

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 col-

pevolmente da un soggetto (il soggetto *attivo*) a danno o pericolo di altri (il soggetto *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 della legge 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, predefiniti 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 "edittale" 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 ove la legge preveda reati, in sostituzione di 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 edittalmente dalle singole norme incriminatrici secondo i principi. 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. dir. proc. pen.*, 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 del reato, 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*. I quali, tuttavia, essendo propri soltanto dei reati specificamente individuati, 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 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 collega-

to 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 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 ad altro volume 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 (vedi ipotesi di 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 '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 sono 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 si-

mile 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 molto 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 base ad 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 generali. 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; 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 nell'agente).

Per quanto riguarda le differenze legate alla sanzione, senza entrare per il momento troppo nel merito della questione relativa agli scopi della pena, basterà qui evidenziare come, mentre il risarcimento del danno – sanzione tipica dell'illecito civile extracontrattuale – ha funzione tipicamente reintegrativa, la pena trova una 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 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, essendo per giunta la colpa un elemento controverso dell'illecito internazionale.

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 individuarne 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*) 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 anche perché rileva sotto numerosi profili di disciplina, pure nella prospettiva dei molteplici riflessi sistematici (elemento psicologico, tentativo, cause estintive del reato e della pena, misure di sicurezza, ecc.).

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 a 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*) 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) (la pena 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, comma 2 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) e
- b) quella *oggettiva* (senza né dolo né colpa).

Centrali nel nostro sistema sono altresì i principi di **umanità e rieducatività**. 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 condannato³.

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 al ‘reinsediamento’ 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.

³ Sulla funzione costituzionale della pena cfr., per tutti, con posizioni divergenti, BRICOLA, *Teoria generale del reato, in del reato*, in *Nss. Dig. it.*, XIX, 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, risulterebbe 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 difettesse 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 ragionevolmente 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 di carattere relativo con riferimento 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 sintesi, si conferma il carattere ‘sussidiario’ della pena, potendo intervenire solo quando sia senz’altro indispensabile; *extrema ratio* dell’intervento legislativo; *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 complessivo di disvalore del fatto), risulti almeno sufficiente per giustificare l'impiego di una tale, 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 dislavoro) 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)⁴.

Tutto questo vale anche ad illustrare la ragione per la quale il panorama degli illeciti penali pecchi fondamentalmente, 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) 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 logi-

⁴ Una precisa distinzione tra i due momenti dommatici della "meritevolezza di penale" 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"; e poi "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.).

co sviluppo. In base alla concezione teleologica le ragioni dell'intervento penalistico 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 (*infra*, capp. IV e V).

Ci riserviamo di approfondire altrove i principi appena enunciati (v. *infra*, par. 16 ss.).

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, 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 contenuto 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* – 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 dell'operatività uno solo di essi può dunque condurre a concludere nella specie delle garanzie che la CEDU prevede per la 'materia penale'. La Corte avalla peraltro, nei fatti, l'utilità di una valutazione cumulativa⁵.

La giurisprudenza della CEDU 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*⁶ (consolidati in una serie di pronunce successive), ha stabilito che la natura penale della sanzione è desumibile 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, in questo caso, è stata desunta dalla portata della confisca effettuata⁷. Anche nel caso *Varvara c. Italia* dell'ottobre 2013 la CEDU 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. 30/4/2013, 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 Diagnostic c. Italia* del 2011, con riferimento alle sanzioni in materia di Antitrust⁸.

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.*⁹. Quindi se una norma interna 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., in tal modo conferendo alla CEDU rango

⁵ Sentenza *Engel c. Paesi Bassi*, n. 5100/71, 8 giugno 1976, in *Foro it.*, 1977, IV, c. 1 ss., che è stata la prima ad affermare tale principio, che sarà 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 di giorni.

⁶ Sentenza *Welch c. Regno Unito*, n. 17440/90, 9 febbraio 1995.

⁷ V. sentenza *Sud Fondi c. Italia*, n. 75909/01, 20 gennaio 2009, in *Cass. pen.*, 5/2009, 3180 ss.

⁸ *Menarini Diagnostic c. Italia*, n. 43509/08, 27 settembre 2011.

⁹ 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.

‘sub-costituzionale’ nella gerarchia delle fonti e dunque ponendo sulla legge ordinaria un generale vincolo di conformità alle norme in essa contenute.

In virtù del riconosciuto rango sub-costituzionale della CEDU, la cui violazione 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 confisca¹⁰.

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 quest’ultimo si può comprendere veramente solo ispirandosi ad affinata sensibilità per la realtà socio-politica da cui è scaturita per quella realtà in cui è chiamata a vivere in conformità della *ratio* immanente al diritto medesimo. 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

¹⁰ Ad esempio 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 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.

non escluda una “sufficiente determinabilità” dei concetti usati dalle singole disposizioni incriminatrici (principio di determinatezza della norma e della fattispecie penale: v. *infra*, cap. II, par. 13).

La storia ha mostrato come possano determinarsi profonde rotture dell’idea della 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 § 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 adeguata¹¹. 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*, 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.

¹¹ 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.

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 sostanziali 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**¹², immaginando come motivo politico di depenalizzazione la contrarietà del fatto all'ordine morale, sia pur colto nei suoi momenti particolarmente significativi. Il Grisigni, 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'immorale¹³. Anche la posizione del Grisigni sembra criticabile, perché finisce con il negare la possibilità che risulti punito il fatto moralmente neutro ed a maggior ragione che il diritto appaia in contrasto con la morale, escludendo che il primo possa essere criticato proprio in ragione della sua immoralità (eventuale).

B) Nella ricerca delle **ragioni sociologiche di depenalizzazione**¹⁴, si pone in un'interessante prospettiva metodologica l'analisi della società come "sistema di interazioni" che pone decisamente l'accento sulla necessità di indagare quali siano le condizioni di "funzionamento" del sistema sociale di volta in volta maturate¹⁵. Il problema appare in tal modo più correttamente impostato, emergendo chiaramente come non si tratti di individuare un fattore universale, ma più fattori secondo un metodo che consideri le regole della struttura sociale e quindi le interazioni esercitate tra le diverse componenti della struttura. Risulta al contempo chiaro che il funzionamento del sistema non dipende da questo o quel fattore, ma da una particolare combinazione di tutti i fattori che interagiscono. Sicché anche lo studio della norma penale deve tener conto della funzione sociale che essa obiettivamente esercita. Vengono 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 interazioni sono innumerevoli. Così, è stato tra l'altro messo in rilievo come dall'esame delle *Funktionsbedingungen* dell'ordinamento sociale potrebbero enuclearsi i principi di valutazione che presiedono all'individuazione dei beni giuridici¹⁶.

¹² 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.

¹³ Cfr. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, I, rist., Milano, 1950, 148.

¹⁴ 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.

¹⁵ Cfr. AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt am Main, 1972.

¹⁶ Cfr. AMELUNG, *op. cit.*, 394.

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"¹⁷.

C) Su un piano molto diverso si colloca chi collega la previsione del reato alle **caratteristiche proprie delle conseguenze giuridico-penali**¹⁸. 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 bisognevole 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 (*retro*, n. 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)¹⁹.

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*, par. 14 ss.).

¹⁷ In tale offesa rinviene l'*ubi consistam* sociologico del reato il GRISPIGNI, *op. cit.*, II, 11; (nello stesso senso) I, 283 s.

¹⁸ Cfr. FROSALI, *Sistema penale italiano*, Torino, 1958, I, 339 s.; III, 193 ss.

¹⁹ 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 recentissimo 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. – 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. – 18. Conclusioni sull'attuale sistema delle pene e sulla loro esecuzione.

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 crimina-*

le ispirata al principio di stretta legalità e alla *progressiva 'umanizzazione' della pena*, 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 enorme 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**'; voglia cioè punire i termini del problema. Quest'ultimo:

- (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 fonda sulla responsabilità individuale per il 'fatto commesso'.

Il codice penale dell'Italia unificata (1870) diviene il codice Zanardelli che si ispira 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 ritenne 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), senza tuttavia riscuotere 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); in ciò favorita 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.