così gli interessi di entrambi.

Le norme positive, proprio perché prospettano modelli di comportamento positivi, svolgono la funzione di orientare la libertà dei soggetti e di promuovere lo sviluppo delle relazioni sociali, permettendo a ciascun consociato di muoversi liberamente nella rete di questi rapporti sociali e di soddisfare i propri interessi e quelli altrui. La regola positiva, inducendo all'accordo, non limita, ma incentiva la libera manifestazione della volontà dei singoli nel provvedere al soddisfacimento dei propri bisogni, garantendo lo svolgimento delle relazioni tra privati.

B) Le norme negative operano in modo opposto a come operano le norme positive, in quanto disincentivano i consociati dal tenere determinati comportamenti, limitandone la libertà. Lo strumento per produrre tale effetto dissuasivo è la prospettazione di conseguenze negative: mediante la minaccia di una attività destinata a comprimere determinati interessi e sorretta dall'uso coercitivo della forza, si induce il soggetto

ad astenersi dal porre in essere alcuni comportamenti. La violazione delle norme negative dà luogo a fatti illeciti. Esempi di norme negative sono l'illecito contrattuale, gli illeciti amministrativi derivanti dalla violazione di discipline amministrative, l'illecito extracontrattuale, come anche l'illecito della penalità, l'espressione più significativa del quale è costituita dall'illecito penale ovvero dal reato.

La negatività di queste norme è duplice: negativi sono gli effetti che nella sostanza ledono alcuni interessi, ma negativa è anche la valutazione che l'ordinamento compie rispetto al comportamento vietato, essendo un comportamento che nel soddisfare l'interesse dell'autore compromette un interesse altrui, con la conseguenza che l'ordinamento non prende nemmeno in considerazione l'interesse che sta alla base dell'autore dell'illecito, mentre attribuisce prevalenza all'interesse che viene compromesso dalla realizzazione del comportamento che non si doveva realizzare. Le norme negative prevedono comportamenti che se posti in essere danno luogo essi stessi a un conflitto che l'ordinamento non vuole che si realizzi.

Le norme negative, proprio perché prospettano modelli di comportamento negativi, svolgono la funzione di limitare la libertà dei soggetti e di impedire la realizzazione di determinati comportamenti/fatti. Nel soddisfacimento dei propri bisogni il destinatario della norma non può realizzare determinati comportamenti, anche perché si tratta di comportamenti che non si combinano con gli interessi altrui, ma piuttosto li compromettono. Quindi per soddisfare i propri interessi il soggetto deve tenere comportamenti diversi da quelli indicati, con la conseguenza che le norme negative pongono limiti alla libertà del soggetto.

2) Chiusa questa premessa/parentesi, si deve osservare come mentre le altre branche del diritto sono costituite sia da norme positive che negative, la penalità è invece costituita soltanto da norme negative.

Ed infatti, nel diritto civile, accanto alle norme positive che, come abbiamo visto, disciplinano i contratti, vi sono anche le norme negative che disciplinano la responsabilità contrattuale (art. 1218 c.c.) e quella extracontrattuale (art. 2043 c.c.). Parimenti, nel diritto amministrativo, accanto alle norme positive che disciplinano l'attività amministrativa, vi sono anche le norme negative che disciplinano gli illeciti amministrativi (si pensi alla sanzione di esclusione da un bando di gara). Ed ancora una volta potremmo continuare per ogni branca del diritto (pubblico, europeo, internazionale, etc.).

Questa coesistenza di norme positive e negative nella unitaria disciplina di determinati rapporti sociali non deve meravigliare, ma costituisce un'inevitabile conseguenza della stessa esigenza di disciplina posta da tali rapporti. Ed infatti, se, da un lato, l'ordinamento pone norme positive per consentire ai consociati di perseguire i propri interessi, dall'altro lato, l'ordinamento avverte anche l'esigenza di porre norme negative a chiusura – per così dire – del sistema. Così, ad esempio, se si prevedono le norme positive volte a conferire validità ed efficacia al contratto, si pone poi anche la necessità di prevedere norme negative relative alla responsabilità derivante dall'inadempimento del contratto.

All'interno della penalità, invece, si trovano soltanto norme che hanno un contenuto negativo: nel diritto penale, si pensi ai delitti di omicidio, furto, violenza sessuale, etc.; nell'illecito punitivo amministrativo e in quello punitivo civile, si pensi ai numerosi reati che nel tempo sono stati depenalizzati, vale a dire trasformati da illeciti sanzionati con pene a illeciti sanzionati con conseguenze diverse dalla pena ma pur sempre afflittive, come il pagamento di una somma di denaro allo Stato. E alle norme negative fanno riferimento anche quelle sanzioni afflittive che tuttavia non svolgono una funzione propriamente punitiva, quanto piuttosto preventiva, vale a dire le misure di sicurezza e le misure di prevenzione.

Insomma, e concludendo, se con le norme positive l'ordinamento dice al consociato: per perseguire il tuo interesse adotta questo comportamento; se con le norme negative che vietano di violare gli accordi conclusi attenendosi alle norme positive l'ordinamento dice al consociato: per perseguire il tuo interesse rispetta gli accordi e sottostai ai limiti che ti sei dato nel momento in cui hai assunto impegni verso l'altro, poiché se non rispetti gli accordi vai incontro a conseguenze negative; con le norme – per così dire – direttamente negative che vietano comportamenti unilateralmente offensivi di interessi l'ordinamento dice al consociato: per perseguire il tuo interesse non puoi agire in questo modo, ma devi agire in altro modo.

3. *Le peculiarità intrinseche: i caratteri distintivi delle norme negative ovvero dell'illecito della penalità*

Se è vero che la penalità non s'identifica sulla base del rapporto oggetto della disciplina, ma sulla base del modo di disciplina, costituito dall'impiego di norme soltanto negative, tuttavia è anche vero che, come accennato, norme negative e fatti illeciti sono presenti anche nelle altre branche del diritto che si identificano attraverso il tipo di rapporto disciplinato. Insomma, nel diritto civile convivono sia norme positive che incentivano comportamenti positivi, sia norme negative che prospettano comportamenti che non si devono realizzare.

Stando così le cose, ci dobbiamo allora chiedere se le norme negative presenti nella penalità siano identiche a quelle negative che caratterizzano le altre branche del diritto oppure presentino delle peculiarità. Detto diversamente: l'illecito della penalità è identico all'illecito civile o a quello amministrativo oppure si contraddistingue per determinati caratteri distintivi? E se non risulta identico agli altri illeciti, in cosa consiste e quindi in cosa si caratterizza l'illecito della penalità?

Ebbene, le norme negative ovvero gli illeciti della penalità non sono identici alle norme negative delle altre branche del diritto ovvero all'illecito civile o amministrativo, etc., in quanto l'illecito delle penalità presenta alcuni caratteri distintivi che lo differenziano dagli altri illeciti.

In estrema sintesi, i caratteri che distinguono l'illecito della penalità dagli altri illeciti e lo caratterizzano, sono essenzialmente tre: anzitutto, la particolare sanzione, vale a dire la sanzione afflittiva, vero e proprio marchio di fabbrica dell'illecito della penalità; in secondo luogo, e potremmo dire conseguentemente, la particolare modalità di descrizione normativa del precetto ovvero del fatto illecito, consistente nella descrizione analitica e più precisamente nella c.d. tipicità; infine, l'illecito della penalità, implicando l'impiego della violenza attraverso la sanzione e la scelta dei valori/interessi da tutelare, è connesso a un particolare potere, il potere punitivo, rispetto al quale si pone un problema nella scelta e individuazione del "soggetto" titolare a esercitarlo, anche dal punto di vista della sua legittimazione/legittimità.

3.1. *La sanzione afflittiva*

Il fatto illecito in generale è un fatto previsto da norme negative che l'ordinamento non vuole che si verifichi. A tal fine l'ordinamento collega alla realizzazione di un fatto illecito una determinata conseguenza negativa denominata sanzione. La sanzione è la conseguenza negativa derivante dalla realizzazione del fatto illecito.

Da un punto di vista contenutistico-funzionale, le sanzioni possono essere distinte in tre diverse tipologie: sanzioni ripristinatorie, sanzioni impeditive e sanzioni afflittive.

1) Per quanto riguarda le sanzioni ripristinatorie, esse consistono nella ricostituzione della situazione precedente alla realizzazione dell'illecito, nel senso che il loro contenuto, vale a dire l'attività che s'impone al destinatario, è orientata a neutralizzare gli effetti prodotti dall'illecito. Prima dell'illecito esiste una determinata situazione; con la realizzazione dell'illecito la situazione preesistente viene alterata e trasformata; mediante la sanzione ripristinatoria si eliminano le conseguenze negative derivanti dall'illecito, ricostituendo la situazione precedente alla realizzazione dell'illecito.

Le sanzioni ripristinatorie guardano al passato e sono esempi di sanzioni ripristinatorie la restituzione, il risarcimento del danno, la demolizione, la bonifica.

Il contenuto delle sanzioni ripristinatorie è quindi contraddistinto da una particolare utilità pratica e immediata e ciò deriva dalla circostanza che tale contenuto è nella sostanza strettamente collegato al contenuto dell'illecito. Potremmo dire che la sanzione ripristinatoria mutua il proprio contenuto dal contenuto dell'illecito: si è rotto il vetro del vicino con una pallonata, si ricompra il vetro.

Dal punto di vista funzionale, le sanzioni ripristinatorie perseguono essenzialmente due finalità. Da un lato, una finalità per l'appunto ripristinatoria, talmente significativa da attribuire addirittura la stessa denominazione alla sanzione. Dall'altro lato, le sanzioni ripristinatorie perseguono anche una finalità preventiva, vale a dire una finalità disincentivante la realizzazione del comportamento illecito: nel momento in cui si collega a un certo comportamento illecito una conseguenza ripristinatoria, la prospettiva di questa conseguenza tende ad influire sui consociati disincentivandoli dal tenere il comportamento sanzionato.