

PREMESSA

Giunge infine a compimento, scontando il ritardo di un sessennio di gravosi impegni accademico-istituzionali, la stesura del Corso di diritto penale avviata ormai da alcuni lustri.

Al momento di licenziare l'opera ritengo opportuno riassumerne talune caratteristiche, in gran parte già sottolineate nella presentazione di precedenti parziali edizioni e alcune delle quali si prospettano al lettore con immediata evidenza.

Tale è innanzitutto la cura dedicata nell'intera prima parte alla definizione del diritto penale, che non rappresenti un esordio categorico di esposizione della materia, ma piuttosto il culmine di un'articolata e progressiva acquisizione di rilevanti profili attinenti tanto alla precisa collocazione del settore all'interno del complessivo sistema punitivo, quanto all'insieme dei principi costituzionali che lo governano. Questa impostazione è apparsa particolarmente utile sul piano didattico sotto un duplice aspetto. Per un verso, viene superata la mortificante dislocazione della funzione della pena e del più ampio sistema punitivo in coda alla trattazione della parte generale del diritto penale, come per lo più accade nella tradizione manualistica. Per altro verso, l'approfondimento preliminare, in particolare, del principio di offensività e soprattutto del finalismo rieducativo della pena, consente di verificarne l'attitudine informatrice e vivificatrice, prima ancora che sul piano della teoria del reato, già in sede di teoria della norma penale, oggetto della seconda parte del Corso. Basti pensare al ruolo decisivo che tali principi assumono (inopinatamente?) in vista della soluzione di varie questioni problematiche: dal decreto legge come fonte legittima di norme incriminatrici all'autentico fondamento costituzionale della retroattività della norma più favorevole; per non parlare del nodo ermeneutico che tuttora avvinca le vicende di successione nel tempo con riferimento alle c.d. modifiche mediate.

La parte terza entra nel vivo della fattispecie penale e si articola in due sezioni rispettivamente riferite al fatto di reato e alle condizioni personali del reo. Quest'ordine di esposizione – coerente peraltro con la sistematica del codice – riflette la consolidata convinzione che la proposizione condizionante (protasi) della norma incriminatrice racchiuda un nucleo fondamentale, appunto il fatto di reato, comprensivo di entrambi i profili oggettivo e soggettivo dell'illecito, al quale accedono ulteriori elementi, di natura prettamente personale, deputati a incanalare gli effetti giuridico-penali lungo i distinti "binari" del complessivo sistema sanzionatorio criminale: la pena, la misura di sicurezza e oggi altresì le sanzioni punitive a carico degli enti collettivi. Tali condizioni

personali si identificano rispettivamente con la colpevolezza in senso rigorosamente normativo del reo, con la sua pericolosità sociale e con la "colpevolezza d'impresa".

La trattazione del fatto di reato è ispirata dalla convinta adesione alla costruzione c.d. separata delle fondamentali tipologie criminose, che si è cercato di non esaurire in una sorta di riconoscimento di facciata, ma di articolare e sviluppare con puntuale riferimento ai rispettivi tratti tipici: da qui l'approfondimento distinto delle questioni relative, in particolare, al rapporto di causalità, all'imputazione obiettiva dell'evento e alle cause di giustificazione. La costruzione separata non si risolve poi nella tripartizione del reato doloso, colposo e preterintenzionale, ma si estende altresì ai reati circostanziato e condizionato, caratterizzati anch'essi da profili di disciplina non riducibili ad uno schema unitario di analisi. Alle tipologie suppletive viene invece ricondotto il reato commissivo mediante omissione, che, sulla scia dei fondamentali contributi di Lucia Risicato, appare destinato ad affiancarsi al delitto tentato e al reato plurisoggettivo c.d. eventuale in una rinnovata sistemazione delle risalenti "forme di manifestazione" dell'illecito penale.

La parte quarta si diffonde sulle vicende della punibilità, intesa non già quale preteso elemento costitutivo del reato, ma come cifra di sintesi dell'insieme delle sue conseguenze giuridiche (apodosi); e si chiude con l'esame puntuale delle singole componenti del sistema sanzionatorio penale, i cui profili di carattere generale sono stati trattati nella parte introduttiva.

Giunto alla conclusione, rivolgo un sentito ringraziamento a Giuseppina Panebianco, la cui consuetudine di interlocuzione ha sortito non di rado significativi riflessi sul corso dell'opera. Ringrazio altresì il dottor Giuseppe Toscano per la vigile e paziente revisione delle bozze di stampa.

Messina, dicembre 2019

G.d.V.

N.B. Alcune avvertenze di carattere tecnico:

- Il testo è predisposto per una doppia e parallela lettura: l'una, comprensiva delle parti riprodotte con caratteri di stampa minori, realizza la massima fruizione; l'altra, esclusiva di tali approfondimenti, assicura comunque la corretta successione delle fondamentali cadenze argomentative.

- È stato utilizzato un doppio e alternativo carattere di stampa per la citazione degli autori nelle note a piè di pagina: il grassetto, per rinviare agli autori e alle relative opere segnalati nell'*indice bibliografico generale*; il carattere normale, per rinviare agli autori e alle relative opere segnalati nella *nota bibliografica* di chiusura di ciascun capitolo.

- Si raccomanda agli studenti di tener ben presente, specie nella fase di revisione della materia, l'*indice tematico* finale, il quale, a differenza dell'*indice generale* iniziale, riporta i titoli delle varie serie di sottoparagrafi: è un utile ausilio che consente di conservare la traccia essenziale di ogni argomento sviluppato nel testo.

PARTE I
IL DIRITTO PENALE

TITOLO I

NOZIONE E AMBITO DI INSEDIAMENTO DEL DIRITTO PENALE

CAPITOLO I

DIRITTO PENALE E PENA

SOMMARIO: 1. Una definizione *preliminare* del diritto penale. La pena nel sistema delle sanzioni giuridiche. – 2. Funzione della pena: a) considerazioni introduttive; b) critica delle teorie c.d. assolute. – 3. *Segue*: c) la retribuzione (c.d. giuridica). – 4. *Segue*: d) la prevenzione generale. – 5. *Segue*: e) la prevenzione speciale. – 6. Limiti di approssimazione, per *eccesso* e per *difetto*, di una definizione preliminare del diritto penale. – *Nota bibliografica*.

1. *Una definizione preliminare del diritto penale. La pena nel sistema delle sanzioni giuridiche*

A differenza di ogni altro settore dell'ordinamento giuridico, qualificato dalla natura delle attività e dei rapporti in esso disciplinati (come ad esempio il diritto civile, amministrativo, commerciale), il *diritto penale* si presenta all'attenzione dello studioso con un aggettivo incentrato su di una particolare *sanzione*¹. Ciò lascia chiaramente intendere che la normativa ha per oggetto essenziale una serie di *atti illeciti*, sui lineamenti dei quali non viene tuttavia offerta alcuna informazione.

È certo possibile fornire una connotazione del diritto penale più articolata, che non rinunci ad individuare il profilo giuridico sostanziale degli atti illeciti ad esso riconducibili. Ma il cammino per giungere a questo risultato è piuttosto arduo e da percorrere con cautela, in modo da saggiare e consolidare con sufficiente sicurezza le tappe gradualmente di un itinerario che potrebbe altrimenti rivelarsi tortuoso o addirittura inconcludente².

¹ Cfr., per tutti, PEDRAZZI, 64.

² Il rischio di un "circolo vizioso", in cui può incorrere chi fonda la definizione del diritto penale sul

Conviene dunque soffermarsi in apertura su di una definizione *preliminare* del diritto penale, quale risulta appunto dall'aggettivo che per lunga tradizione ne contrassegna sul piano didattico e scientifico l'oggetto.

In via preliminare il *diritto penale* può definirsi come *il settore dell'ordinamento giuridico statutale che disciplina i fatti illeciti sanzionati mediante l'applicazione di una pena*³. Punto di partenza del necessario percorso di approfondimento è dunque l'esame delle questioni che si riconnettono alla nozione di *pena*, come conseguenza giuridica di atti illeciti.

La prima di tali questioni riguarda la *natura* della pena e la sua collocazione nel sistema delle sanzioni previste dall'ordinamento giuridico⁴. In proposito non c'è motivo di discostarsi dalle indicazioni fornite innanzitutto dal lessico comune. La sanzione penale può essere così definita come *la sofferenza (patimento, afflizione) inflitta all'autore di un fatto illecito attraverso la privazione o la diminuzione di un bene di sua pertinenza*: di solito la libertà personale e la disponibilità di danaro, oggetto delle pene rispettivamente detentive e pecuniarie; in misura ormai decrescente nel panorama storico-comparatistico, la stessa vita dell'autore dell'illecito⁵.

La distinzione, nella definizione della sanzione penale, tra l'*effetto* causato (sofferenza) e lo *strumento* utilizzato (privazione di un bene) è di grande importanza e va riaffermata di fronte alle più usuali tendenze ad identificare senz'altro la pena con la privazione del bene⁶. Se non si pone l'accento con la dovuta fermezza sul carattere essenzialmente afflittivo della pena, si rischia di compromettere subito *sul piano concettuale* quella distinzione rispetto ad altre sanzioni, prima fra tutte il risarcimento del danno, che *sul piano intuitivo* sembra profilarsi con immediata evidenza anche al profano.

Valga in proposito un esempio. La pena pecuniaria (nel nostro ordinamento penale, ai sensi degli artt. 24 o 26 c.p., la multa o l'ammenda) consiste nella diminuzione del medesimo bene su cui incide il risarcimento del danno in forma generica: si tratta cioè del pagamento di una somma di danaro, esattamente come accade per chi è tenuto a versare l'equivalente monetario del danno arrecato in forza di una responsabilità civile contrattuale o extracontrattuale⁷. Per di più nessuno può escludere, anzi è assai verosimile, che il condannato in sede civile al risarcimento del danno in

contemporaneo richiamo della natura, appunto "penale", tanto della sanzione quanto dell'atto illecito presupposto, è segnalato da PAGLIARO, 2003, 14 s.

³ Per un'analoga definizione preliminare del diritto penale, cfr. GALLO, I, 1 s.

⁴ Per un'articolata classificazione delle sanzioni giuridiche, condotta sulla base della funzione rispettivamente prevalente, cfr. PALAZZO, 13 ss.; per uno sguardo d'insieme sul sistema delle sanzioni giuridiche v. anche PADOVANI.

⁵ Sulla questione della pena di morte v. *infra*, Tit. II, Cap. IV, n. 1.1.

⁶ Già CARRARA, § 627 ss., 413 ss., distingueva con assoluta lucidità tra «la forza *fisica* della pena, oggettivamente guardata», consistente nella privazione del bene in capo al delinquente, e la «forza *morale* oggettiva» indicante il patimento così cagionato al colpevole.

⁷ Per un'estesa sottolineatura della coincidenza di contenuto materiale tra pene e sanzioni non penali, ben al di là dell'immediato riferimento alla pena pecuniaria e alla sanzione civile risarcitoria, v. CON-
TENTO, I, 184 ss.

forma generica avverta i riflessi “penosi” dell’esborso di danaro, specie se notevole, che deve effettuare; così come, per converso, alcune pene, c.d. private, sembrano talora assumere una coloritura “risarcitoria”⁸.

Ciò che consente di tracciare una netta distinzione tra la pena pecuniaria e la sanzione civile del risarcimento del danno in forma generica è in realtà l’*effetto* in vista del quale la diminuzione del bene patrimoniale (danaro) è concepita dal legislatore nell’uno e nell’altro caso. Laddove si tratta di pena pecuniaria, la diminuzione patrimoniale ha come obiettivo l’inflizione all’autore del fatto illecito della sofferenza o quanto meno del disagio conseguente all’esborso. Quando invece è in questione il risarcimento del danno arrecato attraverso l’illecito, il pagamento della prescritta somma di denaro è esclusivamente funzionale alla reintegrazione, sia pure per equivalente, dell’assetto di interessi patrimoniali pregiudicato dalla perpetrazione del fatto illecito⁹. Sotto questo aspetto resta valida la tradizionale impostazione secondo la quale *risarcimento del danno* e *pena* costituiscono i prototipi di due tipologie sanzionatorie distinte e alternative¹⁰: sanzione “omogenea”, l’una, in quanto diretta a ricostituire gli stessi interessi danneggiati dal fatto illecito; sanzione “eterogenea”, l’altra, in quanto sacrifica beni di pertinenza del responsabile assolutamente estranei e incommensurabili rispetto agli interessi pregiudicati in capo alla persona offesa.

La sottolineatura di questa fondamentale distinzione si rivela particolarmente adatta ad introdurre la seconda questione attinente alla pena come sanzione giuridica, vale a dire la sua *funzione*¹¹.

Se la *funzione* del risarcimento del danno, come di ogni sanzione di tipo “restitutorio”, è intimamente connessa alla sua *natura*, tanto da essere segnalata dalla stessa denominazione, altrettanto non può dirsi della funzione della pena. Qui l’inflizione di una sofferenza all’autore del fatto illecito, attraverso un sacrificio di beni che non si traduce in alcun vantaggio per la persona offesa, non indica in modo univoco quale obiettivo l’ordinamento giuridico intende raggiungere per questa via; per di più si profilano serie perplessità circa la coerenza di un tale obiettivo, quale che esso sia, con la razionalità delle valutazioni di scopo che dovrebbero sempre guidare le scelte legislative perché sia adempiuto l’*interest rei publicae*, cioè il postulato di base di qualsiasi norma giuridica¹².

Certo, a livello di vaga “precomprensione” chiunque, al momento di constatare che l’ordinamento giuridico prevede la pena come conseguenza di determinati e presumibilmente gravi fatti illeciti, avverte l’incoercibile eco di istanze “retributive”: è portato cioè più o meno istintivamente a pensare che lo Stato si faccia in tal modo

⁸ V. *infra*, Cap. II, n. 5.

⁹ Cfr., tra gli altri, PAGLIARO, 2003, 10.

¹⁰ Cfr. NUVOLONE, 1982, 787; MANTOVANI, 713. Distingue, all’interno di un analogo ordine di idee, tra sanzione “esecutiva” e sanzione “punitiva” GALLO, I, 3 s.

¹¹ Già CARRARA, § 582 ss., 379 s., sottolineava la necessità di distinguere nettamente, nei discorsi sulla pena, la definizione di essa, da restringere ai caratteri costitutivi “ontologici”, da «ciò che riguarda le sue cagioni, i suoi effetti, e la sua razionalità», che, come tale, «attiene allo sviluppo della teoria».

¹² Fondamentali in proposito le riflessioni di FALZEA, 470 ss.

carico degli impulsi di “ritorsione”, se non di “vendetta pubblica” nei confronti dell’autore dell’illecito che serpeggiano nel contesto sociale di riferimento. Ma, d’altra parte, nessuno che intenda accostarsi al fenomeno della pena da un angolo visuale propriamente giuridico (cioè dell’*interest rei publicae* o, altrimenti detto, della “idea dello scopo”¹³) rinuncerà allo sforzo di chiarire il significato dell’eventuale accoglimento da parte dell’ordinamento giuridico di questa prospettiva retributiva e, in ogni caso, di verificare se non esistano altre ragioni, concorrenti o alternative, che spieghino l’adozione diffusa e storicamente costante della sanzione penale.

Così brevemente riassunte, sono queste le essenziali motivazioni che da secoli spingono filosofi e giuristi ad interrogarsi sulla funzione della pena come sanzione giuridica. I successivi paragrafi di questo capitolo intendono fornire gli strumenti per un orientamento di massima su tale oggetto di trattazione, di per sé sterminato¹⁴.

2. *Funzione della pena: a) considerazioni introduttive; b) critica delle teorie c.d. assolute*

Per introdurre l’esame delle complesse questioni ruotanti intorno alla funzione della pena, vengono tradizionalmente indicate tre fondamentali teorie – o sarebbe meglio dire: “costellazioni” di teorie¹⁵ – osservabili nel contesto storico-filosofico delle scienze penalistiche: la *retribuzione*, la *prevenzione generale* e la *prevenzione speciale*; accanto ad esse viene talora collocata in posizione autonoma l’*emenda* ovvero l’*espiazione*.

Questo approccio è tuttora utile e sarà valorizzato anche nelle pagine che seguono. È tuttavia necessario, prima di intraprendere il percorso, sviluppare ulteriori considerazioni di carattere introduttivo. Si tratta, per un verso, di fornire talune avvertenze che risparmino al giovane studioso il rischio di accostarsi alle varie teorie sulla finalità della pena con l’atteggiamento di chi ritenga necessaria un’immediata e monolitica “scelta di campo”, elusiva della complessità di profili propria della dimensione giuridico-penale¹⁶. Per altro verso, occorre prendere subito le distanze da un filone di pensiero che, seppure richiamato nei manuali ormai per una sorta di omaggio alla tradizione, a ben guardare non avrebbe mai dovuto figurare in una ri-

¹³ Cfr. *infra*, nt. 23.

¹⁴ Per un efficace sguardo d’insieme, dall’angolo visuale della filosofia del diritto penale, v. CATTANEO, 1990; FERRAJOLI, 233 ss., con riferimenti altresì alle dottrine abolizionistiche; sintesi più articolate sono rinvenibili nella raccolta di studi di LAMPE e di NAUCKE, 2000, nonché in CAMPAGNA. Per una significativa antologia di contributi al dibattito sulla pena, sul piano giuridico, filosofico e teologico, v. AA.VV., 1989. Per una messa a punto dello stato della discussione, nella dimensione propriamente giuridico-penale, v., BOTTKE; JAKOBS; JUNG; STRATENWERTH.

¹⁵ Di “tre fondamentali idee-guida” parlano in proposito, tra gli altri, FIANDACA-MUSCO, 738; prospettano invece una quadripartizione delle teorie sulla funzione della pena MANTOVANI, 715 ss. e ROMANO, 13 ss., che attribuiscono alla teoria, rispettivamente denominata della *emenda* e della *espiazione*, una collocazione autonoma rispetto alla prevenzione speciale.

¹⁶ *Infra*, n. 2.1.

cognizione delle teorie sulla funzione della pena condotta da un angolo visuale propriamente giuridico¹⁷.

2.1. La prima avvertenza riguarda la necessità di tenere nettamente distinti l'esame delle principali teorie sulla funzione della pena affermatesi nel corso dell'evoluzione storico-culturale dalla valutazione della rispondenza dei loro contenuti ad un determinato quadro di valori politico-sociali. Questa seconda operazione è assolutamente indispensabile nell'ordinamento giuridico italiano, dal momento che esistono precise norme costituzionali (talune esplicite, come l'art. 27 commi 3 e 4 Cost.; altre, non meno importanti, ricostruibili dall'intero contesto della carta fondamentale) che prendono posizione sulla funzione della pena e del diritto penale in generale. Ma per affrontare nel modo più rigoroso questo ineludibile passaggio¹⁸, occorre accostarsi alle teorie sulla funzione della pena con mente sgombra da qualsiasi pregiudizio: solo in tal modo si potrà conseguire un'autentica comprensione delle rispettive tesi, che costituisce il presupposto per interpretare ed applicare le norme costituzionali di riferimento in funzione (a questo punto) necessariamente selettiva.

Una seconda avvertenza attiene all'opportunità di assumere fin dall'inizio un atteggiamento di prudente versatilità nei confronti delle varie "proposte" sulla funzione della pena via via affacciate. Non si vuole qui consigliare un generico eclettismo, fondato sul presupposto che in tutte e ciascuna delle teorie avanzate nel corso dell'evoluzione storico-culturale sia racchiuso "un nucleo di verità". Si tratta piuttosto di adottare un angolo visuale strettamente giuridico-positivo, a stregua del quale una qualche "relatività" delle varie prospettive teoriche si impone almeno per due ordini di valutazioni.

Innanzitutto bisogna osservare che il fenomeno della pena, quale sanzione giuridica, mal si presta per sua natura ad una considerazione assolutamente unitaria. Conviene invece individuare e distinguere subito, all'interno del suo ciclo, i tre fondamentali momenti della *previsione legale*, della *applicazione giudiziale* e infine della *esecuzione*. Non si intende in tal modo ipotizzare una necessaria divaricazione delle finalità perseguite attraverso la pena nelle tre distinte fasi; si vuole solo sottolineare che in ciascuna di esse può assumere un peso preponderante – anche se non esclusivo – taluna delle fondamentali funzioni storicamente riconosciute alla pena secondo la tripartizione sopra accennata¹⁹. D'altra parte, come vedremo più avanti²⁰, questo approccio articolato alla questione della pena assume grande importanza anche al momento di interpretare le vincolanti disposizioni costituzionali in materia.

In secondo luogo occorre preavvertire – come risulterà ampiamente al momento del superamento della definizione *preliminare* del diritto penale²¹ – che la pena come san-

¹⁷ *Infra*, n. 2.2.

¹⁸ V. *infra*, Tit. II, Cap. IV, n. 1.

¹⁹ Per una netta impostazione in tal senso cfr., tra gli altri, PADOVANI, 360 ss. Questo approccio "differenziato" alla funzione della pena è in realtà risalente nella nostra dottrina: un'articolata formulazione è già reperibile nella "classica" monografia di ROCCO, 452 ss.

²⁰ *Infra*, Tit. II, Cap. IV, n. 1.

²¹ *Infra*, Capp. II e III.

zione giuridica non attiene solo agli illeciti penali in senso stretto, ma costituisce talora la conseguenza di altri tipi di illecito, amministrativo ed anche civile: in questi casi essa si configura essenzialmente come pena pecuniaria e mai come pena detentiva o restrittiva della libertà personale. Tale diversa qualità dei beni su cui incide la sanzione penale suggerisce, in base ad un'elementare idea di proporzione, un'altrettanta diversa gravità di principio degli illeciti corrispondenti. Non è allora da escludere che le funzioni riconosciute alla pena siano suscettibili di coniugarsi in vario modo con le distinte tipologie di illecito alle quali consegue: solo a titolo di esempio, potrebbe la prevenzione generale conciliarsi di più con l'illecito amministrativo, mentre potrebbero adattarsi meglio all'illecito penale in senso stretto la retribuzione e/o la prevenzione speciale.

2.2. È usuale imbattersi, nelle trattazioni sulla funzione della pena, in una preliminare distinzione tra *teorie assolute* e *teorie relative*²²: le prime considerano la sanzione penale come fine a se stessa, in quanto espressione di un'insopprimibile esigenza di giustizia intesa essenzialmente quale retribuzione del male commesso; le seconde ravvisano invece nella pena uno strumento per conseguire obiettivi di utilità sociale, consistenti nella prevenzione della commissione di (ulteriori) reati; le *teorie miste* coniugano infine l'esigenza di "giustizia" con quelle di utilità sociale.

Come sopra accennato, l'idea che la pena, quale sanzione giuridica, possa non corrispondere ad un *interest rei publicae* e trovare in se stessa la propria giustificazione dovrebbe essere esclusa in partenza per insanabile contrasto con l'orizzonte proprio di un qualsiasi ordinamento giuridico statale. Attribuire alla pena un carattere di "assolutezza" significa in realtà rinunciare ad ogni discorso sulla sua *funzione*: di funzione della pena si può parlare solo in quanto si individui un obiettivo verso la cui realizzazione la pena sia orientata e in assenza del quale essa può rivendicare al più un fondamento morale, mai giuridico²³.

L'unica ragione che induce a soffermarsi ancora in argomento è data dall'esigenza di stabilire una più precisa ripartizione di contenuti tra teorie assolute e relative. In particolare, non è esatto ascrivere in modo indiscriminato alle teorie assolute l'insieme delle concezioni *retributive* della pena, come se soltanto le concezioni *preventive* meritassero il crisma della "relatività"²⁴. D'altro lato, non è neanche opportuno collocare tra le teorie assolute quella della *emenda* o della *espiazione*²⁵: se in esse, come vedremo fra breve, sono presenti innegabili profili di "assolutezza", è pur sempre possibile valorizzarne aspetti idonei a ricondurle a pieno titolo tra le teorie relative, con particolare riguardo alla funzione di prevenzione speciale.

²² Per tutti, CATTANEO, 1990, 56 s.; LESCH, 17 ss.; ROMANO, 13 s.

²³ Così può riassumersi il senso della "idea dello scopo", quale imprescindibile fondamento giustificativo della pena statale, che non a caso LISZT, 15 ss. e 24, ricollegava esplicitamente alla corrispondente impostazione di teoria generale del diritto di Jhering. Sottolinea efficacemente come le teorie assolute siano in realtà incompatibili con un approccio propriamente giuridico al problema della pena HASSEMER, 2000, 200 ss.

²⁴ Per questa diffusa impostazione, v., per tutti, ROMANO, 13.

²⁵ Così, tra gli altri, ROMANO, *loc. ult. cit.*

2.2.1. In realtà l'unica concezione della pena riconducibile alle teorie assolute²⁶ è la retribuzione c.d. *morale*, che in età moderna ha trovato la sua formulazione più netta nel pensiero di Kant. È sempre utile riportare testualmente il notissimo apologo con cui il filosofo del criticismo riassume i tratti della sua teoria:

«Se anche il consorzio civile si sciogliesse con il consenso di tutti i suoi membri (se ad esempio gli abitanti di un'isola decidessero di separarsi e di disperdersi per il mondo), dovrebbe prima essere giustiziato l'ultimo assassino che si trovi in prigione, affinché a ciascuno tocchi ciò che i suoi atti meritano e la colpa del crimine non resti impressa sul popolo, che, non avendo reclamato la punizione, potrebbe essere considerato responsabile di questa pubblica lesione della giustizia»²⁷.

L'esempio kantiano è particolarmente istruttivo, poiché scolpisce nel modo più nitido – attraverso il caso limite dell'imminente disintegrazione del corpo sociale – l'assenza di ogni profilo di utilità pubblica nell'applicazione della pena, che intende corrispondere esclusivamente ad un'istanza assoluta e metastorica di giustizia²⁸.

Né deve trarre in inganno la denominazione corrente di tale concezione in termini di retribuzione *morale*: la teoria kantiana riguarda la pena come *sanzione giuridica*, inserita a pieno titolo in un più ampio contesto di riflessioni di filosofia del diritto pubblico²⁹, e non va confusa con una configurazione strettamente etica dell'idea di castigo. Dovrebbe allora parlarsi più correttamente di una concezione *giuridica* della pena che pretende di radicare nel terreno politico-sociale, traendola dal piano dell'*etica*, l'idea di un imperativo categorico avente come oggetto la previsione e l'applicazione di tale sanzione³⁰.

Perché allora si distingue tradizionalmente da questa concezione retributiva, c.d. *morale*, una retribuzione c.d. *giuridica*³¹, che viene pure ricondotta al novero delle teorie *assolute*? La ragione sta nel fatto che è questo secondo orientamento a meritare la qualifica di giuridicità in senso proprio, dal momento che – come vedremo più

²⁶ Già ANTOLISEI, 681 s., avvertiva saggiamente che «non esiste forse alcuna teoria che consideri la pena come fine a se stessa».

²⁷ KANT, § 49 E. I, 242. Sulla teoria kantiana della pena v. BECCHI; JAKOBS, 11 ss.; KÜPER; LESCH, 23 ss.

²⁸ Un'autentica «sfida concettuale posta da Kant»: così FLETCHER, 67 s., commenta il celebre passo, lamentando che sia «evocato spesso con ingiustificati accenti di derisione».

²⁹ KANT, § 49 E. I, 241 ss.

³⁰ Determinante per tale interpretazione è l'ultimo inciso, solitamente trascurato nelle ricorrenti citazioni testuali del brano kantiano sopra riportato (ma v., di recente, PALIERO, 480 s.), laddove si fa riferimento alla «pubblica lesione della giustizia», formula che richiama evidentemente un contesto giuridico-sociale piuttosto che una dimensione puramente etica. Sottolinea la complessità del percorso filosofico di Kant sulla funzione della pena, che avrebbe preso le mosse da posizioni coerenti con le concezioni «preventive» dell'illuminismo giuridico, BECCHI. Osserva come lo stesso Kant «relativizzi» il carattere categorico della sequenza reato-pena, ammettendo che si possa rinunciare alla pena di morte, quando la sua esecuzione nei confronti di un gran numero di cittadini che abbiano partecipato ad un omicidio rischierebbe di sterminare la popolazione, JAKOBS, 14.

³¹ V. *infra*, n. 3.

avanti – esso ascrive alla pena una precisa funzione nella prospettiva (non già, secondo il paradosso kantiano, della dissoluzione, ma al contrario) della conservazione della società civile. Ciò comporta che la retribuzione *giuridica*, appunto in quanto propone la pena come *funzionale* a qualcosa che la trascende, deve essere annoverata a pieno titolo tra le teorie *relative* della pena, tra quelle cioè che richiedono comune attenta considerazione da parte dello studioso e meritano tutte insieme di sottoporsi alla verifica decisiva di compatibilità con il vigente assetto costituzionale.

D'altra parte alcuni postulati della teoria kantiana della pena, seppure di derivazione etica, risultano non solo compatibili, ma addirittura irrinunciabili al momento di affrontare l'esame delle teorie *relative*. Si tratta dei principi, strettamente connessi, di *personalità* della responsabilità penale e di *proporzione* del trattamento sanzionatorio rispetto alla gravità dell'illecito commesso: essi costituiscono il corollario dell'affermata impossibilità di manipolare la persona, attraverso l'inflizione della pena, in vista di scopi estranei alla necessità di retribuire la sua colpa³². Nella concezione kantiana della pena, la persona umana è dunque, per un verso, emancipata dal rischio di un'ottusa strumentalizzazione a fini di utilità sociale, ma, per altro verso, resta asservita alla maestà di una giustizia assoluta ed avulsa dalle reali esigenze del contesto sociale di riferimento. È allora sufficiente respingere definitivamente questa seconda pretesa per enucleare e consegnare alle teorie autenticamente giuridiche della pena (le teorie *relative*, quale che ne sia la più puntuale conformazione) il lascito imperituro della retribuzione c.d. morale: esiste un limite invalicabile agli "esperimenti" di politica criminale, che è rappresentato dalla dignità della *persona*.

2.2.2. La teoria della *emenda* e/o della *espiazione* è suscettibile, di per sé, di essere ricondotta nell'alveo delle teorie assolute. Essa si risolve nell'affermazione, storicamente assai risalente³³, che la pena è "medicina dell'anima": attraverso l'esperienza della sofferenza inflittagli, il reo acquisisce una sorta di consapevolezza corrispettiva del male da lui provocato con il crimine e realizza così la propria purificazione morale. La teoria in parola presenta ancora profili di *assolutezza*, nella misura in cui la prospettiva di rigenerazione morale del reo sia contenuta in un ambito strettamente etico-individuale, come se davvero fosse compito dello Stato, nell'esercizio del magistrato penale, promuovere il benessere morale dei cittadini *uti singuli*, indipendentemente da ogni preoccupazione circa le conseguenze sociali dei loro comportamenti³⁴.

Ma proprio qui sta il punto. La moderna concezione dello Stato e del diritto consente di valorizzare il contenuto della teoria dell'emenda in tutt'altra direzione: il re-

³² KANT, § 49 E. I, 241.

³³ La più antica formulazione è tradizionalmente riferita a Platone: cfr., per riferimenti puntuali, RONCO, 33 s. Per una diffusa trattazione della teoria dell'emenda sul piano storico e teorico, v. CATTANEO, 1990, 162 ss. Per una precisa caratterizzazione differenziale dell'*espiazione* rispetto alla *rieducazione*, v. PALAZZO, 34 ss.

³⁴ «In un certo senso, si può dire che la teoria dell'emenda costituisce un passo indietro rispetto all'opera di secolarizzazione del diritto penale (ovvero di distacco dalla teologia morale) compiuta dal giusnaturalismo moderno e dall'illuminismo»: così CATTANEO, 1990, 172.

cupero morale del reo non va considerato come fine a se stesso, ma come obiettivo intermedio per conseguire il vantaggio *sociale* della riduzione dei rischi di recidiva. A questa condizione l'emenda può essere annoverata a buon diritto tra le teorie *relative* della pena ed occupare in particolare un suo posto all'interno del più ampio contesto della *prevenzione speciale*³⁵.

3. Segue: c) la retribuzione (c.d. giuridica)

Come sopra accennato, la teoria della retribuzione, nella sua formulazione c.d. *giuridica*, deve essere intesa come vera e propria teoria *relativa* della pena, poiché assegna a questa sanzione una funzione coerente con le fondamentali istanze di conservazione dell'ordinamento giuridico e della compagine sociale che ne costituisce la base.

3.1. Il prototipo delle concezioni giuridico-retributive della pena viene tradizionalmente individuato³⁶, sul piano della filosofia del diritto, nell'asserzione di Hegel secondo cui la *pena*, in quanto negazione del *delitto*, che a sua volta contraddice il *diritto*, si pone come sintesi restauratrice dell'ordine giuridico violato³⁷. Non sono mancate tuttavia prese di posizione volte ad evidenziare la permanente dimensione "morale" – e quindi tendenzialmente "assoluta" – del retribuzionismo hegeliano³⁸; mentre taluno sottolinea che la pena secondo Hegel, seppure "laicizzata", mantiene comunque un carattere di ineluttabilità all'interno del processo di avanzamento dello *spirito oggettivo*, attraverso i successivi livelli del *diritto*, della *morale* e dell'*etica*³⁹.

In effetti la triade dialettica di diritto, delitto e pena individua nel sistema hegeliano il complesso passaggio dal *diritto* alla *morale*⁴⁰, vale a dire quel grado di sviluppo dello spirito oggettivo, che solo al terzo livello dell'*etica* arriva ad incarnarsi prima nella famiglia, poi nella società civile ed infine nello Stato, cui spetta, tra l'altro, il magistero punitivo nella sua concreta dimensione storica. È dunque erroneo riferire *tout court* il ristabilimento del diritto violato, di cui Hegel parla nei passi in questione dei *Lineamenti di filosofia del diritto*, all'esperienza giuridica propria di un contesto politico-sociale e istituzionale storicamente determi-

³⁵ Per una precisa presa di posizione in tal senso v., tra gli altri, CONTENTO, I, 196; PADOVANI, 358; PAGLIARO, 2003, 674, che parla, con riferimento alle teorie della correzione morale, di una «prevenzione speciale in senso etico». Per una più puntuale collocazione dell'emenda all'interno della prevenzione speciale v. *infra*, n. 5.2.1.

³⁶ Cfr., per tutti, ANTOLISEI, 684.

³⁷ HEGEL, 1987, § 95 ss., spec. § 104, 86 ss.

³⁸ Cfr. CATTANEO, 1990, 60 ss.

³⁹ Cfr. gli approfonditi rilievi di RONCO, 84 ss. Ribadisce invece che la concezione hegeliana della pena non si esaurirebbe nell'indicazione di una necessità storico-dialettica, ma comprenderebbe altresì una dimensione di funzionalità sociale, LESCH, 91 ss. Sulla filosofia hegeliana della pena v. ancora SEELMANN; STÜBINGER, 177 ss., che si sofferma su di un attuale "rinascimento" hegeliano.

⁴⁰ È questa appunto l'intitolazione del § 104 dell'opera hegeliana in discorso.

nato: siamo piuttosto di fronte alla preliminare descrizione di una necessità di ordine metafisico, sia pure di tipo immanentistico e non trascendente, che precede ed è presupposta da ogni tipo di formazione sociale⁴¹. Ne è riprova la serrata critica rivolta da Hegel nel § 99 dei *Lineamenti* all'insieme delle teorie correnti sulla funzione della pena: esse, in quanto «attengono alla pena come apparenza e alla sua relazione con la coscienza particolare, e concernono le conseguenze sulla rappresentazione (l'intimorire, l'emendare etc.)», prendono in considerazione «la *modalità* della pena ..., ma presuppongono la fondazione che il punire sia *giusto* in sé e per sé». Questa «considerazione oggettiva della *giustizia*, la quale è il primo e sostanziale punto di vista nel caso del delitto» – e la cui mancanza Hegel censura «nella scienza positiva del diritto nei tempi moderni» (§ 99) – costituisce l'oggetto della mirabile spiegazione, appunto metafisico-dialettica, sviluppata nel § 104, tradizionalmente citato non del tutto a proposito dai penalisti: qui il diritto, come «volontà *universale in sé*», rinnegato dal delitto, come «volontà *singola* essente *per sé*», viene, attraverso la pena che è appunto «il toglier questa opposizione», confermato e «*vale* siccome *reale* grazie alla sua necessità».

Quale che sia la più corretta caratterizzazione della posizione hegeliana, la natura *relativa* del filone di idee riconducibile alla retribuzione giuridica assume piena evidenza nel momento in cui tale concezione viene disancorata da riferimenti filosofici eccessivamente ingombranti ed osservata nei suoi sviluppi sul terreno propriamente giuridico-penale. Particolare importanza rivestono a riguardo le elaborazioni della scuola “classica” del diritto penale, sviluppatasi in Germania ed in Italia negli ultimi decenni del diciannovesimo secolo.

In ambiente tedesco questo tipo di evoluzione è osservabile soprattutto nella poderosa opera di K. Binding. In questo autore sono indubbiamente presenti i tradizionali motivi di avversione nei confronti delle concezioni utilitaristiche della pena, ai quali proprio Hegel aveva conferito la formulazione più autorevole e quasi sprezzante: viene così ribadito che «scopo della pena non può essere quello di trasformare chi si ribella all'ordinamento giuridico in un buon cittadino»⁴² e che «la pena non è guarigione, ma ... conservazione della potenza dell'ordinamento come sottomissione coattiva del colpevole sotto il forte braccio del diritto»⁴³. Eppure si ha cura di sottolineare che l'inflizione del male come conseguenza del delitto non è fine a se stessa, ma, a sua volta, «mezzo per lo scopo» del ristabilimento dell'autorità statale compromessa dall'intervenuta violazione. Tale carattere *relativo* della retribuzione giuridica trova conferma nell'affermazione che lo Stato può rinunciare all'applicazione della pena quando la ritenga superflua e che la pena va commisurata non solo in base alla colpevolezza del reo, ma anche secondo la misura concreta del bisogno di ripristino della potestà del diritto⁴⁴.

⁴¹ Per un'analisi approfondita del ruolo assunto dalla pena nei vari e successivi livelli della “fenomenologia dello spirito” di Hegel, con una particolare attenzione al piano della “società civile”, v. KLESCZEWSKI.

⁴² BINDING, 227.

⁴³ BINDING, 228. Per approfondimenti, circa la riferibilità per taluni aspetti della concezione di Binding e di altri autori tedeschi coevi addirittura all'idea generalpreventiva, v. RONCO, 94 ss.

⁴⁴ BINDING, 229.

Se in Binding l'idea dello *scopo* della pena convive ancora con una rappresentazione maestosa e quasi sacrale dell'autorità del diritto e dello Stato, di chiara suggestione hegeliana, è nella scuola classica del diritto penale di matrice italiana che la finalità di mantenimento della compagine e della pace sociale – come fondamento della retribuzione giuridica – assume finalmente connotati più precisi.

Nell'impostazione del Carrara, che pure è comunemente definita di stampo “giusnaturalistico”⁴⁵, viene espressamente sottolineato che «il fine primario della pena è il ristabilimento dell'ordine esterno nella società». L'applicazione di tale sanzione è in particolare intesa a neutralizzare e rimuovere le conseguenze dannose del reato che trascendono l'offesa del diritto di pertinenza del soggetto passivo e si riverberano sull'intero contesto sociale di riferimento, in quanto determinano, negli «animi dei buoni», motivi di allarme in vista della temuta ripetizione del fatto criminoso e, «nei malvagi», una pericolosa spinta all'emulazione⁴⁶. Reprimendo «nei male inclinati l'impulso imitativo connaturale all'uomo ... negli onesti la trepidazione e la sfiducia nell'autorità del diritto ... negli offesi l'impulso alla reazione contro l'offensore», la pena ristabilisce un complessivo clima di tranquillità tra i consociati, sottraendoli alla deprecabile alternativa di «o darsi alle violente reazioni private ... o abbandonare una società incapace a proteggerli»⁴⁷. L'essenza retributiva o “repressiva” della pena viene così puntualizzata, in una dimensione *giuridica*, non tanto nel ristabilimento dell'autorità “sacrale” dell'ordinamento statale, quanto piuttosto nell'essenziale contributo arrecato alla stabilizzazione della pace sociale, compromessa dal delitto ben al di là dell'offesa immediatamente incidente sul diritto individuale.

La concezione carrariana della pena è tuttavia più complessa e in taluni punti sembra echeggiare una qualche adesione alla prospettiva generalpreventiva⁴⁸. Il punto è che il Carrara distingue nettamente la questione della funzione (*fine*) da quella della giustificazione filosofico-giuridica (*origine*) della pena. Mentre sotto il primo aspetto assume rilievo lo scopo di mantenimento della coesione sociale nei termini sopra illustrati, con riferimento invece al fondamento del diritto di punire il Carrara elabora l'originale teoria della *tutela giuridica*, secondo la quale la pena sarebbe intesa a realizzare la protezione dei *diritti soggettivi* attraverso la coazione psicologica esercitata con la minaccia e l'irrogazione nei confronti dei delinquenti potenziali e attuali. Lo *jus punitivum* sarebbe dunque diretta emanazione (ovvero contenuto necessario) dello stesso diritto da tutelare: una sorta di legittima difesa anticipata spettante in via di principio ai singoli individui, ma storicamente devoluta all'autorità sociale, che esercita il magistero punitivo per conto di essi ed in tale esercizio trova la ragione giustificatrice es-

⁴⁵ Per tutti, MANTOVANI, 301 ss.

⁴⁶ CARRARA, § 613 ss., 407 ss. (corsivo dell'A.).

⁴⁷ CARRARA, § 621 s., 410 s.

⁴⁸ Sulla ricchezza ed originalità della concezione carrariana della pena, non suscettibile di rigido inquadramento nelle comuni tipologie classificatorie eppure immune da generico eclettismo, v. CATTA-NEO, 1988, 131 ss.; MANTOVANI, 299 ss., che opportunamente sottolinea come l'istanza generalpreventiva affiorante nel pensiero carrariano si identifica con la «prevenzione generale delle offese ai diritti soggettivi e insita nella pena proporzionale al diritto offeso, non la generalprevenzione-difesa sociale dello Stato» (corsivo dell'A.).

senziale della sua costituzione⁴⁹. Tale apparente oscillazione del Carrara, a proposito della pena, tra il *fine* (retribuzione giuridica in vista del mantenimento della pace sociale) ed il *fondamento* (tutela dei diritti individuali mediante coazione psicologica) viene comunque superata e risolta nell'affermazione, di stampo schiettamente giusnaturalistico-cristiano, del primato della persona e della tutela dei suoi diritti (anche di quelli del reo) sull'autorità sociale chiamata ad amministrare la giustizia punitiva («non è la società che fa nascere il diritto di punire: è la *necessità di punire* i violatori del diritto quella che fa nascere la *società civile*»⁵⁰).

3.2. L'idoneità della sanzione penale a neutralizzare gli effetti psico-sociali del crimine e a restaurare le condizioni di una pacifica convivenza sociale viene affermata con sempre maggiore consapevolezza lungo il corso del ventesimo secolo. Ciò avviene al di fuori di un richiamo esplicito alla "retribuzione giuridica": si preferisce parlare di una funzione *satisfattoria* della pena, che si tende progressivamente ad assimilare alla stessa funzione di prevenzione generale dei reati.

Significativa è innanzitutto la presa di posizione contenuta nei lavori preparatori del vigente codice penale del 1930. Nella relazione di presentazione al Re del testo definitivo, il guardasigilli dell'epoca ascrive espressamente alla pena, accanto alla primaria funzione di prevenzione generale mediante intimidazione, quella definita appunto come *satisfattoria*, in quanto appagamento delle emozioni negative suscitate nel pubblico dal delitto; e si ha cura di precisare come anche in tal modo si realizza pur sempre una finalità di prevenzione generale, "perché la soddisfazione che il sentimento pubblico riceve dall'applicazione della pena, evita le vendette e le rappresaglie, causa gravissima di disordini e occasione di nuovi delitti"⁵¹.

Ma la più matura manifestazione del nucleo essenziale delle teorie della retribuzione giuridica si ritrova nella più recente concezione *satisfattorio-stabilizzatrice* della pena. Attingendo a piene mani al sofisticato apparato concettuale apprestato dalla moderna psicologia del profondo, questo orientamento si sforza di precisare al meglio la natura dei "bisogni di punizione" che sono alimentati nella sfera emotiva individuale e collettiva dall'esperienza dei crimini perpetrati e che l'applicazione della pena dovrebbe appunto soddisfare. I bisogni di punizione avvertiti dai consociati nei confronti del reo nascono dal disagio psichico causato dal delitto in quanto negazione della vigenza sia *esterna* che *interna* della norma violata. Sotto il primo aspetto, il crimine mette in crisi la «sicurezza delle aspettative» circa il generale rispetto delle regole essenziali di condotta che sono alla base della convivenza civile e determina dunque l'insorgere del timore di future aggressioni. Sotto il secondo aspetto – che assume rilievo preminente nella concezione in esame – l'esperienza del crimine realizzato sconvolge l'equilibrio psichico più o meno faticosamente raggiunto da ciascun individuo attraverso la subordinazione all'attività della coscienza, come istanza superiore di controllo, delle pulsioni antisociali che si agitano nell'inconscio: l'esem-

⁴⁹ CARRARA, § 598 ss., 388 ss.

⁵⁰ CARRARA, § 612, 405 s. (corsivo dell'A.); per una più diffusa esposizione v. CARRARA, 261 ss.

⁵¹ Cfr. *Relazione al Re per l'approvazione del testo definitivo del Codice penale*, in *Le leggi e i decreti reali secondo l'ordine della inserzione nella gazzetta ufficiale*, 1930, 783.

pio fornito dai trasgressori rinfocola gli impulsi già imbrigliati e diventa a sua volta un fattore potenzialmente criminogeno. La reazione punitiva dell'ordinamento statale si rende dunque necessaria per sedare tali emozioni negative suscitate nella generalità dei consociati: se non fossero così rimosse, esse pregiudicherebbero alla lunga la stessa conservazione del consorzio civile⁵².

Ciò che impressiona in queste moderne concezioni c.d. *neoretribuzionistiche* è la piena continuità con il nucleo storicamente consolidato dell'idea della retribuzione giuridica. È evidente, in particolare, l'assonanza che lega la descrizione degli effetti psico-sociali del delitto sopra riportata ai riferimenti carrariani all'«allarme dei buoni» e al «cattivo esempio» suscitato nei «male inclinati», quali conseguenze dannose «mediate» del delitto. Eppure va rilevata una significativa differenza, che segna certamente un progresso della teoria in esame: all'ingenua ripartizione della massa dei consociati tra i «buoni» e i «perversi», quali contrapposti destinatari di distinti effetti sociali dannosi del delitto, le moderne concezioni a sfondo psicoanalitico sostituiscono un più plausibile quadro unitario di riferimento, nel quale le reazioni di allarme e di «contagio» criminoso si trovano più realisticamente a coesistere all'interno di un medesimo contesto psicologico, individuale e collettivo.

Anche in vista di questa sostanziale continuità storica all'interno della costellazione della retribuzione giuridica, appaiono in qualche misura eccessive le riserve avanzate di solito nei confronti delle moderne concezioni satisfattorio-stabilizzatrici della pena. È certo innegabile che i bisogni emotivi di punizione, così impietosamente sottolineati dall'orientamento in parola, dischiudono agli occhi dello studioso un inquietante sfondo di pulsioni irrazionali; ma purtroppo non basta evitare di discuterne per rimuovere tale contesto dalla realtà storico-sociale della pena, mentre si dovrebbe sempre tener presente che uno degli scopi precipui delle scienze e della politica criminali è appunto quello – secondo una fortunata formulazione entrata nel lessico comune dei penalisti – di «fare razionalmente i conti con l'irrazionale». Più in generale, va ribadito quanto osservato prima (*supra*, n. 2.1) circa la necessità di tenere rigorosamente distinti, a proposito della funzione della pena, la valutazione preliminare della consistenza dei singoli orientamenti dalla considerazione di eventuali limiti, controindicazioni o al contrario riconoscimenti espliciti che tali orientamenti incontrino sul piano, decisivo e vincolante, dell'ordinamento costituzionale.

Ora, una valutazione (provvisoriamente) distaccata della concezione satisfattorio-stabilizzatrice della pena, quale culmine storicamente raggiunto dalle teorie della retribuzione giuridica, comporta indubbi elementi di persuasione. Né esprime particolare pregio la classica obiezione proposta a questo punto da chi, pur concordando sul «nucleo di verità» insito nel filone della retribuzione giuridica, ravvisa una grave aporia nel fatto che tali concezioni, adatte a spiegare gli effetti conseguenti all'*applicazione giudiziale* della pena, non riuscirebbero a spiegare il momento della *comminatoria legale*, non essendo concepibile che lo Stato minacci la pena solo per poter ristabilire la propria autorità ovvero per rimuovere le conseguenze sociali dannose del delitto, una volta che questo sia commesso⁵³. È agevole replicare che il momento della previsione legislativa è funzionale in uno Stato moderno ad irrinunciabili esigenze di legalità, di per sé compatibili con qualsiasi funzione che si intenda ascrivere alla pe-

⁵² Per un'efficace rappresentazione di tali percorsi argomentativi v. MORSELLI, 2002.

⁵³ ANTOLISEI, 690.

na: se, in una concezione generalpreventiva, l'applicazione della pena è *conseguenza* ineluttabile della comminatoria a meno di rinnegarne la funzione, in una prospettiva di retribuzione giuridica la comminatoria è *presupposto* ineludibile dell'applicazione giudiziale, se non si vuole – eventualità ancora più grave – scadere nell'arbitrio giudiziale. La circolarità tra momento comminatorio ed applicativo della pena – e dunque tra concezioni (general)preventive e retributive – va indubbiamente risolta attraverso l'individuazione di un primato assiologico; ma questo – giova ancora una volta ripetere – attiene alla questione fondamentale della fisionomia che debba riconoscersi alla sanzione penale all'interno del quadro costituzionale di riferimento.

4. Segue: *d) la prevenzione generale*

Se la retribuzione giuridica segna già il passaggio dalle teorie assolute alle teorie relative della pena, solo l'avvento delle concezioni incentrate sull'esigenza di *prevenire la commissione dei reati* conferisce definitiva consistenza all'idea che la pena, lungi dall'esser fine a se stessa, costituisce strumento per conseguire un preciso fine di utilità sociale. Sotto questo aspetto alle teorie della *prevenzione* deve attribuirsi, all'interno delle teorie *relative*, una più ristretta denominazione in termini di teorie *utilitaristiche*⁵⁴.

Secondo uno schema classificatorio consolidato, la funzione di prevenzione dei reati può essere sviluppata dalla pena in una duplice direzione: nei riguardi della *generalità dei consociati*, ingenerando in essi la propensione all'osservanza delle norme penali, oppure nei confronti del *singolo individuo* che ha già commesso un determinato reato, attraverso una riduzione delle sue potenzialità criminali. L'una specie di prevenzione è qualificata come *generale*, l'altra come *speciale*.

La netta differenziazione delle teorie della *prevenzione* nel senso appena chiarito costituisce, dal punto di vista storico, un'acquisizione relativamente recente, collocabile intorno alla fine del diciottesimo secolo e neanche in piena coincidenza con la stagione dell'illuminismo giuridico-penale. In realtà fino a quest'epoca gli accenni alla funzione preventiva della pena coinvolgono tanto l'influenza da essa esercitata sulla singola persona che ha delinquito e che subisce la punizione, quanto i suoi riflessi sulla generalità dei consociati. Questa commistione risulta innanzitutto nei notissimi brani, rispettivamente di Seneca (dal *De Ira*) e di Platone (dal *Protagora*), che contengono il fortunato aforisma destinato a scolpire icasticamente la distinzione tra teorie retributive e preventive della pena: *nemo prudens punit quia peccatum est, sed ne peccetur*; nel passo del dialogo platonico viene in particolare chiarito che la finalità preventiva della pena attiene a ciò, che «non ricada nella colpa né lo stesso colpevole, né altri che lo vede punito». La stessa ambivalenza dell'efficacia preventiva della pena, in rapporto al reo ed alla generalità dei consociati, è osservabile nelle posizioni espresse dai massimi esponenti delle correnti giusnaturalistiche, utilitaristiche ed illuministiche del pensiero giuridico

⁵⁴ Il concetto di *utilitarismo* può essere adoperato, in rapporto alla pena, con riferimento all'insieme delle teorie *non* assolute ovvero in un'accezione più ristretta, come quella sopra proposta, che comprende *solo* le teorie strettamente orientate alla prevenzione dei reati: cfr., anche per gli opportuni richiami, CATTANEO, 1990, 55 ss.