

Francesco Palazzo - Roberto Bartoli

CORSO DI DIRITTO PENALE

PARTE GENERALE

Nona edizione



G. Giappichelli Editore – Torino

CAPITOLO INTRODUTTIVO

EVOLUZIONE E CARATTERI GENERALI
DEL DIRITTO PENALE ITALIANO

SOMMARIO: 1. Dal codice Zanardelli alla Costituzione e al processo di europeizzazione. – 2. Le riforme penali più significative. – 3. L'organizzazione sistematica del codice penale italiano. La distinzione tra delitti e contravvenzioni.

1. Dal codice Zanardelli alla Costituzione e al processo di europeizzazione

Nella modernità giuridica, dalla Rivoluzione francese in poi, le disposizioni del diritto penale tendono a trovare la loro collocazione nel **codice**. Dalla seconda metà del secolo scorso, però, si è intensificata – anche nel diritto penale – la tendenza a legiferare con leggi *extra codicem*, fuori dal codice (dette anche “complementari” o “speciali”) (fenomeno della **decodificazione**). Recentemente, il legislatore penale italiano ha tentato di favorire un ritorno al codice, stabilendo che nuove disposizioni incriminatrici possono trovare posto solo nel codice, ovvero in leggi che disciplinano in modo organico la materia (c.d. principio della **riserva di codice**: art. 3 *bis* c.p.). Dovrebbe così ridursi il fenomeno delle incriminazioni *extravagantes* di difficile conoscibilità.

A) Il primo codice penale dell'Italia unita fu quello del 1889, cosiddetto “**codice Zanardelli**” dal nome del guardasigilli del tempo, entrato in vigore nel 1890. È conosciuto – anche all'estero, dove esercitò una consistente influenza – come il codice del liberalismo penale italiano. L'impronta liberale si coglie bene innanzitutto nel rispetto del principio di ascendenza illuministica di legalità dei reati e delle pene, quale fondamentale garanzia dell'individuo contro i possibili arbitri del potere punitivo statale. D'ispirazione liberale è, in secondo luogo, l'idea del reato inteso come fatto oggettivo dotato di una sua materiale offensività piuttosto che come mera manifestazione di un atteggiamento soggettivo di disobbedienza o di pericolosità. E in fine anche l'apparato sanzionatorio del codice Zanardelli è coerente con il pensiero liberale del tempo sia per la rinuncia alla pena di morte sia per l'adozione di pene nel complesso non esorbitanti.

B) Il codice del 1889 restò in vita fino all'entrata in vigore, il 1° luglio 1931, del cosiddetto “**codice Rocco**”, dal nome del guardasigilli (Alfredo Rocco, da non confondere con Arturo Rocco, suo fratello, che fu professore di diritto penale e influenzò grandemente i lavori della codificazione penale), *tuttora in vigore*. È difficile negare che il codice Rocco, dopo le grandi crisi prima dello Stato liberale e poi della Prima Guerra mondiale, si manifesta come uno dei prodotti legislativi più significativi del fascismo. E ciò non solo perché esso, promulgato nel momento del pieno consolidamento del regime, fa parte di un vero e proprio corpo legislativo penale, costituito oltre che da quello penale anche dal codice di procedura penale, dal fondamentale testo unico delle leggi di pubblica sicurezza e dal regolamento carcerario, tutti del 1930-31: un complesso così organico ed unitario quale solo un regime autoritario avrebbe potuto produrre contestualmente. I contenuti fondamentali del codice Rocco sono contrassegnati – in gran parte ancora oggi – da un’*ispirazione* inequivocabilmente *autoritaria*.

L’*ispirazione autoritaria* del codice del 1930 si coglie innanzitutto in una accentuata concezione statalistico-pubblicistica – anziché personalistico-individualistica – degli interessi o beni tutelati nella parte speciale, oltretutto fortemente contaminata dall’ideologia del regime fascista.

Per quanto più direttamente ci interessa in questa sede, l’autoritarismo del codice Rocco pervade non pochi istituti della parte generale del diritto penale. Innanzitutto, di grande significato è il generalizzato ed accentuato inasprimento sanzionatorio, che si manifesta nel ripristino della pena di morte (poi eliminata) e nella sua coesistenza con l’ergastolo, ma più in generale nella misura generalmente esorbitante delle pene comminate. In secondo luogo, sono molti gli istituti in cui le esigenze repressivo-punitive e di prevenzione generale prevalgono sui principi liberalgarantistici di colpevolezza (mediante la previsione di numerose ipotesi di responsabilità oggettiva) (v. oltre, § V.5.2) e di rigorosa previsione del fatto oggettivo di reato (come, in particolare, avviene nel tentativo e nel concorso di persone) (v. oltre, §§ VIII.2 e VIII.3). Inoltre, è ben vero che il codice Rocco segna un progresso rispetto al codice precedente in ragione della sua maggiore apertura nei confronti del reo, in accoglimento dell’idea di ascendenza positivista che la sanzione penale non deve corrispondere solo ad un fatto oggettivo ma anche adeguarsi alla personalità dell’autore. Ma questa “modernizzazione” avviene pur sempre nel segno dell’inasprimento della risposta sanzionatoria, attraverso la creazione delle altamente afflittive “misure di sicurezza” che, quando applicate all’imputabile, si vengono ad aggiungere – con una durata non predeterminata – alle pene vere e proprie (c.d. “doppio binario”) (v. oltre, § VII.6).

C) La **Costituzione del 1947** (entrata in vigore il 1° gennaio 1948) esprime

un ordine di valori radicalmente diverso da quello sotteso al codice penale del 1930. In generale, all'autoritarismo statalistico di quest'ultimo si sostituisce un ordinamento liberal-democratico fondato su valori personalistici e sociali-solidaristici. Ed anche per quanto riguarda più in particolare il diritto penale, la Costituzione non è priva di norme di immediata rilevanza per il nostro ramo del diritto. A parte il divieto della pena di morte (art. 27.4) e di ogni pena o trattamento contrari al senso di umanità (art. 27.3) (v. oltre, § I.7), vi è un complesso di norme costituzionali dall'insieme delle quali è possibile ricavare – come è stato detto – il “volto costituzionale” del diritto penale italiano: *legalità* dei reati e delle pene (v. oltre, § III.4 ss.), *colpevolezza* come presupposto indefettibile della pena (v. oltre, § I.4.1), necessaria oggettiva *offensività* del reato (v. oltre, § II.2 ss.), *finalità rieducativa* della pena (v. oltre, § I.6.2) sono i principi costituzionali che, non solo svolgono un ruolo di limite *garantista*, ma concorrono insieme a delineare una concezione del diritto penale in cui la ineliminabile contrapposizione “negativa” tra individuo e Stato, tra libertà ed autorità, si converte in una relazione “dialogica” secondo la quale il diritto penale è mezzo “positivo” di tutela e – ove possibile – di recupero della persona umana, delle vittime e dei rei, in un equilibrato vivere sociale. Al mutamento dello sfondo costituzionale del nostro ordinamento giuridico avrebbe dovuto corrispondere la riforma del codice penale italiano. Così non è stato: per ragioni che qui non è possibile analizzare, dopo oltre settant'anni da che è in vigore la Costituzione, tutti i tentativi di riforma organica del codice penale sono abortiti, lasciando l'Italia tra i pochi Paesi europei e non europei a non possedere un codice adeguato al nuovo spirito del tempo.

D) Attualmente, dopo il processo di **integrazione europea**, il diritto penale italiano deve essere coerente con gli obblighi internazionali (art. 117 Cost.) promananti non solo dal *Consiglio d'Europa* e soprattutto dalla *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* (firmata a Roma il 4 novembre 1950 e ratificata dall'Italia con legge 4 agosto 1955, n. 848), ma anche dall'ordinamento dell'*Unione europea* risultante dal Trattato di Lisbona (firmato il 13 dicembre 2007 e ratificato dall'Italia con legge 2 agosto 2008, n. 130), del quale è oggi parte integrante la *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* (c.d. Carta di Nizza). L'appartenenza dell'Italia al complesso ordine giuridico europeo comporta significative ricadute sul diritto penale sotto almeno due profili principali: quello delle *garanzie* per come esse vengono concepite dalle Corti europee in un'accezione e in un'estensione non sempre coincidenti con quelle nazionali; quello degli *oggetti di tutela*, imponendo spesso le istituzioni europee degli obblighi internazionali di tutela penale in aggiunta a quanto previsto dall'ordinamento interno.

2. *Le riforme penali più significative*

La mancanza di una riforma organica del codice non significa che il diritto penale italiano sia rimasto immutato tale e quale a quello delineato dal codice del 1930. Soprattutto dagli anni '70 del secolo scorso abbiamo infatti avuto la produzione di numerose **riforme** che hanno trasformato e reso complessivamente più complicato il sistema. Alcune di queste leggi sono servite per dare tutela a valori ed esigenze nuove, non di rado desumibili dal quadro costituzionale oltre che imposti dalla modernizzazione della realtà sociale e, soprattutto, dagli obblighi derivanti dall'Unione europea: basti pensare ad esempio alla legislazione in materia di ambiente o di sicurezza del lavoro o a quella in materia economico-finanziaria o di utilizzazione delle fonti energetiche, ecc. Altre, non poche, sono state motivate dalla necessità di fronteggiare più energicamente l'incremento quali-quantitativo della criminalità organizzata, prima terroristica e poi mafiosa. In tempi più recenti, vi sono state riforme ispirate alla finalità di rafforzare la "sicurezza pubblica" e in particolare la sicurezza urbana nei confronti di una criminalità diffusa e spesso violenta, che si ritiene collegata al fenomeno dell'immigrazione. Infine, negli ultimi anni, in una prospettiva di tutela più simbolica che reale, si è assistito all'introduzione di nuovi reati che tuttavia incriminano fatti che risultavano già punibili da altre fattispecie in vigore.

Per quanto più particolarmente interessa in questa sede, non sono certo mancate riforme di norme e istituti di *parte generale*. Di esse si darà conto analiticamente nel corso della trattazione. Qui conviene anticipare sinteticamente quelle che hanno finito per *rompere la originaria unitarietà del sistema penale*, creando dei veri e propri sistemi (o sottosistemi) paralleli a quello "tradizionale". Tutte riforme che, pur non avendo modificato il codice penale, hanno comunque dato origine a nuovi istituti di parte generale.

a) La legge 24 novembre 1981, n. 689 ha creato il sistema dell'**illecito punitivo amministrativo**: un tipo di illecito per così dire "para-penale", che presenta caratteri strutturali e funzionali omogenei a quello penale "tradizionale" ma, essendo sanzionato con pene non limitative della libertà personale ed essendo di conseguenza attribuito alla competenza dell'autorità amministrativa (non giudiziaria, dunque), è destinato ad accogliere violazioni di consistenza bagatellare, così da poter riservare l'illecito penale alla repressione dei fatti offensivamente più significativi (v. oltre, §§ I.8 e II.7.3). Con un risultato finale di razionalizzazione del sistema complessivo e di alleggerimento del carico gravante sulla macchina giudiziaria. Inoltre, il D.Lgs. 15 gennaio 2016, n. 7 ha creato il sistema dell'**illecito punitivo civile**, per cui alcuni fatti con vittima, realizzati in contesti interpersonali (ad. esempio l'ingiuria), obbligano l'autore, oltre che alla riparazione del danno secondo le leggi civili, anche al pagamento

allo Stato di una sanzione pecuniaria civile, applicata dal giudice competente a conoscere dell'azione di risarcimento del danno.

b) Su questa stessa linea della razionalizzazione del sistema complessivo, mediante distribuzione di competenze ad organi diversi da quelli della magistratura ordinaria sulla base delle diverse caratteristiche degli illeciti, va il D.Lgs. 28 agosto 2000, n. 274 col quale è stata attribuita **competenza penale al giudice di pace** (in attuazione della delega contenuta nella legge 21 novembre 1990, n. 374 e successive modificazioni). Il giudice di pace è un magistrato non togato ed ha dunque una preparazione tecnicamente meno approfondita, alla quale dovrebbe però corrispondere una particolare "prossimità" alle esigenze quotidiane della popolazione e una consistente semplificazione dei moduli di giudizio. In questo presupposto gli è affidata la competenza di reati di modesta gravità caratterizzati dall'essere espressione di microconflittualità interpersonale, tali non solo da poter essere sanzionati con pene non carcerarie ma soprattutto da poter essere eventualmente "risolti" attraverso provvedimenti di conciliazione tra le parti (v. oltre, § IX.2.1). Dunque, un sistema di giustizia minore che, pur rimanendo nell'area del diritto e della disciplina penale, è orientato verso sbocchi diversi da quelli tradizionalmente punitivi.

c) Una vera e propria rivoluzione del sistema è stata poi operata dal D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231 che (in attuazione della delega contenuta nella legge 29 settembre 2000, n. 300, a sua volta in ottemperanza di direttive della Comunità europea) ha introdotto la **responsabilità amministrativa da reato delle persone giuridiche**. Superando la tradizionale visione fisico-individualistico dell'illecito e della responsabilità penale (che si esprimeva nella massima *societas delinquere non potest*), e anzi prendendo atto del fatto che oggi la persona giuridica è non di rado la reale struttura organizzativa entro la quale si elaborano e si realizzano programmi criminosi di vasta pericolosità per beni fondamentali della moderna realtà economico-sociale, è stato creato un vero e proprio sistema parallelo di responsabilità delle persone giuridiche affidato alla competenza del giudice ordinario (v. oltre, § I.10). Formalmente amministrativo, il sistema presuppone da un lato la commissione di un illecito penale da parte di una persona fisica all'interno dell'organizzazione societaria e, dall'altro, implica una serie di adattamenti degli istituti tradizionalmente penalistici al fine di poter imputare quell'illecito anche alla persona giuridica come tale. Adattamenti che concernono non solo la tipologia delle sanzioni, tra le quali non potranno ovviamente esservi pene detentive, ma anche e soprattutto i criteri di imputazione oggettiva e soggettiva di un fatto criminoso ad un'entità complessa come è la persona giuridica o l'associazione. Talmente consistenti sono questi adattamenti da condurre il legislatore alla qualificazione come formalmente amministrativa di una responsabilità nascente pur sempre da un fatto penalmente illecito.

d) Infine, occorre dar conto della recentissima riforma (c.d. “riforma Cartabia”, dal nome della ministra della giustizia, Marta Cartabia, che ne guidò l’elaborazione proponendola poi al governo e al parlamento) realizzata con la legge 27 settembre 2021, n. 134 e col D.Lgs. 10 ottobre 2022, n. 150. Sebbene motivata dallo scopo – particolarmente sottolineato in sede europea – di ridurre la eccessiva durata dei processi, la riforma contiene molte disposizioni di carattere sostanziale, tra le quali vanno specialmente segnalate, oltre ad una radicale revisione della disciplina della **prescrizione del reato**, quelle relative alle **pene sostitutive** e quelle che introducono una disciplina organica della c.d. **giustizia riparativa**: entrambi questi due ultimi interventi di riforma sono orientati ad agevolare il processo di “**decarcerazione**” introducendo risposte sanzionatorie anche notevolmente diverse da quelle tradizionali. Peraltro, deve essere avvertito che, subito dopo il varo della riforma, a seguito delle elezioni politiche del settembre 2022, si è avuto un mutamento delle forze politiche maggioritarie che ha rimesso in discussione taluni degli interventi di riforma appena effettuati. Con la conseguenza che la situazione legislativa è attualmente relativamente incerta. In particolare, per quanto qui interessa, va segnalato che l’applicazione delle nuove norme sulla giustizia riparativa – che rappresentano il *novum* forse più significativo – è stata rinviata di sei mesi, al giugno 2023.

3. *L’organizzazione sistematica del codice penale italiano. La distinzione tra delitti e contravvenzioni*

A) Come già si è detto, non mancano leggi extracodicistiche che contengono non solo fattispecie incriminatrici (cioè norme di *parte speciale*), ma anche disposizioni relative a istituti di parte generale. I rapporti tra il codice e le leggi extracodicistiche sono disciplinati dall’art. 16 c.p., il quale dispone che le disposizioni del codice «si applicano anche alle materie regolate da altre leggi penali, in quanto non sia da queste stabilito altrimenti».

L’oggetto di questo *Corso* si limita alle norme di parte generale, che trovano la loro principale fonte nel *codice penale*. È perciò importante aver presente quale è l’architettura in base alla quale è **organizzato sistematicamente il nostro vigente codice**. Esso è diviso in “Libri”, “Titoli” e “Capi” (e talvolta anche in “Sezioni”). Lo compongono tre “Libri”: il primo contiene le disposizioni di “parte generale” (“*Dei reati in generale*”), cioè che si riferiscono in linea di principio a *tutti* i reati; il secondo e il terzo contengono le disposizioni di “parte speciale”, cioè l’elenco delle varie norme incriminatrici che descrivono i singoli reati (l’omicidio, il furto, la rapina, ecc.).

B) Pur essendo senz'altro legittima una nozione di “reato in generale”, **assolutamente fondamentale** è la **distinzione dei reati** nelle due categorie dei **delitti** e delle **contravvenzioni** sulla quale è impostato il nostro codice.

Non tutti i codici penali prevedono analoga bipartizione: alcuni non distinguono affatto, mentre altri conoscono addirittura una tripartizione (tra crimini, delitti e contravvenzioni). Allorché la distinzione è prevista, essa corrisponde naturalmente a ragioni sostanziali, comporta delle differenze nella disciplina delle diverse categorie ed implica dei criteri formali di riconoscimento di queste ultime.

a) Quanto alle ragioni *sostanziali*, premesso che è impossibile individuare criteri “ontologici” di distinzione, si può sinteticamente dire che i delitti costituiscono in linea di principio i reati più gravi, mentre le contravvenzioni prevedono illeciti di minore gravità. Più in particolare, è frequente che il legislatore si avvalga del modello contravvenzionale per allestire una tutela “anticipata” nei confronti di determinati beni, incriminando fatti – appunto non gravi – che sono in qualche modo propedeutici ad aggressioni più consistenti del bene tutelato. Indubbiamente, la presenza della categoria “minore” delle contravvenzioni ha favorito una certa tendenza alla moltiplicazione dei reati, spingendosi spesso il legislatore a sanzionare penalmente fatti anche lievi proprio in quanto previsti e puniti a titolo semplicemente contravvenzionale.

b) Quanto alle differenze di *disciplina*, esse saranno esaminate più dettagliatamente analizzando i singoli istituti in cui si manifestano. Qui ci limitiamo ad anticipare che esse riguardano sostanzialmente quattro istituti: (1) la disciplina dell'elemento soggettivo del reato, che nelle contravvenzioni può essere indifferentemente il dolo e la colpa, mentre nei delitti è di regola il dolo e comunque è differenziata la responsabilità a seconda che si tratti di dolo o di colpa (v. oltre, § V.5.2); (2) il tentativo, che è previsto solo per i delitti, mentre le contravvenzioni non possono essere punite nella forma tentata (v. oltre, § VIII.2.1); (3) la recidiva, che è oggi prevista solo per i delitti (non colposi); (4) l'oblazione, che è prevista solo per le contravvenzioni (v. oltre, § IX.6.4.2).

c) Quanto ai *criteri formali* di riconoscimento, è chiaro innanzitutto che, date le diversità di disciplina or ora viste, si pone un'ineludibile esigenza di poter stabilire con certezza assoluta quando si è in presenza di un delitto ovvero di una contravvenzione. A questo scopo il legislatore ha adottato dei criteri formali espressi nell'art. 39 c.p. Qui si legge che «i reati si distinguono in delitti e contravvenzioni, secondo la diversa specie delle pene per essi rispettivamente stabilite da questo codice». Dunque, il criterio distintivo è dato dalla *specie della pena* comminata. E, in effetti, l'art. 17 c.p. elenca le pene principali, che sono in *numerus clausus*, distinguendo quelle per i delitti (ergastolo, reclusione e multa) e quelle per le contravvenzioni (arresto e ammenda) (v. oltre, § IX.2.1).

C) Le **disposizioni di parte speciale** che prevedono i singoli reati sono **ordinate**, nei Libri II (dedicato ai *delitti*) e III (dedicato alle *contravvenzioni*), **sulla base dell'interesse** (o "**bene giuridico**") che esse sono dirette a tutelare. Già l'ordine estrinseco con cui i reati sono raggruppati lascia scorgere l'impronta statalistico-autoritaria del codice. Ed in vero i primi beni giuridici ad essere tutelati sono quelli di pertinenza dello Stato (Titolo I, "Dei delitti contro la personalità dello Stato"; Titolo II, "Dei delitti contro la pubblica amministrazione", ecc.), mentre solo agli ultimi posti vengono i beni di pertinenza della persona (Titolo XII, contro la persona, e Titolo XIII, contro il patrimonio).

PARTE I
I PRINCÌPI

CAPITOLO I

LA PENA

SOMMARIO: 1. Diritto penale, reato e pena. – 2. Tipologie e funzioni sanzionatorie. La sanzione punitiva. – 3. La funzione di prevenzione generale. – 3.1. La funzione di prevenzione generale “negativa”. – 3.2. La funzione di prevenzione generale “positiva”. – 3.3. La teoria della c.d. “prevenzione-integrazione”. – 3.4. Corollari e implicazioni della prevenzione generale. – 4. La retribuzione. – 4.1. La colpevolezza. – 4.2. La proporzione. – 4.3. Funzioni di garanzia dei principi di colpevolezza e di proporzione. – 5. Prevenzione speciale, rieducazione ed espiazione. – 5.1. Personalismo delle concezioni rieducative ed espiative della pena. – 5.2. Caratteri differenziali tra rieducazione ed espiazione. – 6. Polifunzionalità della pena. – 6.1. Funzioni della pena e forme di Stato. – 6.2. La pena nella Costituzione italiana. – 7. Il principio di umanità della pena. – 7.1. Assolutezza e relatività del principio di umanità della pena. – 7.2. L’influenza del principio di umanità sul sistema sanzionatorio. – 8. La c.d. giustizia riparativa. – 8.1. La nozione. – 8.2. I caratteri generali della disciplina. – 9. “Materia penale” e illeciti punitivi. – 10. La responsabilità “da reato” degli enti collettivi. – 10.1. Il tramonto del principio *societas delinquere non potest*. – 10.2. La disciplina italiana della responsabilità degli enti collettivi.

1. *Diritto penale, reato e pena*

Rispetto agli altri rami dell’ordinamento giuridico, il diritto penale presenta due caratteristiche qualificanti. In primo luogo, esso è *tutto ed esclusivamente* incentrato sulla previsione di *fatti illeciti* (i “**reati**”). In secondo luogo, il fatto *penalmente* illecito si distingue dagli altri illeciti di natura non penale per la particolare specie di *sanzione* prevista (la “**pena**”).

A) Quanto al primo carattere, si consideri che la funzione prioritaria del diritto civile, commerciale, amministrativo, ecc., è di prospettare ai soggetti privati e pubblici dei *modelli positivi* di comportamento ai quali l’ordinamento ricollega l’efficacia e gli effetti giuridici capaci di realizzare gli interessi sostanziali perseguiti dai soggetti agenti: così, ad esempio, il contratto, il testamento, lo statuto di una società, il procedimento e l’atto amministrativo, ecc. Solo una piccola parte del diritto civile, commerciale, amministrativo, ecc. concerne i comportamenti illeciti, tenuti dai consociati in violazione delle rispettive norme. Al contrario, il diritto penale indica solo dei *modelli negativi* di comporta-

mento, cioè dei fatti “indesiderati” perché socialmente nocivi e di cui pertanto l’ordinamento pretende l’astensione dai consociati. Certamente, non tutte le norme penali contengono la descrizione di fatti illeciti o di loro particolari aspetti. Ve ne sono, infatti, anche altre che disciplinano le conseguenze sanzionatorie del fatto illecito: ma anche queste sono in definitiva orientate allo stesso obiettivo finale di prevedere i fatti illeciti, che in effetti sono qualificabili come tali in virtù delle conseguenze sanzionatorie per essi stabilite.

B) Quanto al secondo carattere, va sottolineato che solo la previsione della pena distingue un fatto illecito penale da un illecito di altra natura, così che davvero si può dire che la **pena è il segno distintivo del diritto penale**. Conseguentemente, l’individuazione di questo ramo del diritto presuppone la definizione del concetto di pena.

A questo fine, si potrebbe pensare di ricavare la nozione di “pena” esclusivamente dal diritto positivo ed in particolare dall’art. 17 c.p., che invero contiene un elenco tassativo delle pene (c.d. principali) cui può ricorrere il legislatore penale. Tuttavia, l’esigenza di elaborare una nozione meta – o pre – legislativa di pena criminale si manifesta per più ragioni.

a) Innanzitutto, per un’esigenza puramente *didattica* e *concettuale*, per comprendere che cos’è che accomuna sostanzialmente in un unico *genus* le diverse specie sanzionatorie elencate nell’art. 17 c.p.

b) In secondo luogo, perché il legislatore *non può essere* interamente *libero* di qualificare come “pena” qualunque tipo di conseguenza sanzionatoria a suo totale piacimento. Non lo può fare perché qualificare come “penale” una data sanzione, e conseguentemente il correlativo fatto illecito cui quella è collegata, significa richiamare l’insieme dell’intera disciplina penale per la regolamentazione di quel fatto e di quella sanzione. Ed è evidente che la disciplina penale – l’insieme delle sue norme e dei suoi istituti – è il risultato di una lunga tradizione giuridica che l’ha forgiata ed elaborata come tale in rapporto proprio alle caratteristiche e alle finalità proprie della pena. Così che qualificare come pena una sanzione in realtà non corrispondente alle caratteristiche e finalità proprie della “penalità” significherebbe richiamare una disciplina giuridica (quella penale, appunto) del tutto estranea ed eterogenea rispetto alla sanzione utilizzata.

c) Infine, e soprattutto, la disciplina penale è subordinata – come vedremo meglio in seguito – a tutta una *serie di vincoli costituzionali ed euro-convenzionali*, ai quali il legislatore non potrebbe certo sottrarsi qualificando come formalmente *extrapenale* (civile, amministrativa, ecc.) una sanzione che fosse invece sostanzialmente una pena, in quanto del tutto corrispondente alla nozione pre-legislativa di sanzione criminale. Anzi, proprio da questa fondamentale esigenza di evitare possibili “truffe delle etichette” da parte dei legislatori nazionali deriva la nozione di “*materia penale*” elaborata *autonomamente* dalla

Corte di Strasburgo dei diritti dell'uomo al fine di identificare il campo di applicazione delle garanzie della Convenzione europea (CEDU), quale che sia la qualificazione data all'illecito dal legislatore nazionale. E la "materia penale", a sua volta, è individuata tramite la natura sostanziale della sanzione utilizzata.

2. Tipologie e funzioni sanzionatorie. La sanzione punitiva

A) Il modo più adeguato per cercare di cogliere l'essenza della pena è quello di confrontarla con le *altre tipologie sanzionatorie* sotto il profilo teleologico delle **diverse funzioni** che ciascuna di esse è destinata a svolgere. Va però preliminarmente avvertito che il *criterium individuationis* della funzione svolta, pur essendo senz'altro il più significativo, sconta il limite derivante dal fatto che non di rado una stessa tipologia sanzionatoria svolge contemporaneamente più funzioni.

a) La prima funzione che viene in considerazione è quella **ripristinatoria**. La realizzazione dell'illecito produce una situazione di sofferenza per quell'interesse che risulta offeso dal comportamento inosservante. Niente di più logico pertanto che alla sanzione, la quale segue alla realizzazione dell'illecito, sia attribuito il compito di togliere l'interesse da quella situazione di sofferenza in cui è venuto a trovarsi, ripristinando lo *status quo ante*. Sono queste le sanzioni ripristinatorie, che hanno la grande virtù di neutralizzare le conseguenze dell'illecito, almeno in linea tendenziale.

Tipi caratteristici di sanzioni con funzione ripristinatoria sono la *restituzione* (art. 1168 c.c.) e il *risarcimento del danno patrimoniale* in forma specifica (art. 2058 c.c.) o per equivalente (art. 2056 c.c.). Ma non mancano esempi di sanzioni ripristinatorie nel campo del diritto amministrativo, come può essere in particolare quella della demolizione dell'immobile abusivamente edificato (art. 30 D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380), oppure quella dell'obbligo della remissione in pristino per le violazioni concernenti la tutela delle zone di particolare interesse ambientale (art. 181.1 D.Lgs. 22 gennaio 2004, n. 42). Obblighi ripristinatori sono previsti anche in campo penale, ma presuppongono pur sempre che l'illecito sia qualificabile come penale in ragione della comminatoria di una pena (v. ad es. l'art. 452 *duodecies* c.p.).

b) La seconda funzione è quella **conciliativa**. Nella premessa che ogni violazione comporta una situazione di conflittualità non risolta tra due, o più, soggetti, vanno oggi suscitando nuovo interesse tecniche sanzionatorie consistenti nella "*mediazione*" tra le posizioni venutesi a trovare in conflitto a seguito della violazione, così da pervenire alla conciliazione delle parti. Attualmente è in atto un notevole sviluppo della conciliazione nel diritto civile e commerciale. Nell'area del diritto penale, invece, gli istituti conciliativi non sono molto sviluppati. Un esempio significativo si può trovare tra le disposizioni sulla

competenza penale del giudice di pace (art. 29.4 D.Lgs. 274/2000), ove è disposto che nell'udienza di comparizione, quando si tratta di reato perseguibile a querela, «il giudice promuove la conciliazione tra le parti». L'avvenuta conciliazione estingue il reato. Altro esempio lo si rinviene nel diritto minorile, ove l'istituto della sospensione del processo con messa alla prova del minore autore di reati contempla la possibilità che il giudice adotti «prescrizioni dirette a promuovere la conciliazione del minore con la persona offesa dal reato» (art. 28.2 D.P.R. 22 settembre 1988, n. 448).

Pur non essendo sconosciuti al diritto penale, gli istituti conciliativi presuppongono tuttavia che l'illecito sia qualificabile come penale in ragione della comminatoria di una pena.

c) Una funzione da sempre particolarmente importante delle sanzioni giuridiche è, in terzo luogo, quella **preventiva**, mediante la quale l'ordinamento tende ad evitare la futura commissione degli illeciti.

In via generale e preliminare va detto, a questo proposito, che, nell'allestimento di sanzioni con prevalente funzione preventiva, l'ordinamento è fortemente mutuatorio delle conoscenze empiriche e scientifiche in ordine alle condizioni e alle possibilità di determinare efficacemente il comportamento dei consociati in modo da prevenire appunto le loro condotte illecite.

Più particolarmente si deve osservare che sotto la generica funzione di prevenzione si collocano svariati meccanismi di condizionamento del comportamento umano. Si può innanzitutto distinguere a questo proposito tra prevenzione mediante *impedimento* e prevenzione mediante *persuasione*.

(1) Le sanzioni con funzione di prevenzione mediante **impedimento** consistono in sostanza nella frapposizione di ostacoli di natura fisico-materiale tra il soggetto autore della violazione e la ripetizione da parte sua dell'illecito. Sia che questi ostacoli attengano alla persona fisica dell'autore, come potrebbe essere ad esempio la castrazione del colpevole di reati sessuali; sia che questi ostacoli attengano invece alle cose, ai mezzi, alla situazione che rendono possibile od agevolano la commissione degli illeciti, come ad esempio la confisca della droga posseduta dallo spacciatore ovvero la chiusura dello stabilimento in cui si svolge un'attività produttiva o commerciale in violazione delle relative norme.

La funzione impeditiva è propria altresì delle c.d. sanzioni *incapacitative*, che frappongono ostacoli di tipo giuridico-normativo all'esercizio di attività nello svolgimento delle quali potrebbe aver luogo la reiterazione dell'illecito: così, ad esempio, la revoca della patente per chi ha commesso violazioni stradali o la incapacità a svolgere una determinata attività negoziale per chi ne ha abusato a scopi fraudolenti.

(2) La funzione di prevenzione mediante **persuasione** presenta caratteri di maggiore complessità, dovendosi ulteriormente distinguere sulla base di due criteri tra loro intersecantisi.

In primo luogo, occorre distinguere a seconda dei *soggetti* che si pongono quali *destinatari* dell'opera di persuasione svolta dalla sanzione. E cioè a seconda che l'effetto persuasivo sia ricercato nei confronti dello *stesso soggetto* individuale che subisce la sanzione nella sua concreta applicazione (prevenzione c.d. *speciale*), oppure sia ricercato nei confronti di soggetti terzi, appartenenti a cerchie più o meno vaste e financo coincidenti con l'intera ed indistinta generalità dei consociati (prevenzione c.d. *generale*). Superfluo precisare poi che di regola una stessa sanzione persegue congiuntamente sia la funzione di prevenzione speciale che quella di prevenzione generale.

In secondo luogo, occorre distinguere a seconda dello *strumento* di persuasione utilizzato. Da un lato, infatti, per persuadere si può sfruttare l'effetto *intimidativo* derivante dal contenuto afflittivo tipico della sanzione. E ciò sia per quanto riguarda l'effetto intimidativo subito dallo stesso soggetto cui è irrogata la sanzione che viene così in qualche modo "ammonito" a non reiterare la violazione dei precetti dell'ordinamento (prevenzione mediante intimidazione speciale); sia per quanto riguarda l'effetto intimidativo subito dai soggetti "terzi" mediante la consapevolezza che essi acquisiscono della sanzione minacciata e inflitta agli autori dell'illecito (prevenzione mediante intimidazione generale).

Dall'altro lato, l'effetto persuasivo può essere perseguito mediante l'orientamento *pedagogico-educativo*, diretto ad ottenere, nel caso di prevenzione "speciale", un migliore adattamento sociale del soggetto ai valori e alle norme dell'ordinamento; nel caso di prevenzione "generale", una più diffusa e convincente affermazione dei valori propri dell'ordinamento, così da accreditarli quali motivi determinanti dell'agire dei consociati e da ridurre la consistenza dei comportamenti non conformi all'ordinamento.

B) Sulla base di quanto fin qui detto, le fondamentali tipologie sanzionatorie risultano essere le seguenti: *a)* sanzioni ripristinatorie; *b)* sanzioni conciliative; *c)* sanzioni impeditive; *d)* sanzioni **punitive**.

Mentre le prime tre categorie ricavano la loro denominazione univocamente dalla funzione, le sanzioni punitive presentano una maggiore complessità funzionale. Sono sanzioni punitive quelle che, consistendo essenzialmente nell'*inflizione di una sofferenza*, perseguono principalmente la funzione di *prevenzione* mediante persuasione, pur potendo essere presente anche una componente *impeditiva*. Ma soprattutto, accanto alla loro principale funzione di prevenzione generale, e in ragione del loro contenuto necessariamente *afflittivo*, le sanzioni punitive esercitano una insopprimibile funzione di *stigmatizzazione* del reo per il resto commesso: un aspetto funzionale, questo, che riflette un innato bisogno sociale di **rimprovero** nei confronti di chi fa il "male" (funzione **retributiva**). Posto, poi, che la sanzione punitiva – in quanto afflittiva – colpisce la *persona* del reo, il pensiero giuridico-penale ha sviluppato l'idea di poter intervenire sulle caratteristiche personologiche del condannato onde ot-

tenerne un mutamento spirituale o psicologico in senso maggiormente rispettoso dei valori fondamentali (funzione **rieducativa** o di prevenzione speciale mediante rieducazione).

In conclusione, **la sanzione punitiva persegue di regola tre funzioni: prevenzione generale (mediante intimidazione ed orientamento socio-culturale); retribuzione; rieducazione.** Vi è insomma nella sanzione punitiva un'insopprimibile **polifunzionalità** per cui *varie* funzioni coesistono in un equilibrio storicamente condizionato dai diversi orientamenti culturali.

Specie classiche di sanzioni punitive sono le pene detentive e quelle pecuniarie.

Va sottolineato che le sanzioni punitive si rivelano dotate di un'utilità immediata per la tutela degli interessi protetti assai più modesta rispetto a quella delle sanzioni ripristinatorie ed impeditive. Le sanzioni punitive, infatti, non sono in grado di conseguire quella utilità massima garantita dalla sanzione ripristinatoria con l'eliminazione delle conseguenze dell'illecito. E non è nemmeno detto che riescano a realizzare quel risultato – tipico delle sanzioni impeditive – di interposizione di ostacoli specifici e “mirati” all'impedimento della futura reiterazione dell'illecito: basti pensare, al riguardo, alla pena pecuniaria.

Per contro, il grande “pregio” delle sanzioni punitive consiste, da un lato, nella loro finalità di *prevenire* la realizzazione dell'illecito (che le rende, sotto questo aspetto, preferibili a quelle ripristinatorie) e, dall'altro, nella loro potenziale efficacia preventiva verso la *generalità* indistinta dei consociati (che le rende, sotto quest'altro aspetto, preferibili a quelle solamente impeditive). Tuttavia, l'utilità delle sanzioni punitive è caratterizzata da un'elevata componente di aleatorietà. Invero, le funzioni di prevenzione delle sanzioni punitive fanno leva su meccanismi psichici di condizionamento la cui efficacia ed effettività non può essere scientificamente dimostrata ed empiricamente verificata che in piccola parte.

Il diritto penale è caratterizzato dalla utilizzazione di sanzioni punitive.

3. La funzione di prevenzione generale

La complessità funzionale delle sanzioni punitive deve essere analizzata esaminando innanzitutto la funzione di **prevenzione generale**, che solitamente costituisce l'obiettivo che motiva il legislatore a ricorrere alla pena.

3.1. La funzione di prevenzione generale “negativa”

A) Lo *schema logico* della funzione generalpreventiva mediante **intimidazione (o prevenzione generale “negativa”)** è di una sorprendente semplicità.

La pena consiste in una “sofferenza” (cioè in una privazione o limitazione di diritti individuali), che viene *minacciata* dal legislatore nei confronti della generalità dei consociati come conseguenza necessaria dell’illecito a carico di chi lo abbia realizzato in concreto, così da dissuadere i consociati dalla commissione degli illeciti. L’*inflizione* e l’*esecuzione* successive nei confronti del singolo soggetto autore dell’illecito costituiscono un momento irrinunciabile al fine di mantenere efficacia intimidativa generale alla minaccia della pena. In effetti, se quest’ultima non venisse poi eseguita, col tempo la minaccia perderebbe di credibilità. Dunque, lo schema funzionale della prevenzione generale mediante intimidazione è costituito da due momenti: quello della minaccia, che è anteriore alla commissione dell’illecito e rivolto verso la generalità; e quello dell’irrogazione, che è successivo alla commissione dell’illecito e concerne il singolo autore del fatto criminoso. Il loro nesso è funzionalmente inscindibile.

B) L’apparente semplicità dell’idea di prevenzione generale mediante intimidazione non è però immune da **obiezioni** di natura sia strettamente empirica che teorico-ideologica.

a) Sotto il primo punto di vista, recenti *indagini empiriche* hanno dimostrato che nella reale dinamica sociale delle motivazioni al comportamento, la minaccia e l’effetto intimidativo della pena giocano un ruolo pressoché marginale rispetto a fattori motivazionali diversi capaci di orientare il comportamento individuale nel senso sia dell’osservanza che della violazione delle norme giuridiche. Ed invero, da un lato esistono soggetti che – pienamente adattati e persuasi dei valori assunti dall’ordinamento – tengono comportamenti osservanti per intima convinzione e, dall’altro, soggetti che – esposti alla prevalente azione di fattori endogeni od esogeni di disadattamento – rimangono “insensibili” alla pretesa efficacia motivazionale della minaccia penale. Rispetto, invece, alla fascia intermedia di soggetti che ispirano il loro comportamento ad un ipotetico calcolo probabilistico di utilità, comparando vantaggi e svantaggi dell’azione criminosa, l’effetto motivazionale e dissuasivo della pena potrebbe continuare ad essere ipotizzato con qualche fondamento.

b) Rispetto poi a questa tipologia di soggetti, nei confronti dei quali si può ragionevolmente ipotizzare l’effetto intimidativo della pena, sono state avanzate anche *perplexità* di natura *teorico-ideologica*. In sostanza, si è osservato che questa idea di un individuo motivabile dalla minaccia della pena pecca per astrazione razionalistica, presupponendo un modello astratto e molto ipotetico di destinatario, concepito come dotato di una libertà del volere tanto incondizionata da essere irrealistica. Un simile tipo di essere umano esisterebbe in definitiva solo nell’utopia razionalistica ed egualitaria del liberalismo individualistico ottocentesco.

Pur non essendo prive di fondamento, le precedenti obiezioni non paiono

risolutive. Esse sono adeguate a mettere in luce i limiti della prevenzione generale mediante intimidazione, piuttosto che a negarne radicalmente la plausibilità teorica e pratica.

C) I **reali problemi** cui va incontro la prevenzione generale “negativa” o mediante intimidazione sono semmai costituiti dal rischio di una sua *degenerazione* e di *eccesso repressivo*. In effetti, radicalizzando la premessa di un funzionalismo punitivo affidato interamente all’efficacia dissuasiva (del contenuto afflittivo) della sanzione, è altamente probabile la tendenza politico criminale ad “ottimizzare” quell’efficacia mediante un progressivo innalzamento dell’afflittività punitiva: fino all’estremo – non del tutto ignoto alla storia del diritto penale – di un vero e proprio terrorismo sanzionatorio in cui la pena capitale sia l’unica pena per tutte le violazioni. In secondo luogo, la prevenzione generale “negativa”, in quanto privilegia la funzione intimidativa della pena, espone il sistema ai condizionamenti e alle oscillazioni delle contingenze: l’incremento statistico-quantitativo di certe forme di criminalità e l’accentuarsi dell’“allarme sociale” non possono che provocare, in questa prospettiva, una risposta reattiva dell’ordinamento in termini di rafforzamento dell’afflittività nella persuasione che la maggiore forza intimidativa così sprigionata faccia diminuire il numero dei reati.

3.2. *La funzione di prevenzione generale “positiva”*

Si è recentemente verificata una interessante evoluzione delle teorie sulla prevenzione generale tendente a superare i limiti del puro meccanismo intimidativo, per esaltare invece componenti generalpreventive di tipo **educativo** (**prevenzione generale c.d. “positiva”**).

Si è infatti sottolineato come la comminatoria legislativa della pena, accanto all’effetto intimidativo, esplica un diffuso effetto “pedagogico” di *accreditamento sociale dei valori tutelati* mediante la formale stigmatizzazione dei comportamenti criminosi, così da favorire l’astensione spontanea – motivata cioè per “interna” adesione – dai comportamenti inosservanti.

L’idea che le norme penali abbiano la funzione di promuovere e accreditare i valori sociali tutelati dall’ordinamento, sollecitandone così l’*intima* acquisizione da parte dei consociati, può favorire la tendenza ad un uso “promozionale” del diritto penale politicamente discutibile. Invero, dinanzi ad una situazione di conflittualità o semplicemente di pluralismo ideologico intorno alla significatività e “dignità” di un determinato valore (si pensi, ad esempio, a quelli coinvolti nelle questioni di bioetica), il legislatore può subire la tentazione di “approfittare” della particolare efficacia persuasiva della sanzione penale per agevolare in tal modo l’interiorizzazione di un valore che – se lasciato

invece al dibattito pluralistico – avrebbe potuto anche affermarsi con caratteri ed intensità diversi. Si tratterebbe, dunque, di un uso illiberale del diritto penale tendente a “forzare” le coscienze dei consociati.

3.3. La teoria della c.d. “prevenzione-integrazione”

Un cenno deve infine essere fatto ad una particolare variante della teoria della prevenzione generale positiva, in cui si prescinde totalmente da qualunque meccanismo di condizionamento psichico (negativo-intimidativo o positivo-educativo) dei soggetti consociati. La variante della prevenzione generale positiva di cui occorre ora far cenno prende più precisamente il nome di “**prevenzione-integrazione**”, in quanto attribuisce alla pena una funzione di integrazione sociale.

In breve, la teoria della “prevenzione-integrazione”, senza pretesa alcuna di ottenere dalla pena un effetto di condizionamento dell’agire umano *individuale*, dà – per così dire – per scontata la presenza nel sistema sociale dei comportamenti inosservanti e ad essi contrappone la pena come mezzo per riequilibrare e ristabilire quella fiducia istituzionale indispensabile all’integrazione e stabilità sociale. Posto che il crimine suscita diffusi sentimenti di insicurezza, di reazione e anche di vendetta, l’“istituzione penale” assolve il compito di mantenere in equilibrio la società.

In questa prospettiva, il diritto penale si “de-personalizza” rispetto agli autori dei fatti criminosi, divenendo uno fra i tanti sistemi di integrazione sociale, i cui elementi strutturali sono interamente ispirati alla finalità sistemica di assicurare la fiducia istituzionale dei consociati, secondo moduli e schemi interamente tracciati dalle esigenze di integrazione e stabilità sociale. In definitiva, la pena e il sistema penale divengono una variabile dipendente dall’esigenza di fiducia, stabilità e integrazione del sistema istituzionale di coesistenza sociale. Sono, pertanto, evidenti i rischi di consegnare la fisionomia del diritto penale alla irrazionalità dei sentimenti di sicurezza sociale.

3.4. Corollari e implicazioni della prevenzione generale

A differenza delle sanzioni ripristinatorie ed impeditive, la finalità di prevenzione generale delle sanzioni punitive non implica tanto una specifica adeguatezza dei contenuti sanzionatori rispetto alle peculiarità della violazione (la restituzione della cosa illecitamente detenuta; la chiusura dell’esercizio commerciale se l’illecito è consistito nella vendita), quanto piuttosto il necessario **carattere afflittivo** del contenuto sanzionatorio. Anzi, è verosimile la presun-