

Domenico Pulitanò

# Diritto penale

DECIMA EDIZIONE



**Giappichelli**

## PREFAZIONE. ISTRUZIONI PER L'USO

Studiare il diritto penale è cosa diversa e più complessa che imparare i contenuti di un manuale. Il manuale è uno strumento, non l'oggetto della conoscenza da acquisire. È un genere letterario la cui funzione eminentemente didattica non offusca, e caso mai accentua, esigenze di rigore concettuale, chiarezza espositiva e completezza d'informazione.

Scrivere e riscrivere un manuale mette di fronte ai propri limiti di conoscenza, e anche ai limiti della cultura dell'epoca. Qualsiasi scienza (non solo la così problematica scienza giuridica) procede *pedetemptim*, mette piede su terreni nuovi ed incerti, avanza per prova ed errore.

Un manuale di diritto penale deve offrire un'informazione di base sull'ordinamento oggetto di studio: nel nostro caso, il diritto penale italiano vigente, nel suo contingente assetto qui ed ora. Ma non può limitarsi a questo. Gli ordinamenti giuridici sono risposte storicamente contingenti a problemi di disciplina. Per comprendere il senso delle risposte è necessario partire dai problemi.

Il diritto penale non è una materia semplice. Il suo studio chiede attenzione, forse un impegno faticoso; presuppone il livello di cultura, non solo giuridica) che dovrebbe avere uno studente già introdotto nel mondo del diritto. Per tentare di rendere appetibile questo studio non v'è altra strada che mostrare l'importanza delle sfide poste dai problemi dei delitti e delle pene, del proibire e punire. Sono problemi che riguardano la vita e la convivenza di tutti noi.

Agli studenti è dovuta un'informazione completa secondo standard tradizionali; ma anche una particolare attenzione ai temi e problemi più importanti. Occorre cercare un ragionevole equilibrio, evidenziando l'essenziale ed evitando il troppo e il vano. Il testo presentato ai lettori, nel succedersi delle edizioni, è il risultato (non sta all'autore dire se e quanto riuscito) di un lavoro di affinamento progressivo.

Vengo alle istruzioni per l'uso. L'obiettivo dello studio è comprendere il

senso degli istituti dell'ordinamento penale. Non serve mandare a memoria formule scolastiche.

È essenziale acquisire una buona capacità di consultazione del codice penale e dei testi normativi in genere. L'operatore giuridico deve saper cercare e riuscire a trovare le norme che di volta in volta interessano, senza imparare a memoria articoli e numeri di articolo, e possibilmente senza andare a frugare nell'indice. Per gli studenti alle prime armi è una pratica insostituibile consultare assiduamente il codice per impararne la struttura: la partizione delle materie, la collocazione degli argomenti.

Il nostro studio è, in parte, un apprendimento di linguaggi: il linguaggio del legislatore, il linguaggio della scienza giuridica. L'impegno preliminare di apprendimento di linguaggi e concetti può risultare faticoso e poco gratificante; lo studente potrà coglierne ed apprezzarne il valore quando si troverà di fronte a problemi di sostanza, relativi ai principi e alle concrete scelte di disciplina.

I manuali sono ovviamente scritti per essere letti. Altrettanto ovviamente, non tutto ciò che è in essi contenuto ha uguale importanza. L'informazione dovuta da un manuale è più ampia di quella che sia ragionevole assimilare a fondo. Sta all'intelligenza del lettore riconoscere ciò che è più o meno importante (per gli studenti alle prime armi la selezione di ciò che è importante sarà facilitata dalla frequenza alle lezioni).

I temi del delitto e della pena hanno significativi riflessi nelle produzioni culturali della nostra civiltà, dalla letteratura alla filosofia alle arti. Il 'penale' ha che fare con il problema del male, e delle risposte delle società degli uomini di fronte a ciò che ritengono essere il male; il diritto penale è prodotto e specchio significativo del modo di essere e dei valori della società che lo esprime.

Chi abbia interesse per il penale, e non si accontenti d'uno studio manualistico, troverà abbondante materia nei *mass media*, specchio (talora deformante) della rilevanza che problemi di criminalità e di giustizia penale hanno assunto nel nostro paese e in tutto il mondo. Troverà elementi di riflessione nella letteratura, soprattutto nella grande letteratura.

Uno studio serio richiede un atteggiamento critico, una interrogazione dei testi aperta a nuove conoscenze e a nuovi argomenti, fatta con indipendenza di giudizio.

In una pagina di Goethe che può valere come splendida, ironica introduzione agli studi universitari, Mefistofele (il diavolo, travestito da Faust) al-

l'aspirante allievo che vorrebbe studiare teologia dà questo suggerimento: *“la cosa migliore è che seguiate le lezioni di un solo docente e che giuriate sulla parola del Maestro. In tutto e per tutto, tenetevi alle parole! Allora arriverete, attraverso la porta sicura, al tempio della certezza”* (*Faust*, trad. it. di G.V. Amoretti).

*Jurare in verba magistri* è una *tentazione diabolica*: questo ha inteso dire il grande poeta della modernità. I maestri vanno ascoltati con attenzione critica, non riecheggianti alla lettera; i migliori allievi sono quelli che sapranno andare oltre.



PARTE I  
IL PROBLEMA PENALE



# CAPITOLO 1

## INTRODUZIONE

*Acrius ex ira quod enim se quisque parabat  
ulcisci quam nunc concessumst legibus aequis,  
hanc od rem est homines pertaesum vi colere aevom.  
Inde metus maculat poenarum praemia vitae.*  
(LUCREZIO, *De rerum natura*, V, 1148 s.)<sup>1</sup>

*Per me si va ne la città dolente*  
(DANTE, *Inferno*, III, 1)

SOMMARIO: 1. L'oggetto di studio: problemi dei delitti e delle pene. – 2. Il diritto penale come modo di disciplina. – 3. La struttura degli ordinamenti penali. – 4. La scienza giuridica penale. – 5. Scienza giuridica e saperi sul mondo. – 6. Diritto e morale. – 7. Il problema della legittimazione del diritto penale.

### 1. *L'oggetto di studio: problemi dei delitti e delle pene.*

Definiamo diritto penale (o diritto criminale) il settore dell'ordinamento giuridico che si interessa di fatti (delitti o crimini) valutati come gravi forme di aggressione a diritti o interessi dei singoli o della collettività, e della reazione (la pena) prevista per gli autori di delitti, caratterizzata da contenuti afflittivi anche molto pesanti.

Si definisce **norma penale** una norma che può essere ricostruita secondo il seguente schema. La prima parte consiste in un **precetto**: un **divieto** di realizzare un dato fatto (non uccidere, non rubare, e simili), o, più raramente, un **co-**

---

<sup>1</sup>“Poiché ognuno nell'ira s'apprestava a vendetta / più crudele di quella che ora concedono le giuste leggi, / per questo agli uomini venne a tedio il vivere una vita di violenza. / Da allora il timore delle pene guasta i piaceri della vita” (traduzione di Giacottini).

*mando* di fare qualcosa (per es.: se ti imbatti in una persona in pericolo, devi prestare soccorso). La seconda parte indica la *sanzione minacciata dalla legge* per il caso di violazione del precetto.

Negli ordinamenti giuridici positivi le due parti (precetto e sanzione) possono essere previste in un'unica disposizione di legge (come di solito fanno i codici penali), oppure in più disposizioni fra loro collegate (come spesso avviene in leggi speciali in cui la sanzione penale è prevista 'a chiusura' di discipline amministrative).

Si definisce *reato* il *tipo di fatto* cui la norma ricollega la minaccia di pena. Nei codici moderni il precetto è usualmente formulato come descrizione del fatto previsto come reato, usando il modo indicativo ('chi cagiona la morte di un uomo è punito con la pena di ...') invece dell'imperativo ('non uccidere').

L'ordinamento penale positivo comprende una serie più o meno ampia di *figure o fattispecie* di reato, descritte in via generale e astratta da una norma penale: omicidio, furto, e così via. Nell'uso corrente il termine 'reato' viene usato sia in relazione alla *fattispecie astratta* o *tipo di reato* (per es., diciamo che il codice penale italiano descrive nell'art. 624 la fattispecie tipica di furto), sia in relazione ad un *fatto concreto* corrispondente alla fattispecie legale.

La definizione di reato è puramente *formale*, nel senso che non dice nulla su requisiti o elementi o contenuti del reato. Dà la *regola d'uso del concetto di reato*, ed in ciò sta la sua utilità.

Nel linguaggio dei giuristi sono usate formule riassuntive che indicano contenuti o requisiti generali del fatto punibile. Le più diffuse sono quelle che definiscono il reato (quanto a struttura) come *fatto tipico, antiggiuridico e colpevole*, oppure (avendo riguardo alla funzione del diritto penale) come *offesa di un bene giuridico*. Proposizioni di questo tipo *non* indicano la regola d'uso del termine 'reato', ma riassumono in una formula sintetica i requisiti che una condotta deve presentare, per potere essere qualificata come reato secondo un dato sistema o modello normativo.

La definizione della norma penale presuppone un concetto contenutistico di pena (sanzione affittiva non risarcitoria), e il collegamento con un precetto relativo a fatti dell'uomo. Questa definizione taglia fuori l'ipotesi che una pena possa essere inflitta per decisione arbitraria di una autorità, e l'ipotesi che i presupposti legali della pena possano essere qualcosa d'altro dalla violazione di un precetto. Tali ipotesi non sono impensabili, ma sarebbero inaccettabili entro la nostra civiltà del diritto.

La filosofia politica moderna inquadra il problema penale fra i problemi della formazione di ordinamenti statuali. Per uscire da uno stato di guerra di tutti contro tutti, dall'originario e immaginario 'stato di natura', gli uomini accettano di sottomettersi, in condizioni di parità, ad un potere sovrano cui viene conferito il monopolio della forza ed il potere di porre ed attuare le leggi che tutti sono tenuti a rispettare.

*Covenants, without sword, are but words*<sup>2</sup>: gli accordi, senza il sostegno della spada, sono solo parole. Con la minaccia di pene si intende legare gli uomini all'osservanza dei patti e delle leggi da cui dipende la possibilità di una convivenza sicura. La giustizia punitiva viene spontaneamente sentita come la giustizia per eccellenza, che tiene in una mano la bilancia, e nell'altra la spada. I versi scelti come epigrafe di questo libro dedicato al problema penale – di un grande poeta 'laico' dell'antichità e del sommo poeta della cristianità – intendono segnalare l'importanza dei problemi di giustizia e l'ambiguità del penale. Violenza, paura e sofferenza, che il diritto punitivo intende combattere, sono anche sue caratteristiche intrinseche.

*La giustizia nelle società di uomini è un problema sempre aperto, non un postulato da cui partire.* Di fatto, nella storia antica e moderna, e ancora oggi, precetti penali e pratiche punitive sono stati e sono molto spesso produzione non di giustizia, ma di ingiustizie.

Un sistema penale positivo non nasce nel vuoto, ma dentro una realtà che lo condiziona in vario modo: con i problemi che pone, con gli strumenti che offre. I problemi di disciplina riguardano l'agire umano, e in particolare l'agire 'offensivo': problemi non dipendenti dal legislatore, cui il legislatore dà le sue risposte.

*Lo studio di un ordinamento penale positivo è lo studio di una 'risposta locale'*<sup>3</sup>, storicamente determinata, al problema dei delitti e delle pene. Uno studio serio del diritto dovrebbe evitare che, come è stato criticamente osservato<sup>4</sup>, crescano "generazioni di studiosi di norme, non di problemi". Cercheremo di essere, innanzi tutto, studiosi di problemi.

---

<sup>2</sup> HOBBS, *Leviathan*, 1651, cap. XVII, §. 1., trad. it., Milano, 2004.

<sup>3</sup> G.P. FLETCHER, *Grammatica del diritto penale*, trad. it., Bologna, 2004, p. 16.

<sup>4</sup> F. STELLA, *Giustizia e modernità*, Milano, 2001, p. 45.

## 2. Il diritto penale come modo di disciplina.

Come settore dell'ordinamento giuridico, il diritto *penale* si definisce in relazione a un particolare *modo di disciplina*: la *previsione di un particolare tipo di sanzione – la pena – quale conseguenza normativamente collegata al verificarsi di determinati fatti*.

Il criterio adottato per definire il diritto penale è diverso da quello adottato per le altre grandi partizioni dell'ordinamento giuridico. Il diritto civile, il diritto processuale, il diritto amministrativo e le loro partizioni sono definiti avendo riguardo a *campi di materia* che ne costituiscono l'oggetto di disciplina. Non così il diritto penale: qualsiasi campo diviene materia penale, quando per la sua disciplina sia fatto ricorso (non necessariamente in via esclusiva) alla sanzione 'pena'. Fra il diritto penale e le altre grandi partizioni dell'ordinamento giuridico non vi è separazione netta di campi di materia, ma vi sono sovrapposizioni e interferenze.

Di fatto, gli ordinamenti penali presentano un nucleo centrale stabile: dal delitto per eccellenza, l'omicidio, al delitto più diffuso, il furto, ad altri gravi fatti di trasgressione del principio generale *neminem laedere* (non arrecare offese ad altri). *Delitti naturali*, si usa dire.

Per mettere a fuoco i caratteri e i problemi specifici della sanzione penale, è utile un confronto con il sistema della responsabilità civile. Dal fatto illecito produttivo di danno scaturisce un obbligo di risarcimento, finalizzato a ricostituire nel patrimonio del danneggiato un equivalente del danno subito (quanto meno per approssimazione). La richiesta di risarcimento è attivata dall'interessato, eventualmente anche con azione giudiziaria civile; il rapporto resta comunque nell'ambito dell'autonomia privata.

Chi subisca una sanzione risarcitoria la sentirà come un male, piccolo o grande. Ma la sanzione risarcitoria civilistica non è una pena in senso giuridico. La sanzione che si suole definire penale è un tipo di sanzione il cui contenuto afflittivo non ha quella natura e funzione risarcitoria, funzionale a interessi privati, che caratterizza le sanzioni civili.

La *pena* si caratterizza, in prima approssimazione, come *sanzione di contenuto afflittivo non risarcitorio*. L'afflittività può attingere livelli elevatissimi, come si conviene a sanzioni previste in relazione ai più gravi fatti d'aggressione a diritti o interessi individuali e collettivi. *La storia del diritto penale è profondamente segnata dalla pena di morte*, da pene corporali e pene 'infamanti'. *Negli ordinamenti moderni ha acquisito un ruolo dominante la pena detentiva*: l'istituzione penale tipica del mondo moderno è il carcere. Troviamo inoltre *pene pecuniarie* (pagamento di una somma di denaro), *sanzioni interdittive* (divieti di svolgere date attività) e anche altri tipi di sanzione.

### 3. *La struttura degli ordinamenti penali.*

Negli ordinamenti penali moderni possiamo distinguere due tipologie fondamentali di norme: norme che esprimono *principi generali e istituti comuni* a tutti i reati o a categorie più o meno ampie (c.d. *parte generale*), e norme che pongono precetti e sanzioni penali (c.d. *parte speciale*).

La parte generale è la testa dell'organismo del quale le norme precettive e sanzionatorie costituiscono il corpo. È materia propria del codice penale, ed oggetto privilegiato dell'elaborazione dottrinale. Vi fanno parte i principi relativi alle fonti del diritto penale (principio di legalità); modelli generali di ascrizione della responsabilità personale (principi generali sul fatto di reato, cause di giustificazione, istituti della colpevolezza); modelli di riposta al reato (sistema delle sanzioni).

Il diritto penale di ordinamenti evoluti è composto sia della parte generale che della parte speciale; essenziali ad ugual titolo, con funzioni complementari, in un rapporto di integrazione necessaria.

### 4. *La scienza giuridica penale.*

Come tutte le scienze, la scienza giuridica penale è un'impresa conoscitiva. Testi normativi e prassi applicative fanno parte del suo oggetto, ma la scienza giuridica non si identifica con il suo oggetto.

Il lavoro di costruzione di concetti e teorie, finalizzato alla conoscenza sistematica dell'ordinamento giuridico, viene tradizionalmente definito *dogmatica*. Questo termine non appartiene al linguaggio delle scienze moderne: parlare di 'dogmi' evoca pretese di verità e indiscutibilità. Che cosa, in concreto, fa il giurista quando dice di occuparsi di dogmatica?

Come tutte le scienze, la scienza giuridica mette a punto il proprio linguaggio e apparato concettuale in funzione di propri interessi di conoscenza, di esperienze acquisite, di tradizioni condivise<sup>5</sup>. Il linguaggio delle norme di ordinamenti positivi è oggetto della scienza; il linguaggio della scienza lo costruisce la scienza, a partire dal linguaggio comune e dal linguaggio legislativo, in vista dei suoi possibili scopi: parlare di norme, 'interpretare' le norme dell'ordinamento oggetto di studio, formulare concetti e teorie relative al diritto, elaborare proposte di riforma.

Secondo un'impostazione autorevolmente sostenuta, i concetti della 'dog-

---

<sup>5</sup> Interessano anche la scena giuridica le considerazioni di G. SARTORI, *Logica, metodo e linguaggio nelle scienze sociali*, Bologna, 2011, p. 91 s.

matica' dovrebbero essere costruiti in chiave finalistica o 'teleologica'<sup>6</sup>, in raccordo con gli scopi di tutela del diritto penale. È opportuno distinguere fra il finalismo degli istituti e dei principi del diritto penale, e il finalismo dei concetti della teoria giuridica.

Gli istituti e i principi di un ordinamento normativo esprimono il *dover essere* secondo l'ordinamento cui appartengono (o secondo una concezione ideale che aspira a tradursi in ordinamento positivo). I concetti della teoria giuridica servono (anche) a formulare principi normativi, ma in quanto *concetti* hanno una funzione che *non* è normativa. I concetti *teorici* della teoria generale (per es. reato, tipicità, antiggiuridicità, colpevolezza) sono costruiti dalla scienza giuridica come pezzi elementari del linguaggio giuridico. I concetti e i modelli teorici non hanno la funzione di rispecchiare una pretesa 'essenza' o (come talvolta si continua a dire) 'natura dogmatica' di questo o quell'istituto. Servono all'inquadramento e alla discussione dei problemi rilevanti per il diritto penale, e alla sistemazione concettuale di soluzioni normative (buone o meno buone) storicamente date o prospettate.

Il carattere (relativamente) convenzionale dei modelli 'dogmatici' è stato da tempo evidenziato anche nella letteratura penalistica<sup>7</sup>. La scienza giuridica (come qualsiasi scienza) in via di principio è *autonoma nella costruzione del proprio linguaggio teorico*. Una teoria giuridica che aspiri ad essere 'generale' ha bisogno di strumenti concettuali che abbiano un fondamento e un significato *non* dipendenti da contingenti dati normativi, e che proprio perciò consentano di parlare dei dati normativi (il linguaggio del legislatore) e degli aspetti della realtà rilevanti per le scelte normative.

*Questioni di verità si pongono non per i concetti isolatamente considerati, ma per le proposizioni in cui vengono usati* per parlare del mondo, compreso il mondo delle norme giuridiche<sup>8</sup>. Il linguaggio giuridico può adempiere alla sua funzione di strumento del lavoro dei giuristi, in quanto è un prodotto di un patrimonio culturale storicamente formato, che incorpora per così dire un sapere acquisito attorno al diritto, fatto di esperienze, riflessioni e tentativi di soluzione di problemi normativi, in un orizzonte più ampio di quello di singoli ordinamenti positivi. Molte questioni controverse sui concetti della dogmatica possono essere reinterpretate (e sdrammatizzate) come questioni relative alla costruzione del linguaggio scientifico, e non questioni 'di verità'.

Possiamo continuare a chiamare 'dogmatica' il lavoro di elaborazione di concetti e

<sup>6</sup> C. ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, Berlin, 1970.

<sup>7</sup> Cfr. per es. B. PETROCELLI, *Riesame degli elementi del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1963".

<sup>8</sup> Cfr. K.R. POPPER, *Scienza e filosofia*, Torino, 1969, p. 55: problemi di verità si pongono per le teorie scientifiche, non per le parole; "le parole sono importanti soltanto come strumenti per la formulazione delle teorie".

di modelli teorici? L'approccio della scienza moderna è giusto il contrario di un modello 'dogmatico': parte da problemi da risolvere, è consapevole del carattere convenzionale del linguaggio e della 'discutibilità' dei propri risultati.

Il rischio cui la dogmatica giuridica è esposta è di costruire sistemi di parole cui non corrispondano concetti significativi. È un rischio che attraversa anche altri campi di studio. È stato messo in rilievo nell'ironico suggerimento che Goethe, nel Faust, mette in bocca a Mefistofele nel dialogo con l'aspirante allievo, a proposito della teologia: "*Attieniti alle parole ... proprio là, dove i concetti mancano, s'insinua al momento opportuno una parola. Con le parole si può discutere, si può costruire un sistema, alle parole si può credere*". L'illuminista Goethe esprime qui una critica radicale verso qualsiasi 'scienza' (potrebbe essere una dogmatica giuridica concettualistica) che si risolva in costruzioni puramente verbali, presentate come fossero verità importanti.

Lo studio di ordinamenti giuridici positivi *non* esaurisce il lavoro della scienza giuridica. Il campo dei problemi che interessano la scienza giuridica penale non è delimitato dall'orizzonte di questo o quell'ordinamento positivo, ma comprende qualsiasi problema relativo alla formazione, alla comprensione, all'applicazione di ordinamenti penali<sup>9</sup>.

In quanto rivolta alla conoscenza di ordinamenti giuridici positivi, la scienza giuridica aspira a una conoscenza non dipendente da scelte di valore. È un obiettivo problematico, come mostra la storia del diritto e della scienza giuridica. Il mondo del diritto è pregno di valori, il lavoro dei giuristi è fortemente impregnato di riferimenti a valori. E tuttavia, anche dentro un tale orizzonte, per una impresa che si definisce 'scientifica' è irrinunciabile cercar di distinguere i problemi di conoscenza, le cui soluzioni sono sottoposte ai *criteri di accettazione propri della scienza* (in termini di verità o falsità), dai problemi di valore, le cui soluzioni appartengono alla sfera della politica del diritto.

*Scelte di valore e posizione di fini sono attività politica*, nel senso più ampio e più nobile del termine. Sono scelte che riguardano il governo della *polis*, della comunità giuridicamente organizzata. La ricognizione dei valori e dei fini, cui un legislatore storico abbia inteso orientare le sue scelte, è un problema di conoscenza.

Problemi di conoscenza e di razionalità si pongono anche in relazione ai nessi fra i fini perseguiti e gli strumenti adoperati dal diritto. La scienza giuridica è

---

<sup>9</sup> "Se noi apriamo un trattato di diritto penale, di quelli che comunemente corrono sui banchi delle scuole o nelle aule giudiziarie, ci troviamo di fronte ad opere complesse, in cui il diritto positivo non appare come l'unico oggetto dell'indagine". Vi ritroviamo "frequentemente teorie e principi che, pur essendo elaborati con riferimento a norme positive, cercano la loro validità al di fuori del diritto positivo". P. NUVOLONE, *I fini e i mezzi nella scienza del diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1949, p. 43.

competente a domandarsi se gli strumenti normativi scelti dagli ordinamenti giuridici siano, o non siano, tecnicamente idonei a raggiungere i fini prescelti.

Ulteriori problemi si pongono sul piano dei valori morali e politici: è giustificato, o no, usare certi mezzi in vista di un certo fine?

Fra scienza e politica del diritto penale vi è dunque un *continuum* di temi e problemi, con cui sia la scienza che la politica debbono comunque fare i conti.

È oggetto della scienza giuridica anche la dimensione 'politica' del "porre il diritto". "Il giurista, come tale, conosce non una, ma tutte le risoluzioni dei c.d. più importanti problemi del diritto penale", indipendentemente dalle personali preferenze<sup>10</sup>. Cercheremo di studiare il problema penale come fatto di cultura, nel quale sono in gioco questioni fondamentali della convivenza sociale.

### 5. Scienza giuridica e saperi sul mondo.

L'immagine del mondo del giurista<sup>11</sup> si costruisce a partire dal mondo dell'esperienza quotidiana, del vivere e dell'agire degli uomini: il mondo della storia. La scienza del diritto, e l'applicazione del diritto, si inseriscono entro il quadro di conoscenze e di razionalità e via via raggiunto dalle società umane.

Il mondo dei fatti che interessano il diritto è una realtà la cui conoscenza passa attraverso un sapere sul mondo (della natura e degli uomini) che va ricercato nell'orizzonte di civiltà, di razionalità e di conoscenze scientifiche (sulla natura e sull'uomo) di cui il diritto e la scienza giuridica sono parte. Viene in rilievo anche il sapere scientifico, quello delle scienze della natura. Nel mondo moderno la dimensione scientifica e tecnica è penetrata profondamente nella realtà sociale, e anche nel diritto.

Chiamano in causa il sapere scientifico tutti i temi importanti della teoria generale del reato: causalità, idoneità, danno, pericolo, probabilità, prevedibilità, coscienza e volontà, infermità psichica, e simili.

La scienza dei fatti che interessano il diritto penale va sotto il nome di *criminologia*: una scienza il cui *status* e il cui patrimonio scientifico sono intrecciati con componenti ideologiche di vario segno. Nasce e si sviluppa nel clima culturale del positivismo filosofico ottocentesco. Nel secolo XX si è integrata nella sociologia, e ha ricevuto apporti importanti da pressoché tutte le scienze che si interessano dell'uomo.

Nella definizione del proprio oggetto, la criminologia fa riferimento ai sistemi penali, ma in quanto scienza non è vincolata da valutazioni normative. Il campo d'interessi della criminologia si è progressivamente allargato: dallo studio dei delitti e dei delin-

<sup>10</sup> R. DELL'ANDRO, *Il dibattito delle scuole penalistiche*, in *Arch. pen.*, 1958, p. 184.

<sup>11</sup> Testo classico K. ENGISCH, *Vom Weltbild des Juristen*, Heidelberg, 1965.

quenti, allo studio delle cause della devianza (delle varie forme di devianza) e delle reazioni sociali e istituzionali di fronte alla devianza<sup>12</sup>.

## 6. Diritto e morale.

In quanto sistema di precetti che aspirano ad orientare i comportamenti e a fungere da criteri di valutazione di comportamenti dell'uomo, il diritto penale solleva, come e più degli altri settori del diritto, il *problema dei rapporti fra diritto e morale*, intesa "nel senso oggettivo di ordinamento morale delle azioni e dei rapporti umani, come insieme di valutazioni e di precetti morali"<sup>13</sup>. Questo problema si pone su piani diversi: come problema filosofico, come oggetto d'indagine storica, come problema rilevante per il diritto.

Il positivismo giuridico postula la *separazione del diritto dalla morale*. È una *distinzione concettuale* (a livello di definizione) che fonda la *possibilità logica di instaurare una relazione tra diritto e morale*<sup>14</sup>, diritto e giustizia consente di sottoporre il diritto positivo a un controllo critico in nome di valori che lo trascendono. Significa apertura a un pluralismo di valori etici e politici che possano legittimamente confrontarsi, con pari libertà e dignità. Per la civile convivenza il diritto può essere molto, ma non è tutto, e non è l'orizzonte ultimo dei valori.

Autorevoli voci della filosofia e della scienza giuridica difendono la tesi della unità del valore<sup>15</sup>. Nel mondo penalistico italiano è stata sostenuta da Giuseppe Bettiol: "L'unità morale dell'uomo si risolve in una unicità di valutazione anche se in relazione ai rispettivi oggetti le attività umane si possono diversamente classificare"; "nulla è più estraneo al pensiero tradizionale che volere a tutti i costi dividere la vita pratica in tanti compartimenti stagni: morale, giuridico, economico, politico"<sup>16</sup>.

Può raccordarsi l'esigenza di unità morale dell'uomo con la distinzione concettuale fra diritto e morale? Sì, è possibile: la distinzione concettuale lascia aperto – e serve a tematizzare – i problemi del rapporto fra ordinamenti positivi e concezioni morali.

---

<sup>12</sup> G. FORTI, *L'immane concretezza*, Milano, 2000.

<sup>13</sup> B. PETROCELLI, *Considerazioni sui rapporti fra diritto e morale*, in *Saggi di diritto penale*, 1965, p. 175.

<sup>14</sup> A. BARATTA, *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale*, Milano, 1966, p. 102. Cfr. anche H.L.A. HART, *Il positivismo e la separazione tra diritto e morale*, in *Contributi all'analisi del diritto*, Milano, 1964, p. 107 s.; U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano, 1965; N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1965.

<sup>15</sup> R. DWORKIN, *Giustizia per i ricci*, Milano, 2013.

<sup>16</sup> G. BETTIOL, *Il problema penale*, Palermo, 1948, ripubblicato in *Scritti giuridici*, II, Padova, 1966, p. 620 s., p. 626.

Problemi di *sostenibilità morale* del diritto penale derivano dal carattere specifico del diritto (non invece della morale) consistente nella disponibilità di strumenti di coercizione. Appunto il nesso fra diritto e forza fa del diritto un tentativo di soluzione del problema politico primario, il problema di assicurare protezione e sicurezza, condizioni di base della convivenza e di una possibile cooperazione. Il rapporto del diritto penale con la morale e con la politica è legato al mezzo specifico – il potere di coercizione – che caratterizza e definisce l'ordine giuridico.

Come ha scritto uno dei grandi intellettuali della modernità, “è il mezzo specifico della violenza, semplicemente, come tale, messo a disposizione delle associazioni umane, quello che determina la particolarità di ogni problema etico della politica”<sup>17</sup>. Ciò vale in particolare per il diritto penale, il settore dell'ordinamento giuridico che più d'ogni altro è caratterizzato dalla minaccia e dall'uso della coercizione, che rappresenta la più elementare (e più pervasiva) risposta ai problemi di sicurezza, che appare in grado di fornire alla legge morale *forza coattiva e repressiva*<sup>18</sup>.

Proibire sotto minaccia di pena, e punire i trasgressori, hanno bisogno di una legittimazione molto forte: il fine di tutela non necessariamente giustifica i mezzi (un qualsiasi mezzo). Nel penale è in gioco non la moralità *tout court*, ma, più specificamente, la *moralità della coercizione*, oltre che la sua razionalità tecnica<sup>19</sup>.

Etiche normative e diritto hanno un comune interessamento per problemi di valutazione della condotta umana, secondo criteri di liceità o illiceità obiettiva, colpevolezza o non colpevolezza soggettiva. Il principio ‘laico’ della separazione del diritto dalla morale riconosce la possibilità e rilevanza di una *morale critica*, cioè di principi e criteri di valutazione che consentano di sottoporre a critica le istituzioni, le morali positive, gli ordinamenti giuridici<sup>20</sup>.

## 7. Il problema della legittimazione del diritto penale.

“La pena è *arma a doppio taglio*: intende essere strumento tutela di interessi o ‘beni giuridici’, la tutela è attuata attraverso la lesione di beni giuridici”<sup>21</sup>. In

<sup>17</sup> M. WEBER, *La politica come professione* (la citazione è dalla traduzione italiana in M. WEBER, *Il lavoro intellettuale come professione*, Torino, 1966, p. 115).

<sup>18</sup> F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, rist., Bologna, 1993, p. 40.

<sup>19</sup> È per questo che *il rapporto con l'etica si propone, per il diritto penale, in termini di problematicità accentuata*: C. PEDRAZZI, *Diritto penale*, in *Dig. pen.*, 1990, p. 645.

<sup>20</sup> H.L.A. HART, *Diritto, morale e libertà*, trad. it., Acireale, 1968.

<sup>21</sup> F. v. LISZT, *Der Zweckgedanke im Strafrecht* (1883), trad. it., *La teoria dello scopo nel diritto penale*, Milano, 1962; citazione da p. 46.

un mondo morale nel quale è principio generale il divieto di danneggiare altri ingiustamente, la pena – in quanto inflizione di una sofferenza o privazione di diritti – pone un particolare *problema di giustificazione* del potere di punire, nel quale è in gioco, con particolare intensità, il *rapporto fra la sfera dei poteri statuali e la sfera dei diritti e libertà individuali*.

Due approcci fondamentali, variamente intrecciati nella storia della civiltà umana, si contendono il campo:

– *l'idea della retribuzione*: la sanzione penale deve realizzare una giusta retribuzione di un male commesso. *Punitur quia peccatum est*: la pena retributiva si vuole fondata su un'esigenza di giustizia assoluta (anche in senso etimologico: *absoluta* = sciolta da finalità ulteriori);

– *l'idea della prevenzione*: la previsione legislativa dei reati e delle pene, e l'applicazione di pene agli autori di reati, hanno una funzione di prevenzione di comportamenti ritenuti dannosi. *Punitur ne peccetur*: si minacciano e si applicano pene affinché in futuro non si commettano fatti illeciti. L'idea della prevenzione mediante il diritto penale prefigura istituzioni penali costruite secondo criteri di razionalità finalistica.

In un senso puramente formale, la pena può sempre essere definita 'retribuzione' del reato, in quanto sua conseguenza giuridica. La c.d. teoria della retribuzione giuridica definisce il delitto come negazione del diritto, e la pena come negazione del delitto, e quindi riaffermazione del diritto<sup>22</sup>. Questa costruzione concettuale definisce i rapporti fra i concetti di diritto, delitto e pena, ma nulla dice sul problema sostanziale: a quali condizioni la 'retribuzione' giuridica mediante la pena può ritenersi giustificata?

Le idee della 'giusta' retribuzione e della funzione preventiva – entrambe compatibili con lo schema formale della retribuzione giuridica – rappresentano due modi distinti di giustificazione del diritto penale. Sono concezioni che pretendono di dire qualcosa sul dover essere del diritto penale. Non sono descrizioni o spiegazioni delle istituzioni penali così come nei diversi tempi e luoghi si sono evolute.

Nella storia delle istituzioni penali hanno agito e agiscono spinte molteplici. Non solo ideologie sulla pena, ma anche concezioni morali, conoscenze e teorie scientifiche, atteggiamenti emotivi, e soprattutto interessi politici.

---

<sup>22</sup> G.W.F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, Berlino, 1821, parr. 99-103.

## CAPITOLO 2

# DIRITTO PENALE E SISTEMA POLITICO

SOMMARIO: 1. Il modello liberale del diritto penale. – 1.1. La necessità di difesa dei diritti. – 1.2. Il diritto penale, strumento e limite della politica criminale. – 1.3. Il diritto penale fra concezioni del male e concezioni della vita buona. – 1.4. Il principio dell'eguale rispetto. – 1.5. Problemi del diritto ingiusto. – 2. Diritto penale e giustizia penale. – 2.1. Il paradigma cognitivo del garantismo. – 2.2. La tensione fra garanzie liberali e finalismo repressivo. – 3. Rapporti fra il diritto penale e altri settori dell'ordinamento giuridico. – 4. Tendenze autoritarie nel diritto penale.

### 1. *Il modello liberale del diritto penale.*

#### 1.1. *La necessità di difesa dei diritti.*

La **dimensione politica del problema penale** è stata colta con piena consapevolezza nel movimento intellettuale e politico che sta alle origini del moderno stato di diritto: l'illuminismo riformatore.

Nel testo classico dell'illuminismo penale italiano ('Dei delitti e delle pene' di Cesare Beccaria, pubblicato per la prima volta nel 1764) la questione del 'diritto di punire' è ricollegata all'idea o metafora del *contratto sociale*<sup>1</sup>. Il "*diritto del sovrano di punire i delitti*" viene fondato sulla "**necessità di conservare il deposito della salute pubblica da usurpazioni particolari**". Di per sé, *l'idea della necessità addita un vincolo di razionalità (economicità dei mezzi rispetto al fine)* ma è *neutra rispetto ai possibili oggetti e contenuti* della disciplina. Rinvia a concezioni storicamente determinate su quali siano gli inte-

---

<sup>1</sup> "Le leggi sono le condizioni, colle quali uomini indipendenti ed isolati si unirono in società, stanchi di vivere in continuo stato di guerra e di godere di una libertà resa inutile dall'incertezza di conservarla. Essi ne sacrificarono una parte per goderne il restante con sicurezza e tranquillità". Sorge a questo punto il problema di come assicurare l'osservanza delle leggi: "Vi volevano dei motivi sensibili, che bastassero a distogliere il dispotico animo di ciascun uomo dal risommargere nell'antico caos le leggi della società. Questi motivi sensibili sono le pene stabilite contro agli infrattori delle leggi": C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, §. 1.

ressi che nelle diverse, concrete società vengano ritenuti meritevoli e bisognosi di 'protezione'.

Fin qui siamo nel solco di una concezione preventiva del diritto penale, presente nel pensiero politico antico e moderno. Fine primario è l'osservanza di precetti ritenuti importanti (i più importanti) per la convivenza in una società bene ordinata. La minaccia legale di pene è strumentale al fine dell'osservanza dei precetti; gli apparati di giustizia si attivano là dove si ponga un problema di accertamento e di repressione di fatti contrari alla legge.

Elemento nuovo, nel discorso di Beccaria, è il *collegamento con una filosofia politica liberale*. "Fu la necessità che costrinse gli uomini a cedere parte della propria libertà: è adunque certo che ciascuno non ve ne vuol mettere nel pubblico deposito che la minima porzione possibile, quella sola che basti ad indurre gli altri a difenderlo. L'aggregato di queste minime porzioni possibili forma il diritto di punire; tutto il di più è abuso, e non giustizia, è fatto, ma non già diritto"<sup>2</sup>.

Il criterio della *stretta necessità* acquista una sostanza *liberale*, in ragione di vincoli che dalla natura del contratto sociale derivano per la scelta sia dei mezzi sia dei fini di una convivenza fondata sui diritti e le libertà di ciascuno.

Per gli illuministi le riflessioni sul diritto di punire non sono esercitazioni astratte, ma programmi concreti di riforma del sistema dei delitti, eliminando incriminazioni incompatibili con un ordinamento giuridico 'secolarizzato', 'illuminato', aperto al riconoscimento di libertà politiche. Riforma anche delle sanzioni, con l'eliminazione di pene consistenti in supplizi fisici, o inutilmente severe.

## 1.2. *Il diritto penale, strumento e limite della politica criminale.*

Il diritto penale è *strumento di politica criminale*, intesa come l'insieme delle valutazioni, delle attività e degli strumenti che lo Stato adotta nel definire e contrastare i fenomeni criminali<sup>3</sup>. Definisce i crimini e appresta strumenti (pene ed eventuali altre misure) ritenuti utili e necessari per la lotta contro il delitto. In questo senso è corretto parlare di *primato della politica* sul diritto penale: primato della valutazione politica relativa a bisogni e a strumenti di tutela<sup>4</sup>.

<sup>2</sup>C. BECCARIA, *op. cit.*, par. 2.

<sup>3</sup>H. ZIPF, *Politica criminale*, Milano, 1989; D. PULITANÒ, *Politica criminale*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, p. 73 s.; F. BRICOLA, *Politica criminale e politica penale dell'ordine pubblico*, in *La questione criminale*, 1975, p. 221 s.; G. VASSALLI, *Politica criminale e sistema penale*, in *Il Tommaso Natale*, 1978, p. 1006 s.

<sup>4</sup>M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Milano, 2004.